

Publicato il 12/02/2019

N. 00067/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00227/2018 REG.RIC.
N. 00256/2018 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 il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 227 del 2018, proposto da

Arca S.S.D. A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gabriele Maso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marina Gregori in Trieste, via Fabio Severo n. 20;

contro

Comune di Pordenone, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Fulvia Bressan e Francesca Mussio dell'Avvocatura comunale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Kuma S.S.D. A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Santoro e Barbara Savorelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Nicola Sponza in Trieste, piazza San Giovanni, 1;

Padova Nuoto S.r.l. Sportiva Dilettantistica non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 256 del 2018, proposto da

Gis - Gestione Impianti Sportivi & Tempo Libero S.S.D. A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Dal Bello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Pordenone, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Fulvia Bressan e Francesca Mussio dell'Avvocatura comunale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Arca S.S.D. A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gabriele Maso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marina Gregori in Trieste, via Fabio Severo n. 20;

Kuma S.S.D. A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Santoro e Barbara Savorelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Nicola Sponza in Trieste, piazza San Giovanni, 1;

quanto al ricorso n. 227 del 2018:

per l'annullamento, previa sospensione cautelare

- dei verbali della Commissione giudicatrice ed in ispecie del verbale 27.03.2018, nella parte in cui ha ritenuto idoneo il contratto di avvalimento presentato da KUMA s.s.d. a r.l. ai fini dell'acquisizione del requisito di capacità tecnica prescritto dal punto 8.3 del disciplinare di gara ed ha ammesso KUMA s.s.d. a r.l. alla successiva fase di gara;
- della determinazione n. 2018/5000/116 del 18.06.2018 del Dirigente il Settore IV Gestione Territorio, Infrastrutture, Ambiente, nella parte in cui ha approvato i verbali di gara ed ha ammesso KUMA s.s.d. a r.l. all'esercizio del diritto di prelazione;
- della nota prot. n. 0047459 del 19.06.2018 del Comune di Pordenone, nella parte in cui ha ammesso KUMA s.s.d. a r.l. all'esercizio del diritto di prelazione;
- della nota comunale prot. 54853 del 14.07.2018 con cui è stata trasmessa la dichiarazione 28.06.2018, protocollata il 29.06.2018, con cui KUMA s.s.d. a r.l. ha esercitato il diritto di prelazione;
- dell'aggiudicazione dell'appalto, ove disposta a favore della controinteressata KUMA s.s.d. a r.l. e del contratto che, in denegata ipotesi, venisse stipulato con la medesima;
- di ogni altro atto ai medesimi connesso, presupposto ovvero conseguente;

per il risarcimento

dei danni asseritamente subiti a causa e in conseguenza dell'illegittimo agire dell'Amministrazione, prioritariamente in forma specifica, mediante aggiudicazione della concessione per la durata indicata in offerta, e, in via subordinata, per equivalente monetario

quanto al ricorso n. 256 del 2018:

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento, previa sospensione cautelare

- della determinazione n. 1323 del 18.06.2018, comunicata alla ricorrente con nota prot. n. 0047458/P/GEN/POUFFAMM del 19.06.2018, con cui il Comune di Pordenone ha aggiudicato alla società ARCA SSD a r.l. la concessione del servizio di gestione della piscina comunale “Daniele Dal Bianco” e dei lavori accessori di ristrutturazione e riqualificazione da realizzarsi con finanza di progetto ai sensi degli articoli 179, comma 3 e 183, comma 15 del d.lgs. 50/2016;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente a quello impugnato e in particolare:
 - i) della proposta di aggiudicazione del 18.06.2018 a firma del Responsabile del procedimento;
 - ii) dei verbali di gara, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dell'offerta dell'aggiudicataria;
 - iii) della delibera della Giunta comunale n. 240/2016 del 24.11.2016, con cui il Comune di Pordenone ha dichiarato di pubblico interesse la proposta presentata dalla società Kuma SSD a r.l. (soggetto promotore);
 - iv) della delibera di Giunta comunale n. 76/2016 del 06.05.2016, con cui il Comune ha dichiarato la fattibilità della proposta di Kuma ai sensi dell'art. 183, comma 15 del d.lgs. 50/2016;
 - v) del bando e del disciplinare di gara per l'affidamento della concessione di servizi relativa alla gestione della piscina comunale “Daniele dal Bianco” e ai lavori accessori di ristrutturazione e riqualificazione da realizzarsi con finanza di progetto ai sensi degli artt. 179, comma 3 e 183, comma 15 del d.lgs. 50/2016;
 - vi) della comunicazione con cui Kuma SSD a r.l. ha comunicato di voler esercitare il diritto di prelazione;
 - vii) dell'eventuale nuova aggiudicazione disposta in favore del promotore per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da ARCA S.S.D. A R.L. il 24/9/2018

per l'annullamento

- del paragrafo 17, punto 2) del Disciplinare di gara, nella parte in cui limita la verifica di coerenza e sostenibilità del PEF al concorrente primo in graduatoria;
- dei verbali di gara del 05.03.2018, 27.03.2018, 28.03.2018, 07.04.2018 nella parte in cui recano l'ammissione dell'offerta di GIS s.s.d. a r.l., la valutazione e l'inserimento della medesima nella graduatoria;
- della determinazione n. 2018/5000/116, cron. 1323 del 18.06.2018 del Dirigente il Settore IV Gestione Territorio, Infrastrutture, Ambiente del Comune di Pordenone, nella parte in cui ha approvato i verbali di gara e così l'ammissione di GIS s.s.d. a r.l., la valutazione dell'offerta della medesima ed il suo inserimento nella graduatoria.
- di ogni altro atto ai medesimi connesso, presupposto ovvero conseguente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da GIS - GESTIONE IMPLANTI SPORTIVI & TEMPO LIBERO S.S.D. A R.L. il 29/10/2018 :

per l'annullamento

- degli atti e provvedimenti impugnati col ricorso introduttivo ed altresì ora, in forza dei presenti motivi aggiunti:
- viii) della dichiarazione con firme autenticate del 28 giugno 2018, con cui KUMA SSD a r.l. ha comunicato al Comune di Pordenone di esercitare il diritto di prelazione di cui all'art. 183, comma 15, d.lgs. 50/2016.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione del Comune di Pordenone e della società Kuma S.S.D. A R.L. nel giudizio n. R.G. 227/2018 e del Comune di Pordenone, della società Arca S.S.D. A R.L. e della società Kuma S.S.D. A R.L. nel giudizio n. R.G. 256/2018;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2018 la dott.ssa Manuela Sinigoi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Tribunale è chiamato a vagliare, sotto plurimi profili, la legittimità della procedura aperta per l'affidamento della concessione di servizi relativi alla gestione della piscina comunale "*Daniele del Bianco*" di Pordenone e ai lavori accessori di ristrutturazione e riqualificazione da realizzarsi con finanza di progetto ai sensi degli artt. 179, comma 3, e 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 – CIG 732589931A, per un valore stimato di € 17.987.000,00, iva esclusa, bandita dal Comune di Pordenone in esecuzione alla determinazione dirigenziale n. 3268 in data 22 dicembre 2017 a seguito della dichiarazione dell'interesse pubblico, ai sensi di legge, alla proposta presentata dalla società sportiva dilettantistica Kuma a r.l., giusta deliberazione della Giunta comunale n. 240 in data 24 novembre 2016.

