

Pubblicato il 13/12/2021

N. 02725/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01517/2021 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1517 del 2021, proposto da:

Europolice S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Salerno, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti

Cosmopol Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione:

– del provvedimento del Settore di Polizia Municipale del Comune di Salerno di aggiudicazione della procedura telematica per l'affidamento diretto su

MEPA ai sensi dell'art. 36 comma 2 lett. b) del servizio di vigilanza h. 24 della nuova Piazza della Libertà in favore di Cosmopol s.p.a.;

- della lettera del Comune di Salerno di invito ad offrire per la fornitura del servizio di vigilanza h. 24 della nuova Piazza della Libertà, nella parte in cui ha fissato il termine perentorio di partecipazione alle ore 12,00 del 17.9.2021;
- ove occorra della richiesta di offerta per la RDO MEPA 2868042, inviata alle ore 11.06 del 17.9.2021, con scadenza del termine di presentazione delle offerte alle ore 12,00 del 17.9.2021;
- di tutti gli atti di gara, nella parte in cui hanno ammesso e valutato la offerta di Cosmopol;
- di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

e per l'accertamento della nullità della intera procedura negoziale, dell'affidamento in favore dell'unico concorrente in gara e del contratto di appalto stipulato tra il Comune di Salerno e la Cosmopol per violazione dell'art 121 c.p.a..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cosmopol Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2021 il dott. Igor Nobile e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato a mezzo pec in data 13.10.2021 al Comune di Salerno ed alla società controinteressata in epigrafe, tempestivamente depositato il 15.10.2021, la ricorrente ha adito questo Tribunale per l'annullamento, previa sospensione:

- del provvedimento del Settore di Polizia Municipale del Comune di Salerno di aggiudicazione della procedura telematica per l'affidamento diretto su

MEPA ai sensi dell'art. 36 comma 2 lett. b) del servizio di vigilanza h. 24 della nuova Piazza della Libertà in favore di Cosmopol s.p.a.;

- della lettera del Comune di Salerno di invito ad offrire per la fornitura del servizio di vigilanza h. 24 della nuova Piazza della Libertà, nella parte in cui ha fissato il termine perentorio di partecipazione alle ore 12,00 del 17.9.2021;
 - ove occorra della richiesta di offerta per la RDO MEPA 2868042, inviata alle ore 11.06 del 17.9.2021, con scadenza del termine di presentazione delle offerte alle ore 12,00 del 17.9.2021;
 - di tutti gli atti di gara, nella parte in cui hanno ammesso e valutato la offerta di Cosmopol;
 - di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;
- e per l'accertamento

della nullità della intera procedura negoziale, dell'affidamento in favore dell'unico concorrente in gara e del contratto di appalto stipulato tra il Comune di Salerno e la Cosmopol per violazione dell'art 121 c.p.a.

2. Con il provvedimento impugnato, la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione alla controinteressata in epigrafe della procedura telematica di affidamento tramite RDO sul mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione, da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, di valore pari ad euro 17.622,95 oltre iva, indetta per l'affidamento del servizio di vigilanza h24 della sede di Piazza della Libertà, per il periodo dal 20 settembre 2021 al 31 ottobre 2021.

La stazione appaltante, con apposita lettera di invito, ha invitato sia l'odierna ricorrente, che la controinteressata, a presentare offerta per il servizio, fissando come termine improrogabile per la ricezione delle offerte le ore 12,00 del 17.9.2021. Per quanto concerne l'odierna ricorrente, la lettera di invito è stata trasmessa dalla stazione appaltante alle ore 11,06 del 17.9.2021 (quindi, con un anticipo di 54 minuti rispetto al termine finale di presentazione dell'offerta indicato nella RDO).

Perveniva unicamente l'offerta della controinteressata e, pertanto, il servizio veniva aggiudicato (e quindi contrattualizzato) alla stessa.

Da quanto successivamente appurato nel corso del giudizio, il servizio è cessato alla data prestabilita (31.10.2021).