La procedura, conclusasi con l'aggiudicazione a favore della migliore offerente società sportiva dilettantistica Arca a r.l., giusta determinazione dirigenziale n. 2018/5000/116, n. cron. 1323, in data 18 giugno 2018, ha visto divenire, poi, aggiudicatario, ai sensi dell'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016, il soggetto promotore Kuma s.s.d. a r.l., che ha esercito il diritto di prelazione nei termini di legge, dichiarando di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario.

Ad essere contestate sono, però, sia la partecipazione e, in ogni caso, l'ammissione all'esercizio del diritto di prelazione di Kuma, che la mancata esclusione di Arca e, in via incidentale, quella della società sportiva dilettantistica GIS – Gestione Impianti Sportivi & Tempo Libero a r.l., seconda graduata.

Con ricorso contraddistinto dal n. R.G. 227/2018 depositato in data 25 luglio 2018, la ARCA s.s.d. a r.l. ha chiesto, infatti, l'annullamento, previa sospensione cautelare, degli atti in epigrafe compiutamente indicati, laddove hanno ammesso e/o mantenuto in gara la controinteressata Kuma s.s.d. a r.l., anziché escluderla per assenza dei requisiti di cui ai punti 8.3, 8.6 e 8.7 del disciplinare di gara, nonché laddove hanno comunque ammesso la predetta all'esercizio del diritto di prelazione.

2.1) Questi i motivi di ricorso:

1. *“Violazione degli artt. 89 e 183 D. Lgs 50/2016. Violazione del disciplinare di gara. Violazione della par condicio. Nullità o inidoneità del contratto di avvalimento 28.02.2018 e dell'esercizio del diritto di prelazione. Eccesso di potere per carenza di presupposto e di motivazione”;*
2. *“Violazione dell'art. 183 D. Lgs 50/2016. Violazione del disciplinare di gara. Eccesso di potere per carenza di presupposto e di motivazione”;*
3. *“Violazione dell'art. 183 D. Lgs 50/2016. Violazione del disciplinare di gara. Eccesso di potere per carenza di presupposto e di motivazione”;*
4. *“Violazione dell'art. 183 D. Lgs 50/2016. Violazione del disciplinare di gara. Eccesso di potere per carenza di presupposto e di motivazione”.*

2.2) Ha chiesto, poi, il risarcimento dei danni asseritamente subiti a causa e in conseguenza dell'illegittimo agire dell'Amministrazione, prioritariamente in forma specifica, mediante aggiudicazione della concessione per la durata indicata in offerta, e, in via subordinata, per equivalente monetario.

3) Con ricorso contraddistinto dal n. R.G. 256/2018 depositato in data 1° settembre 2018, la società sportiva dilettantistica GIS – Gestione Impianti Sportivi & Tempo Libero a r.l., II graduata all'esito della procedura aperta, ha, dal canto suo, denunciato l'illegittimità dell'ammissione e/o mancata esclusione della società I graduata Arca e, in via

subordinata, finanche della dichiarazione di pubblico interesse della proposta di Kuma posta a base di gara, per inattendibilità del piano economico finanziario, invocandone l'annullamento, previa sospensione cautelare, unitamente a quello di tutti gli altri atti in epigrafe indicati sulla scorta dei seguenti motivi di diritto:

1. *“Violazione di legge in relazione all’art. 95, comma 10 del d.lgs. 50/2016 e al paragrafo 17, punto 2) del disciplinare di gara”;*
2. *“Violazione di legge in relazione all’art. 24, comma 5 del d.lgs. 50/2016 e al paragrafo 8.7 del disciplinare di gara”;*
3. *“Violazione di legge in relazione all’art. 89 del d.lgs. 50/2016 e al paragrafo 15, parte II, n. 4) del disciplinare di gara”;*
4. *“Violazione di legge in relazione all’art. 97, comma 3 del d.lgs. 50/2016 e al paragrafo 17, n. 2) del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria; carenza assoluta di motivazione; perplessità e illogicità grave e manifesta”;*

In via subordinata

5. *“Violazione di legge in relazione all’art. 183 del d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e illogicità grave e manifesta”.*

4) La società Kuma, costituita nel ricorso R.G. 227/2018, ne ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità per carenza di interesse e/o di legittimazione in capo a parte ricorrente, atteso che l'ammissione (mancata esclusione) della medesima è oggetto di contestazione nel separato ricorso n. R.G. 256/2018, nel frattempo proposto da GIS. Ha chiesto, conseguentemente, la riunione dei ricorsi ex art. 70 c.p.a..

Ne ha, poi, ulteriormente eccepito l'inammissibilità per carenza d'interesse, ritenendo che la sua eventuale esclusione per effetto dell'accoglimento delle censure della ricorrente Arca a ciò mirate (motivi 1, 3 e 4), non la priverebbe, in ogni caso, del diritto di prelazione, quale *“promotore non aggiudicatario”*.

Ha, poi, ancora eccepito l'irricevibilità del I motivo di impugnazione, con cui viene censurata la sua ammissione alla procedura in esito alle verifiche sul possesso dei requisiti di partecipazione, in quanto proposto ben oltre il termine di 30 gg. dall'intervenuta conoscenza dell'ammissione medesima, nonché, comunque, la sua inammissibilità per omessa

impugnazione del verbale della Commissione di gara in data 5 marzo 2018, recante gli esiti delle operazioni di verifica della documentazione amministrativa e le relative annotazioni;

Ha, quindi, controdedotto nel merito alle avverse censure e concluso per la loro reiezione, così come, del resto, il Comune di Pordenone, pure costituito per resistere al ricorso.

5) La società Kuma si è poi costituita anche nel ricorso R.G. 256/2018 per eccepirne l'irricevibilità laddove, con il quinto motivo, viene invocato, in via subordinata, l'annullamento degli atti con cui è stata dichiarata di pubblico interesse la sua proposta e di quelli conseguenti, al fine di caducare l'intera procedura di *project financing*.

Il Comune di Pordenone ha, invece, eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione della determinazione di aggiudicazione a favore di ARCA, atteso che la medesima era comunque subordinata al mancato esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore, che è stata, però, esercitata prima della proposizione del ricorso, derivandone la carenza di interesse e legittimazione in capo a GIS a dolersene, dato che non ha contestato, in alcun modo, i presupposti per l'esercizio del detto diritto di prelazione da parte di Kuma. Del pari, ha eccepito l'inammissibilità e l'irricevibilità del quinto motivo di ricorso. Nel merito, ha contestato, in ogni caso, la fondatezza delle censure *ex adverso* svolte e concluso per la loro reiezione.

Rilievi preliminari analoghi a quelli del Comune sono stati formulati anche da Arca, che, del pari, ha controdedotto, comunque, anche nel merito a confutazione dei motivi di ricorso.

6) Arca e Gis hanno rinunciato alle istanze cautelari avanzate con i rispettivi ricorsi (ord. caut. n. 97 del 6 settembre 2018 e n. 104 del 20 settembre 2018) a fronte della prospettata fissazione dell'udienza pubblica del 7 novembre 2018 per la loro trattazione nel merito, nelle more del cui svolgimento Arca ha proposto ricorso incidentale nel giudizio contraddistinto dal n. R.G. 256/2018, mirato all'esclusione della ricorrente principale GIS. Quest'ultima ha depositato,

invece, in data 29 ottobre 2018 ricorso per motivi aggiunti, estendendo la domanda caducatoria anche alla dichiarazione con cui Kuma s.s.d. a r.l. ha comunicato al Comune di Pordenone di esercitare il diritto di prelazione di cui all'art. 183, comma 15, d.lgs. 50/2016, denunciandone l'illegittimità, in via derivata, per i motivi già svolti nel ricorso introduttivo e, inoltre, per *“Violazione di legge in relazione all'art. 183, comma 15, d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per carenza di presupposto, contraddittorietà e perplessità manifesta”*.

7) Nell'accordo delle parti, la trattazione di entrambe le cause è stata, quindi, rinviata alla pubblica udienza del 5 dicembre 2018, in vista della quale le parti hanno dimesso, in entrambi i giudizi, vari scritti difensivi a migliore illustrazione dei rispettivi assunti e/o per controdedurre o replicare alle argomentazioni o rilievi avversi e, in particolare, ai motivi aggiunti e al ricorso incidentale nel giudizio contraddistinto dal n. R.G. 256/2018, nonché depositato documentazione a supporto.

Con specifico riferimento al ricorso R.G. 256/2018

Kuma ha eccepito, in particolare, l'inammissibilità per carenza d'interesse anche del ricorso per motivi aggiunti proposto da Gis, atteso che il vizio denunciato, laddove sussistente, potrebbe, allo stato, andare tutt'al più a vantaggio di Arca, ma non di Gis, seconda classificata. Vero è peraltro che, anche laddove, in accoglimento delle doglianze proposte col ricorso introduttivo, Arca dovesse venire esclusa dalla gara, rimarrebbe, comunque, impregiudicato il diritto del promotore Kuma di esercitare nuovamente il diritto di prelazione rispetto alla eventuale nuova aggiudicazione a favore di Gis, il che appalesa la carenza d'interesse di ogni censura rivolta avverso le modalità di esercizio della prelazione rispetto all'aggiudicazione disposta a favore di Arca.

Non ha trascurato, in ogni caso, di controdedurre nel merito alle avverse censure e di concludere per la loro infondatezza.

Arca ha, del pari, formulato rilievi preliminari sul ricorso per motivi aggiunti, assumendone, in particolare, la tardività. Ha, poi, ribadito l'inammissibilità del ricorso introduttivo, nonché, in ogni caso la sua infondatezza.

Analogamente il Comune di Pordenone, che ha, poi, contestato pure la fondatezza del ricorso incidentale proposto da Arca.

Quest'ultima, con la replica in data 23/11/2018, ha, poi, rilevato anche la decadenza del Comune di Pordenone e di Gis dalla facoltà di depositare memorie in vista dell'odierna udienza di discussione per non aver provveduto a farlo in vista dell'udienza del 7/11/2019, originariamente fissata per la trattazione del merito e, poi, rinviata per assicurare il diritto a difesa in relazione al ricorso per motivi aggiunti.

Con specifico riferimento al ricorso R.G. 227/2018

Il Comune, con memoria in data 22/10/2018, ha rilevato, in particolare, la tardività/inammissibilità dei nuovi profili di illegittimità (irritualmente) introdotti dalla ricorrente Arca con la memoria in data 3 settembre 2018.

8) Celebrata l'udienza del 5 dicembre 2018, entrambe le cause sono state, infine, introitate per la decisione.

DIRITTO

Va, innanzitutto, dato atto della sussistenza di evidenti ragioni di connessione oggettiva e soggettiva, che consentono la riunione dei ricorsi in epigrafe ai sensi dell'art. 70 c.p.a., al fine della loro unitaria trattazione e definizione con un'unica pronuncia.

Gli atti impugnati afferiscono, invero, alla medesima complessa fattispecie procedimentale, esitata nell'esercizio del diritto di prelazione da parte di Kuma. I soggetti coinvolti sono, inoltre, i medesimi, fatta eccezione per GIS che è parte nel solo giudizio R.G. 256/2018. Vero è, però, che le questioni che vengono poste in tale giudizio con il ricorso principale rivestono carattere pregiudiziale, atteso che riguardano la legittimità o meno dell'ammissione (e/o mancata

esclusione) di Arca ovvero del soggetto che ha proposto il ricorso R.G. 227/2018, nonché addirittura quella della procedura nel suo complesso.