3. Con i motivi di ricorso, come meglio articolati nel relativo atto processuale, la ricorrente contesta la legittimità dell'aggiudicazione, in ordine ai profili di seguito sinteticamente evocati:

1) Violazione dei termini minimi di legge per la presentazione delle offerte, stabiliti in 10 giorni dal combinato disposto di cui agli artt. 79, 61 co.6, lett. b) e 36, co.9 D.Lgs.n.50/2016, atteso che il termine concesso per l'esame della richiesta e per la trasmissione dell'offerta (appena 54 minuti) sarebbero assolutamente insufficienti ai fini di una consapevole valutazione da parte dell'operatore economico. La stazione appaltante- sostenendo la ricorrente- scegliendo di dare corso ad una procedura negoziata, si è autovincolata al rispetto dei termini minimi, per lo svolgimento del procedimento, fissati dal Codice dei contratti, oltre che imposti dal rispetto dei principi generali del giusto procedimento, dell'imparzialità e della correttezza nello svolgimento del procedimento selettivo.

2) La grave violazione perpetrata dal Comune vizierebbe l'intera procedura e imporrebbe la declaratoria di inefficacia del contratto, ai sensi dell'art.121 cpa.

4. In data 18.10.21 si è costituita in giudizio la società controinteressata, per avversare i predetti motivi di ricorso. Con memoria difensiva, successivamente depositata il 25.10.21, si contestano le argomentazioni ex adverso formulate, eccependo e rilevando quanto di seguito in sintesi esposto:

- le censure dedotte sono infondate, in quanto la tipologia di affidamento prescelto (affidamento diretto, legittimo in conseguenza dell'importo assai ridotto della commessa) non è assoggettata al rispetto di un termine minimo predefinito per la ricezione delle offerte, né troverebbe applicazione l'art.79 D.Lgs.n.50/2016, applicabile unicamente sopra soglia, né si applica l'art.36, co.9, destinato alle sole procedure ordinarie;

- non si è verificato alcun vulnus per la società ricorrente, e prova ne sia il fatto che la Cosmopol, nell'identica situazione, ha potuto presentare offerta, tenuto vieppiù conto della natura standardizzata del servizio e, in ogni caso, della situazione di urgenza estrema che caratterizza l'affidamento di cui trattasi.

5. Alla camera di consiglio del 27.10.21 la ricorrente rinunciava alla istanza cautelare e, quindi, veniva fissata l'udienza pubblica per la trattazione nel merito del ricorso, alla data del 1.12.2021.

6. Con memoria notificata a mezzo pec il 12.11.2021 e depositata in pari data, la ricorrente, nel ribadire la fondatezza dei motivi di ricorso, avanzava domanda di risarcimento dei danni.

7. Seguiva, in data 19.11.2021, deposito di memoria di replica della controinteressata, nella quale si deduceva, in estrema sintesi:

- non esistendo un termine predefinito per la presentazione dell'offerta, la stazione appaltante fissa discrezionalmente il termine di ricezione, dovendo assicurare (unicamente) il rispetto dei principi generali di cui agli artt.30, co.1, 40 e 42 del Codice;

- l'estrema urgenza dell'affidamento, necessario a seguito della comunicazione della Polizia Municipale di non potere provvedere autonomamente al servizio, rendono legittimo l'operato del Comune;

- la domanda risarcitoria è del tutto apodittica, non avendo la ricorrente fornito la minima prova sia in ordine alla quantificazione del preteso danno che della concreta probabilità di aggiudicazione dell'appalto.

8. All'udienza del 1 dicembre 2021 la causa è stata quindi trattenuta in decisione.

9. Il Collegio prende atto (come altresì dichiarato in udienza dallo stesso difensore della ricorrente) dell'improcedibilità del ricorso, per carenza di interesse, limitatamente alla domanda di annullamento degli atti impugnati, in ragione della sopravvenuta integrale esecuzione del contratto perfezionato dalla stazione appaltante con la controinteressata (alla data del 31.10.21, come

previsto ab origine nei documenti di gara) e, quale ineluttabile conseguenza, della richiesta di declaratoria di inefficacia dello stesso.