Ragioni di ordine logico inducono, pertanto, il Collegio ad iniziare proprio dallo scrutinio del ricorso R.G. 256/2018, anteponendo, in applicazione del principio della *“ragione più liquida”* (cfr. Cass. n. 2909/2017; Cass. n. 2853/2017; Cass., S. U., n. 9936/2014; Cass. n. 12002/2014; Cass. n. 23621/2011), quello delle censure poste dalla ricorrente principale con il ricorso introduttivo e con quello per motivi aggiunti e ciò – come si vedrà - per esigenze di economia processuale, non senza trascurare, tuttavia, di dare preliminarmente atto che non v'è motivo per ritenere che il Comune di Pordenone e la Gis siano decadute dalla facoltà di depositare memorie in vista dell'odierna udienza, dato che la tempestività della produzione di memorie avuto riguardo ai termini perentori sanciti dall'art. 73, co.1, c.p.a. deve essere verificata in relazione all'udienza in cui effettivamente l'affare viene trattenuto in decisione. Nel caso specifico, oltre a non apparire censurabile la *“scelta processuale”* del Comune e di Gis di non svolgere difese in vista di un'udienza deputata ad essere rinviata (n.d.r. il ricorso per motivi aggiunti era stato notificato loro già in data 15/10/2018), è, peraltro, evidente che il diritto a difendersi delle altre parti non ha subito pregiudizio, essendo stati comunque rispettati i termini per il deposito delle memorie avuto riguardo alla nuova data d'udienza del 5 dicembre 2018. Consta, in ogni caso, che tutte le parti hanno sfruttato ampiamente gli *“spazi”* di difesa a loro disposizione.

2.1) I primi quattro motivi del ricorso introduttivo, con cui viene denunciata l'illegittimità dell'aggiudicazione della concessione a favore di Arca, in quanto asseritamente inficiata, sotto diversi profili, dalla omessa esclusione dalla procedura della medesima, sono inammissibili per carenza d'interesse a ricorrere, come correttamente rilevato dalle difese del Comune e della stessa controinteressata.

2.2) Gis ha spedito, infatti, il ricorso introduttivo per la notifica in data 19 luglio 2018 e depositato il medesimo in data 1° settembre 2018 quando oramai l'aggiudicazione della concessione disposta a favore di Arca in esito alla procedura

aperta espletata era stata, in realtà, già superata dall'avvenuto esercizio, in data 28 giugno 2018 (ovvero nel termine di 15 gg. dalla comunicazione dell'aggiudicazione dd. 19 giugno 2018, prot. n. 47460 – vedi all. 015-5.3.5 fascicolo doc. Comune di Pordenone in data 14/9/2018), del diritto di prelazione da parte di Kuma (vedi all. 016-6.1 fascicolo doc. Comune di Pordenone citato), rispetto al quale la stazione appaltante non aveva sollevato rilievi di sorta.

2.3) Anzi, la stazione medesima, a pacifico avallo della sua regolarità (e ulteriore conferma della sussistenza dei presupposti per il suo esercizio), ne aveva dato notizia a tutti i soggetti partecipanti, tra i quali, per quanto ora rileva, alla (qui) ricorrente GIS [vedi nota Comune di Pordenone in data 18 luglio 2018 – all. 7-bis fascicolo doc. GIS e all. 002-15 (con prova di avvenuta notifica) fascicolo doc. Comune di Pordenone in data 14/11/2018], che, peraltro, sin dal 19 giugno 2018 era a conoscenza che l'efficacia dell'aggiudicazione disposta a favore di Arca sarebbe rimasta sospesa in attesa “... del decorso del termine per l'esercizio del diritto di prelazione da parte del soggetto promotore, attraverso la dichiarazione prevista dall'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 e successive modifiche” [vedi nota Comune di Pordenone in data 19/6/2018, prot. n. 47459 - all. 1 fascicolo doc. GIS e all. 014-5.3.4 (con prova di avvenuta notifica) fascicolo doc. Comune di Pordenone in data 14/9/2018].

2.4) Al momento dell'instaurazione del giudizio contraddistinto dal n. R.G. 256/2018 era, dunque, Kuma a dover essere ritenuta, a tutti gli effetti, aggiudicataria della concessione e ciò avuto riguardo all'applicazione fatta dalla stazione appaltante di quanto disposto dall'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 (“... Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario”) e dell'espressa previsione contenuta al pt. 10 del dispositivo della determinazione dirigenziale con cui, in esito alla gara, era stata disposta l'aggiudicazione a favore di Arca [“di precisare che il presente atto di aggiudicazione diventerà efficace una volta... decorso il termine per l'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore (15 giorni dalla data di notifica)”].

2.5) Sicché, pare evidente, nessuna utilità avrebbe potuto ottenere Gis dalla mera esclusione di Arca, dato che non ha provveduto a contestare, al contempo (o, in ogni caso, tempestivamente), anche i presupposti per l'esercizio del diritto di prelazione da parte di Kuma.

Presupposti che, con tutta evidenza, la stazione appaltante ha ritenuto implicitamente sussistenti sin dalla determinazione n. 2018/5000/116, n. cron. 1323, in data 18 giugno 2018, laddove - al di là di quale fosse il soggetto risultato migliore offerente in esito alla gara - ha, comunque, preso atto, *“sia sotto il profilo formale che sostanziale, dell'operato del seggio di gara e della Commissione giudicatrice..., risultante dai verbali di seduta pubblica e di seduta riservata elencati nelle premesse e conservati agli atti del fascicolo”* (e, dunque, anche del verbale in data 7 aprile 2018 ove viene data contezza dell'esito della valutazione delle offerte tecniche e disposto, in base all'art. 18.1 del Disciplinare di gara, che richiama l'art. 95, comma 8, del d.lgs. n. 50/2018, di *“non ammettere alla successiva fase di valutazione dell'offerta economica”* l'offerta della Kuma, per non aver *“conseguito un punteggio superiore o uguale a quello di sbarramento, pari a 53 punti”* - all. 007-5.1.5 fascicolo doc. Comune di Pordenone in data 14/9/2018), disposto di comunicare il provvedimento medesimo all'aggiudicataria e alle altre concorrenti, *“anche ai fini dell'eventuale esercizio del diritto di prelazione da parte del soggetto promotore KUMA s.s.d. a r.l.”* e, infine, subordinato - come dianzi evidenziato - l'efficacia dell'aggiudicazione in quel momento disposta a favore di Arca alla decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore.

Di un tanto Gis - come già dianzi evidenziato - era a conoscenza a far data dal 19 giugno 2018, data in cui è stata notiziata dell'aggiudicazione (ad efficacia sospesa) a favore di Arca.

Il 19 luglio 2018 ha, poi, appreso anche dell'avvenuto esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore Kuma.

2.6) Circostanze queste che, che oltre a rendere - come detto - inammissibile il ricorso introduttivo laddove diretto a contestare l'aggiudicazione a favore di Kuma [*“L'interesse al ricorso, essendo condizione dell'azione, deve sussistere sia al momento della proposizione del gravame, che al momento della decisione, con conseguente attribuzione al giudice amministrativo del potere di verificare*

la persistenza della predetta condizione in relazione a ciascuno di tali momenti” (Cons. Stato, V, 20.11.2017, n. 5343)], appalesano anche l'irricevibilità, per insanabile tardività, del ricorso per motivi aggiunti, con cui la Gis ha contestato le modalità con cui Kuma ha esercitato il diritto di prelazione (e segnatamente per non avere prodotto un proprio Piano Economico Finanziario, attestante la sostenibilità della proposta anche a seguito del suo subentro all'aggiudicataria Arca), essendo evidente che nessun rilievo può assumere né l'impugnazione della comunicazione di avvenuto esercizio della prelazione da parte di Kuma, formulata con clausola di *“mero stile”* nell'epigrafe del ricorso introduttivo, ma non seguita da alcuna deduzione atta a contestarne in via diretta o derivata la legittimità [n.d.r. solo con la memoria in data 19/11/2018 Gis deduce, infatti, per la prima volta (e, dunque, comunque tardivamente) che i vizi denunciati con i primi quattro motivi del ricorso introduttivo inficerebbero l'aggiudicazione a favore di Kuma, laddove effettivamente intervenuta], né, tanto meno, il momento in cui la Gis, a seguito del deposito documentale effettuato dal Comune, ha materialmente visionato l'atto di formale esercizio della prelazione da parte di Kuma, atteso che – si ribadisce - era pur sempre a conoscenza, sin dal 18 luglio 2018, che la stazione appaltante lo aveva ritenuto, con tutta evidenza, incondizionatamente idoneo a consentire alla medesima di divenire aggiudicataria ex art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016 e avrebbe dovuto, quindi, essere opposto con motivi aggiunti entro i 30 gg. di rito, decorrenti da tale termine.

2.6.1) La comunicazione concernente l'avvenuto esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore Kuma (diritto che – si rammenta – è riconosciuto per legge in procedure come quella di cui si discorre a favore del promotore non aggiudicatario ed è di per sé idoneo, se declinato nei modi di legge, a far divenire aggiudicatario il medesimo promotore) pare, peraltro, potersi ricondurre alle comunicazioni di cui all'art. 76, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 [*“Le stazioni appaltanti, nel rispetto delle specifiche modalità di pubblicazione stabilite dal presente codice, informano tempestivamente ciascun candidato e ciascun offerente delle decisioni adottate riguardo (...) all'aggiudicazione di un appalto”*], derivandone che il termine di trenta giorni per l'esperimento del ricorso in sede giurisdizionale avverso il perfezionamento dell'aggiudicazione per avvenuto (valido

o tale ritenuto) esercizio della prelazione decorre dal momento della conoscenza o conoscibilità di tale situazione, dato che è in quel momento che sorge un interesse attuale e concreto alla sua rimozione se ritenuta lesiva (art. 41, comma 2, c.p.a.).

2.6.2) Al riguardo, paiono, invero, mutuabili le argomentazioni sviluppate dal Tar Lombardia, sez. I, nella sentenza 10 settembre 2018, n. 2056, ovvero che *“Nel giudizio amministrativo l’interesse alla caducazione dell’atto e, dunque, il dies a quo del termine decadenziale per la proposizione di gravame, sorge con la percezione dell’esistenza di una lesione, immediata e concreta, alla sfera giuridica dell’interessato, lesione che a quel provvedimento sia riconducibile; e tanto basta perché possa dirsi <nato> l’onere di impugnazione, al fine di garantire l’esigenza di certezza giuridica naturalmente connessa alla previsione di un termine decadenziale per l’impugnativa degli atti amministrativi, senza che ciò possa intaccare il diritto di difesa in giudizio ed il giusto processo, garantiti in ogni caso dalla possibilità di proporre successivi motivi aggiunti, ove la conoscenza delle risultanze procedurali valga a disvelare e lumeggiare la effettiva latitudine della <ingiustizia> dell’agere amministrativo e dei vizi che eventualmente la affliggono (TAR Campania, VIII, 2 febbraio 2017, n. 696). La compiuta conoscenza degli atti procedurali, idonea a puntualmente rivelare tutti gli eventuali vizi dell’azione amministrativa, potrà determinare un ampliamento del thema decidendum per il tramite dei motivi aggiunti (art. 43, comma 1, c.p.a.)”*.

2.6.3) Nel caso di specie, è, pur tuttavia, evidente che nulla avrebbe vietato a Gis di esercitare, successivamente al ricevimento della comunicazione in data 18 luglio 2018, il diritto di accesso nei confronti della dichiarazione di prelazione di Kuma, senza attendere passivamente che fosse il Comune a dimetterla agli atti del giudizio a quasi 2 mesi di distanza dal momento in cui aveva avuto comunque conoscenza della sua esistenza, derivandone che Gis non può assolutamente avvantaggiarsi di tale deposito documentale per individuare un (nuovo) *dies a quo*, di suo assoluto comodo, per dolersene. Vero è, infatti, che la generica replica svolta al riguardo da Gis con la memoria in data 23/11/2018 (pagg. 2 e 3) nulla prova, atteso che - al di là del fatto che la medesima non allega specificamente in che cosa si è effettivamente sostanziata la sua richiesta in data 16 luglio 2018, alla quale il Comune ha fornito riscontro con la più volte citata nota in

data 18 luglio 2018 – è, comunque, provato *per tabulas* che, in quel momento, GIS si era limitata semplicemente a chiedere notizie sull'avvenuto esercizio o meno del diritto di prelazione da parte di Kuma (vedi all. 001-14 – fascicolo doc. Comune di Pordenone in data 14/11/2018).

2.7) Senza trascurare, peraltro, di rilevare, che - anche al di là di ogni tardività - la contestazione delle modalità di esercizio del diritto di prelazione (*rectius* dell'atto con cui l'Amministrazione ha ritenuto quest'ultimo idoneo allo scopo) non pare, in effetti, assistita dal necessario interesse a ricorrere, dato che Kuma avrebbe facoltà di (ri)esercitarlo a fronte di una nuova aggiudicazione disposta a seguito di eventuale scorrimento della graduatoria.

3) Tardivo è, poi, anche il quinto motivo del ricorso introduttivo, proposto, in via subordinata, da Gis e volto all'annullamento della delibera di Giunta Comunale n. 76/2016 e della delibera n. 240/2016 (con la quale il Comune ha dichiarato la proposta di KUMA di pubblico interesse) e di tutti gli atti alla stessa conseguenti al fine di caducare l'intera procedura di *project financing*.