Nondimeno, come palesato con la memoria depositata il giorno 12.11.2021 (ritualmente notificata alle controparti), resta l'interesse allo scrutinio delle censure formulate, a fini risarcitori e previa declaratoria di illegittimità degli atti impugnati, ai sensi dell'art.34, co.3 cpa.

10. La censura di illegittimità degli atti impugnati è fondata, ai sensi e per le ragioni di seguito illustrate.

Occorre, tuttavia, analizzare preliminarmente il profilo relativo alla tipologia di procedimento selettivo avviato dal Comune nella circostanza, alla luce dei documenti predisposti dalla stazione appaltante, siccome versati in atti.

In verità, non si è trattato di una procedura negoziata (come opina la ricorrente), bensì di un affidamento diretto comparativo (talvolta denominato "mediato"), previsto espressamente dall'art.36, co.2, lett. b) del Codice dei contratti (nella versione ante novella di cui all'art.1 L.120/2020 nonché dall'art.36, co.2, lett. a) della versione post novella), nel quale l'affidamento avviene in modalità diretta (cioè senza gara) pur essendo preceduto dall'acquisizione di più offerte (o di semplici preventivi).

Soccorre, al riguardo, anche il tenore letterale della lettera di invito (all.to n.2 deposito di parte ricorrente del 15.10.21), laddove si parla di "procedura telematica per l'affidamento diretto sul Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) ai sensi dell'art.36, co.2 lett. b) in combinato disposto con l'art.1 della L.n.120/2020 e dell'art.95, co.4 lett. b) del D.Lgs.n.50 del 18.4.2016".

La disciplina transitoria introdotta nel contesto della legislazione emergenziale anti Sars-Covid 2 dall'art.1, L.n.120/2020 (rif. art.36, co.2, lett. a) consente, fino al 30.6.2023 (per effetto della ulteriore modifica apportata con l'art.51 della L.n.108/2021), per servizi e forniture fino alla soglia di euro 139.000,00 di procedere tramite affidamento diretto, senza dunque rituale procedimento di gara (e dunque anche senza fare ricorso alla procedura negoziata, che è pur

sempre un procedimento di selezione tramite gara), e senza l'onere della previa consultazione di almeno tre operatori economici, come sarebbe dovuto in base alla disciplina previgente per gli affidamenti ultra 40.000,00 euro (rif. art.36, co.2, lett. b) D.Lgs.n.50/2016 nella versione ante novella).

Ora, nella fattispecie in esame, posto che l'entità dell'appalto (pari ad euro 17.622,95 oltre iva), avrebbe consentito alla stazione appaltante di procedere tramite affidamento diretto puro, ossia senza acquisizione di più offerte, è innegabile che la stazione appaltante, esercitando il potere insindacabile di dare corso ad una procedura di scelta in grado di garantire maggiormente il principio di economicità, abbia optato per un affidamento diretto comparativo, non essendo precluso alla stazione appaltante il potere di procedere, sotto soglia, con il ricorso a procedure comparative, né tanto meno alle procedure ordinarie (come confermato dall'art.36, co.9 D.Lgs.n.50/2016, tuttora vigente e applicabile).

Mediante tale modus operandi, la stazione appaltante fa precedere l'aggiudicazione (e la conseguente stipula del contratto) dall'acquisizione di più preventivi/offerte, senza che ne consegua l'attivazione di un procedimento di gara (v., in tal senso, Consiglio di Stato, 23.4.2021, n.3287).