Invero - pur non apparendo propriamente calzante il rilievo, laddove fondato sul principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria n. 1/2012, in quanto l'onere della immediata impugnabilità della individuazione del promotore affermato da tale pronuncia sembra riferirsi al caso in cui il *project financing* viene avviato per iniziativa dell'Amministrazione (art. 183, comma 1 e ss., d.lgs. n. 50/2016) ove, per l'appunto, ci possono essere altri soggetti che ambiscono a divenire promotori per garantirsi tutti i vantaggi conseguenti e che sono, in effetti, immediatamente lesi dall'individuazione del promotore e dalla dichiarazione di pubblico interesse che consente di porre a gara la relativa proposta, mentre nel caso in esame l'iniziativa è stata assunta da Kuma e al momento dell'accoglimento della sua proposta di concessione di servizi relativa alla gestione della piscina comunale Daniele Del Bianco e ai lavori accessori di ristrutturazione e riqualificazione da realizzarsi con finanza di progetto e di dichiarazione dell'interesse pubblico della medesima non c'erano altri soggetti che potessero considerarsi lesi – il Collegio ritiene, pur tuttavia, che il vizio

denunciato ovvero l'inattendibilità del Piano economico e finanziario e, in sostanza, della proposta posta a base di gara insieme allo studio di fattibilità appare, per come dedotto, tale da precludere la possibilità stessa di effettuare il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara e, dunque, la stessa formulazione dell'offerta, conseguendone che gli atti che ne sarebbero risultati afflitti in via diretta (ovvero le deliberazioni della Giunta comunale n. 240/2016 del 24.11.2016 e n. 76/2016 del 06.05.2016) andavano, necessariamente, impugnati avuto riguardo al bando e al disciplinare di gara, che li ponevano, per l'appunto, a loro base, e tenendo conto del termine stabilito per la presentazione delle offerte, come sottolineato anche dalla difesa di Kuma nella replica del 23/11/2018.

4) In definitiva, il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti di Gis sono l'uno, in parte, inammissibile e, in parte irricevibile, e l'altro irricevibile e tali vanno dichiarati ai sensi dell'art. 35 c.p.a., il che vale a privare la ricorrente incidentale Arca di qualsivoglia interesse a coltivare ulteriormente il ricorso proposto, che va, pertanto, dichiarato improcedibile.

5) Appurata, dunque, l'intangibilità dell'aggiudicazione disposta a favore di Arca all'esito della gara, si può passare ora allo scrutinio del ricorso contraddistinto dal n. R.G. 227/2018.

5.1) Tale ricorso merita accoglimento per le ragioni e nei sensi di seguito precisati.

5.1.1) Invero, il Collegio - pur ritenendo, in effetti, prive di pregio le doglianze svolte dalla ricorrente con i motivi primo, terzo e quarto, risultando, al riguardo, condivisibili le controdeduzioni svolte dalla controinteressata Kuma e dal Comune, il che vale, tra l'altro, ad esimere il Collegio dallo scrutinio dell'eccezione di tardività/inammissibilità formulata da Kuma con riguardo al I motivo di ricorso - ritiene, pur tuttavia, meritevoli di favorevole considerazione le deduzioni articolate dalla ricorrente Arca nell'ambito del secondo motivo di ricorso, il che - come si vedrà - consente di per sé di rigettare anche l'eccezione preliminare di rito formulata da Kuma, laddove sostiene, per l'appunto, l'inammissibilità del

ricorso nella parte in cui è mirato alla sua esclusione dalla gara, ritenendo che, anche se esclusa, potrebbe pur sempre esercitare il diritto di prelazione.

5.2) La diversa incidenza delle illegittimità denunciate rende, pur tuttavia, necessaria la pronuncia sull'intera *res controversa* (Cons. St., A.P., 27.4.2015, n. 5), principiando proprio dall'esame delle censure che il Collegio ritiene destituite di fondamento, con la precisazione che non vengono in alcun modo presi in considerazione i profili di illegittimità irritualmente e tardivamente introdotti dalla ricorrente Arca con gli scritti di difesa successivi al ricorso introduttivo.

5.2.1) Al riguardo, paiono – come detto - mutuabili le controdeduzioni difensive svolte dal Comune e dalla controinteressata Kuma, laddove richiamano, per l'appunto, l'attenzione sul fatto che:

Motivo n. 1, con cui Arca deduce che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara a causa della asserita nullità del contratto di avvalimento che le avrebbe assicurato il possesso del requisito relativo al servizio di punta, rappresentato dalla gestione, nell'ultimo triennio, di un servizio analogo a quello della concessione oggetto di affidamento

- Kuma, pur disponendo di un fatturato complessivo e specifico superiore al limite di € 1.800.000,00 nel triennio, ha fatto ricorso all'avvalimento, stipulando apposito contratto con la Società Padova Nuoto s.s.d., per soddisfare il requisito di capacità tecnica e professionale relativo alla gestione, richiesto a pena di esclusione, del servizio di punta, che, in base all'art. 8.3, lett. d), del Disciplinare (all. 003-2.3 – fascicolo doc. Comune in data 30/8/2018), doveva riguardare la gestione di strutture sportive comprendenti sia piscine coperte che scoperte [*“esecuzione nell'ultimo triennio (2014, 2015, 2016) di un servizio analogo di importo non inferiore a € 1.800.000,00. Per servizio analogo si intende la gestione di un impianto natatorio aperto al pubblico con caratteristiche analoghe a quelle oggetto del presente bando (strutture sportive comprendenti sia piscine coperte che scoperte”*].

Detto contratto individua, in effetti, in modo sufficientemente determinato, oltre ai beni e ai servizi, anche e soprattutto l'apparato organizzativo e le conoscenze che l'ausiliaria Padova Nuoto mette a disposizione dell'ausiliata Kuma per

colmare il requisito di cui è carente (ovvero quello esperienziale di “gestione” di piscine scoperte). Va da sé, infatti, che i circa 80 istruttori ed assistenti bagnanti che già collaboravano e collaborano con Kuma sono più che sufficienti per l'esecuzione del servizio, atteso che le competenze necessarie per lo svolgimento delle specifiche funzioni di istruttore o di assistente non operano alcuna distinzione tra vasche coperte e scoperte.

Pare, peraltro, indubbio che Kuma si è avvalsa di Padova Nuoto essenzialmente per poter disporre, *“in base a un canone di effettività”*, delle figure professionali complementari a quelle già possedute e necessarie alla gestione di un impianto caratterizzato da piscine scoperte, ovvero senza deprivare l'ausiliaria della possibilità di dedicare ad altri utilizzi la propria capacità imprenditoriale non immediatamente dedicabile al concordato avvalimento (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 4 novembre 2016, n. 23).

Dalla lettura del contratto di avvalimento (all. 018-4.3.9 – fascicolo doc. Comune cit.) è, peraltro, agevole rilevare che Padova Nuoto metta concretamente a disposizione di Kuma: - le figure professionali mancanti *“necessarie al fine dell'espletamento della concessione stessa, tutte nessuna esclusa”*, premurandosi, in particolare, di specificare, anche nominativamente, quelle di vertice, prioritariamente (e sostanzialmente) necessarie; - il proprio *know how* materialmente costituito anche da *“software per la predisposizione di business plan e budget attinenti alla gestione di impianti sportivi analoghi a quello oggetto di affidamento, incluso il software gestionale dotato di apposita licenza presso l'impianto sportivo sito in Padova, Via Decorati al Valor Civile, località Paltano, comprendente piscine coperte e scoperte”*; - materiale formativo e didattico, format e materiali finalizzati all'attività di marketing; - attrezzature e dotazioni presenti presso il su indicato impianto sportivo, con particolare ma non esclusivo riguardo a quelle utilizzate nelle piscine scoperte di tale impianto;

Motivo n. 3, con cui Arca deduce che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto non sarebbe in possesso dei requisiti per l'esecuzione diretta dei lavori

- l'assunto è in palese contrasto con l'art. 8.6 del disciplinare di gara rubricato "*requisiti per l'esecuzione dei servizi tecnici*" che così recita: "*a) al fine di potere eseguire direttamente i lavori di cui allo Studio di fattibilità approvato, il concorrente dovrà altresì essere in possesso, ai sensi dell'art. 216, comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016: dell'attestazione SOA per la categoria (Prevalente) OG1 per la classifica II e per la categoria (scorporabile) OG11, Classifica II. I suddetti requisiti devono essere posseduti dal concorrente singolo o riunito in raggruppamento verticale. E' ammesso l'avvalimento. b) qualora il concorrente individuato quale concessionario non intenda eseguire direttamente i lavori, questi dovrà avvalersi di soggetti terzi adeguatamente qualificati e troveranno applicazione le disposizioni contenute nell'art 164, comma 5 del Codice.*"

E' evidente, infatti, che laddove, come nel caso di specie, il concessionario non intenda eseguire direttamente i lavori, i requisiti di cui sub precedente lett. b) dovranno essere posseduti dall'impresa appaltatrice che sarà scelta dal concessionario per l'esecuzione dei lavori, ma non dal concessionario ai fini della partecipazione alla gara;

Motivo n. 4, con cui Arca deduce che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto il Documento di Gara Unico Europeo ("DGUE") compilato dal progettista incaricato ai sensi dell'art. 8.7 del Disciplinare di gara non recherebbe il nome dei committenti privati delle attività di progettazione ivi indicate

- l'assunto è infondato atteso che, in effetti, l'art. 8.7 del Disciplinare sanziona con l'esclusione il concorrente che designi un progettista privo dei prescritti requisiti professionali e non, invece, la mancata indicazione dei committenti di alcuni, e limitati, progetti di edilizia privata che hanno concorso alla soddisfazione del requisito.

Trattandosi di mera irregolarità deve ritenersi, pertanto, ammesso il soccorso istruttorio, anche "*processuale*" (Consiglio di Stato n. 975/2017), con possibilità di integrazione postuma quando, come nel caso di specie, l'Amministrazione non si è accorta dell'irregolarità nella fase di controllo delle dichiarazioni (*ex multis* Tar Lazio-Roma n. 3541/2017).

Soccorso, peraltro, già spontaneamente attivato dal Comune di Pordenone con nota prot. n. 53710 in data 11/07/2018 inviata a Kuma a seguito dell'intervenuto esercizio della prelazione, al quale quest'ultima ha dato pronto riscontro,

inviando la dichiarazione a firma dell'ing. De Pin nella quale sono stati indicati i nominativi dei committenti mancanti.

5.3) Il secondo motivo di gravame è invece – come detto – fondato e tale da consentire, in ogni caso, l'accoglimento del ricorso.

5.3.1) Parte ricorrente lamenta, invero, l'insussistenza dei presupposti per il riconoscimento del diritto di prelazione a favore di Kuma, atteso che il medesimo presuppone una *“partecipazione effettiva”* alla gara (da intendersi quale presentazione di un'offerta tecnico-economica idonea ad essere comparata con le altre e quindi a dar luogo al confronto concorrenziale), non ravvisabile, invece, nel caso di specie, ove Kuma – come noto - non è stata ammessa alla successiva fase di valutazione dell'offerta economica, per non aver conseguito, nella valutazione dell'offerta tecnica, *“un punteggio superiore o uguale a quello di sbarramento, pari a 53 punti”*.

Secondo la ricorrente avrebbe, quindi, errato la stazione appaltante, incorrendo in illegittimità, laddove ha ritenuto di riconoscere a Kuma, a tutti gli effetti, *“il carattere di concorrente nella procedura, avendo partecipato alla gara con la propria offerta, pur non avendo ottenuto dalla Commissione giudicatrice il punteggio minimo necessario a superare la soglia di sbarramento previsto dal bando di gara per accedere alla fase di apertura dell'offerta economica e temporale”*.

Ritiene, invero, che:

- l'esclusione dal proseguimento della gara *“implica, giuridicamente, sia l'impossibilità di aggiudicazione, e perciò di conseguire il diritto al rimborso delle spese di progetto, sia correlativamente l'impossibilità di esercizio del diritto di prelazione, ove la concessione venga aggiudicata ad altri”*;
- *“l'esercizio del diritto di prelazione presuppone, non solo giuridicamente, ma anche logicamente, che le due offerte siano tra loro suscettibili di confronto, e che quella del promotore non sia giudicata la migliore”*, derivandone che, *“allorché non è possibile nessun confronto, perché l'offerta del promotore non raggiunge la soglia per poter essere giudicata idonea alla comparazione, viene logicamente meno il presupposto per l'ammissibilità del diritto di prelazione”*.

5.3.2) Tali assunti sono condivisibili.

Il Collegio è, invero, dell'avviso che la previsione, contenuta nell'art. 183, comma 15, codice dei contratti pubblici, in base alla quale *“il promotore non... aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario”*, implica, in effetti, la partecipazione a tutte le fasi di gara e l'inserimento in graduatoria.