Da ciò discende la profonda differenza rispetto alla procedura negoziata con obbligo di inviti (ossia quando non ricorrono le condizioni di unicità del fornitore) ex art.63 del Codice (ma v. anche art.36, co.2, lett. c- c-bis), la quale costituisce, secondo quanto si ricava dal disposto di cui all'art.63, co.6 D.Lgs.n.50/2016, un meccanismo selettivo ad evidenza pubblica, assimilabile alle procedure ordinarie, quanto meno a partire dalla fase successiva all'individuazione dei competitors, ossia, in definitiva, in relazione al procedimento di valutazione delle offerte e di selezione del contraente.

In altri e più chiari termini, mentre la procedura negoziata rappresenta, a tutti gli effetti, un procedimento selettivo tramite gara (salvo che nei casi in cui sussistano le condizioni per derogarvi, v. ad es., art.63, co.2, lett. b) del Codice), con tutto ciò che ne consegue in termini di struttura del meccanismo

selettivo, nell'affidamento diretto la scelta è operata “direttamente” (a monte) dalla stazione appaltante, sia pure nel rispetto dei criteri, quali-quantitativi, di selezione degli operatori economici, previsti dalla legge (rif. art.36, co.2, lett. a) post novella).

Nell'affidamento diretto puro, ossia senza consultazione di più operatori economici, la stazione appaltante contratta con l'unico operatore interpellato; nell'affidamento diretto comparativo la scelta consegue all'interpello di più operatori. Come detto, l'affidamento diretto (anche se comparativo) non attiva un meccanismo di gara, né allo stesso possono essere automaticamente estese le disposizioni sulla procedura negoziata recate dall'art.63 D.Lgs.n.50/2016 o dall'art.36, laddove tale norma rinvia, non a caso, all'art.63 (v., in tal senso, art.36, co.2, lett. b) versione post novella del 2020).

Nella fattispecie in esame, non v'è dubbio che la stazione appaltante abbia inteso procedere tramite “affidamento diretto”, visto il tenore letterale della lettera d'invito e del modus operandi complessivamente serbato, improntato alla ricerca della massima semplificazione in ragione dell'urgente necessità di acquisire il servizio.

Nondimeno, il riferimento all'art.36, co.2, lett. b) del Codice appare riferito alla versione della medesima disposizione insensibile alla novella introdotta dall'art.1 L.n.120/2020 (in vigore come detto fino al 30.6.23, a seguito delle modifiche apportate dall'art.51 L.n.108/2021).

Infatti, si può osservare che mentre la versione ante novella, all'art.36, co.2, lett. b), fa riferimento all'affidamento diretto comparativo (con consultazione di tre operatori), nella vigente versione di tale disposizione (post novella “emergenziale”) si parla di “procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016”, con consultazione di almeno cinque operatori.

Resta evidente, in ogni caso, che il Comune ha dato obiettivamente corso ad una procedura di affidamento diretto e che, per l'effetto, il riferimento corretto era quello di cui all'art.36, co.2, lett. a), nel testo vigente ratione

temporis, coerente con il valore della commessa, inferiore ad euro 139.000,00. La scelta di consultare due operatori economici, allo scopo di contemperare l'esigenza di celerità dell'affidamento con quello di economicità, è senza dubbio pienamente ammissibile, laddove l'inciso "anche senza consultazione di più operatori economici" lascia intendere che l'affidamento puro è ammesso al pari di quello comparativo (la norma, evidentemente, fissa i "minimi", senza imporre o escludere best practices).

Chiarito, dunque, che nella fattispecie si è trattato di affidamento diretto comparativo, occorre valutare, nello specifico, se sussista la dedotta violazione di legge, in relazione al termine che la stazione appaltante ha assegnato alla ricorrente per la proposizione dell'offerta (54 minuti).

Secondo la ricostruzione offerta dalla società ricorrente, occorrerebbe applicare i termini minimi previsti (per le procedure "negoziare ristrette") dall'art.61, co.6, lett. b) D.lgs.n.50/2016, il quale fissa, in situazioni di urgenza, un termine di ricezione delle offerte non inferiore a dieci giorni, riducibile alla metà ex art.36, co.9 D.Lgs.n.50/2016, e senza tralasciare di considerare il principio ricavabile dall'art.79, co.1 del Codice.