Non ignora che in giurisprudenza è stato affermato, ancorché con riguardo alla disciplina dettata dall'art. 153, n. 19, del previgente codice dei contratti, che *“il diritto di prelazione è espressamente assicurato al soggetto promotore all'esito dello svolgimento della pubblica gara ivi prevista, in caso di aggiudicazione in favore di terzi”* e che *“la medesima disposizione, diversamente, non contempla conseguenze di sorta, circa tale diritto, in caso di mancata aggiudicazione della gara al promotore, né distingue tra collocamento non utile in graduatoria ed esclusione per qualsiasi ragione. In altri termini, non è previsto che il promotore perda il diritto di prelazione o comunque di assegnazione diretta (in difetto di altri aggiudicatari) nel caso in cui sia escluso dalla gara (T.A.R. Abruzzo, Pescara, 12 marzo 2015, n. 113)”*.

Ritiene, pur tuttavia, che tale pronuncia, che ha focalizzato l'attenzione sul regolare svolgimento della gara nel suo insieme (a prescindere da ogni considerazione sulla effettività o meno della partecipazione del soggetto promotore) – che, comunque, non gode dell'autorevole conferma del giudice d'appello sulla specifica questione, dato che il Consiglio di Stato, pur avendo rigettato il gravame, non ha avuto bisogno di prenderla in esame (vedi C.d.S., V, 8 marzo 2018, n. 1499) – sia superabile sulla scorta delle seguenti considerazioni.

Ad avviso del Collegio, la norma di legge (richiamata dall'art. 3.3 del Disciplinare) lascia, invero, intendere che deve sussistere una relazione diretta tra promotore e aggiudicatario e tale può ritenersi unicamente quella sussistente tra il candidato, comunque, collocato in graduatoria (ovvero colui che, laddove dovesse rendersi necessario lo scorrimento della graduatoria stessa, potrebbe, potenzialmente, divenire aggiudicatario) e l'aggiudicatario. La *ratio* pare essere, infatti,

analoga a quella che regola le preferenze e le precedenze nei pubblici concorsi, che richiede, necessariamente, la previa definitiva idoneità del candidato che intende avvalersene.

Il godimento di una posizione qualificata, data dall'utile collocamento in graduatoria, pare, infatti, presupposto imprescindibile per poter esercitare il diritto di prelazione.

A ragionare diversamente, ammettendo che il promotore possa esercitare il diritto di prelazione anche se risultato escluso dalla gara, si rischia, invero, di perpetrare o, comunque, avallare un grave *vulnus* alla corretta concorsualità e *par condicio*, in quanto il medesimo, che già gode dell'indubbio (ancorché legittimo) vantaggio di concorrere ad una gara basata sulla sua proposta progettuale, potrebbe, a ben osservare, limitarsi a "*partecipare*" alla gara, mediante la presentazione di un'offerta di mera forma (ovvero un'offerta non competitiva o inammissibile, se non, addirittura, intenzionalmente preordinata a essere dichiarata tale), senza sforzarsi in alcun modo di contribuire in maniera effettiva al confronto concorrenziale, potendo, dunque, semplicemente attendere di esercitare la prelazione e divenire aggiudicatario alle condizioni offerte da altri.

Tutto ciò – si ribadisce – confligge, però, con i principi di matrice comunitaria di effettivo e sano confronto concorrenziale e imparzialità, essendo evidente che, a seguire l'interpretazione e l'applicazione della norma fatta propria dalla stazione appaltante, il promotore non avrebbe alcun interesse a presentare un'offerta tecnica ed economica realmente competitiva, il che – è palese – provoca di per sé il grave indebolimento della posizione negoziale dell'amministrazione aggiudicatrice e la compromissione della tutela dell'interesse pubblico.

Ecco, dunque, che la sola lettura della norma che pare rispettosa dei principi e delle esigenze su indicate è quella che induce a ritenere che solo l'operatore di per sé idoneo e che ha presentato offerta valutabile e valutata in tutte le sue componenti e che dunque ha superato positivamente tutte le fasi di gara ha titolo ad essere ritenuto "*non aggiudicatario*" ai sensi e per gli effetti della disposizione che qui assume rilievo.

Non così, invece, chi è stato escluso per vari motivi dalla competizione (anche eventualmente per non avere superato la soglia minima per la valutazione delle offerte tecniche).

In definitiva, Kuma, non avendo superato positivamente tutte le fasi di gara, non poteva essere considerata “*non aggiudicataria*” ed essere ammessa all’esercizio del diritto di prelazione.

6) Per effetto dell’accoglimento del ricorso vanno, dunque, annullati gli atti impugnati, laddove ammettono Kuma, anziché escluderla, dall’esercizio del diritto di prelazione.

7) Le spese di lite vanno regolate come segue:

- per quanto riguarda il ricorso n. R.G. 227/2018, possono essere compensate per intero tra tutte le parti attesa la particolarità e relativa novità delle questioni poste;

- per quanto riguarda il ricorso n. R.G. 256/2018, vengono, invece, poste a carico della ricorrente GIS risultata virtualmente soccombente e liquidate a favore del Comune, di Arca e di Kuma nella misura indicata in dispositivo.

In relazione al ricorso contraddistinto dal n. R.G. 227/2018, il Comune di Pordenone sarà, però, tenuto a rimborsare alla ricorrente Arca (all’atto del passaggio in giudicato della sentenza) il contributo unificato nella misura versata, ai sensi dell’art. 13, comma 6-bis.1, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall’art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sezione I, definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe proposti:

- dichiara il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti proposti da Gis (R.G. 256/2018), in parte, inammissibile e, in parte, irricevibile, nei sensi e per le ragioni di cui in motivazione, nonché improcedibile il ricorso incidentale proposto da Arca.

- accoglie il ricorso contraddistinto dal n. R.G. 227/2018 e, per l'effetto, annulla gli atti e i provvedimenti impugnati, laddove ammettono Kuma, anziché escluderla, dall'esercizio del diritto di prelazione.

Compensa tra tutte le parti le spese di lite relative al ricorso contraddistinto dal n. R.G. 227/2018.

Condanna, inoltre, la Gis al pagamento a favore del Comune, di Arca e di Kuma delle spese di lite relative al ricorso contraddistinto dal n. R.G. 256/2018, che liquida in complessivi € 3.600,00 (€ 1.200,00 a favore di ciascuno), oltre oneri di legge.

Dà atto che, in relazione al ricorso n. R.G. 227/2018, il Comune di Pordenone sarà tenuto a rimborsare alla ricorrente Arca (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza), ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis.1, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248, il contributo unificato nella misura versata.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Manuela Sinigoi, Consigliere, Estensore

Nicola Bardino, Referendario

L'ESTENSORE
Manuela Sinigoi

IL PRESIDENTE
Oria Settesoldi

IL SEGRETARIO