La suesposta tesi è avversata dalla difesa della società controinteressata, secondo cui, trattandosi di affidamento diretto, la fissazione del termine minimo (non prevista dal Codice) rientra nella piena discrezionalità dell'Amministrazione, esercitata, nello specifico, in modo logico e coerente con l'obiettivo urgenza di assicurare l'affidamento compatibilmente con la ridotta tempistica a disposizione per l'espletamento dell'attività negoziale (la lettera di invito è del 17.9.21, l'inizio delle prestazioni fissato per il 30.9.21).

In merito alla tematica in oggetto, la principale norma di riferimento è costituita dall'art.79 D.Lgs.n.50/2016, laddove, al primo comma, si afferma il fondamentale principio per cui "Nel fissare i termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, le amministrazioni aggiudicatrici tengono conto in particolare della complessità dell'appalto e del tempo

necessario per preparare le offerte, fatti salvi i termini minimi stabiliti negli articoli 60, 61, 62, 64 e 65”.

La disposizione è coerente con quanto previsto dall'art.47 della Direttiva 2014/24/UE.

Secondo la difesa della controinteressata, tale principio sarebbe applicabile solo sopra soglia e, pertanto, non potrebbe essere invocato nella fattispecie.

Prima di dirimere la questione, è opportuno soffermarsi sulla disciplina recata dal Codice circa i termini minimi per la presentazione delle offerte.

In disparte le procedure ordinarie (che esulano dalla presente vicenda), per le procedure negoziate, l'art.63 del Codice (non a caso non richiamato dall'art.79 in riferimento al rispetto dei termini stabiliti espressamente dal Codice per le diverse procedure contemplate), non detta specifiche disposizioni sui termini per la ricezione delle offerte (a differenza di quanto prevedeva l'art.70 del D.Lgs.n.163/2006, che, al comma 5, per le negoziate senza bando, indicava il termine di venti giorni e, al comma 12, in caso di urgenza improcrastinabile, non fissava un termine minimo assoluto imponendo comunque, con la clausola “ove possibile”, il rispetto dei principi generali in tema di complessità dell'appalto e tempo necessario alla predisposizione delle offerte).

L'assenza di un termine minimo si spiega con la natura eccezionale della negoziata senza bando, ammissibile soltanto nelle ipotesi tassative e (sovente) utilizzabile in condizioni di unicità del fornitore o di urgenza nell'acquisizione della prestazione, tali da rendere impossibile l'utilizzo delle procedure ordinarie e, dunque, la previsione di termini stringenti, imponibili sempre e comunque.

La lacuna, in altri termini, appare intenzionale.

Nondimeno, l'attuale legislazione sotto soglia, specie a seguito della novella emergenziale, avendo generalizzato la facoltà di utilizzo della negoziata senza bando (in tal senso, v. art.36, co.2 lett. b) come novellato) a prescindere quindi dal ricorrere di situazioni derogatorie, impone di considerare la possibilità che, nella fissazione del termine (minimo) di presentazione delle offerte, gli

interpreti considerino dei riferimenti aliunde rinvenibili nel Codice, se non quali parametri invalicabili in senso assoluto, almeno in termini di riferimento che, ragionevolmente, dovrebbe essere rispettato e che, in ogni caso, se rispettato preclude in radice qualsivoglia eccezione di illegittimità.

Al riguardo, stante l'identità della struttura del procedimento selettivo, quanto meno nella fase a valle dell'individuazione dei competitors, nella procedura negoziata si dovrebbe fare riferimento al termine previsto (per la procedura ristretta) dall'art.61, co.6, lett. b), che consente, in caso di urgenza, la riduzione dei termini di ricezione delle offerte fino a dieci giorni.

Con riguardo agli affidamenti sotto soglia, poi, che interessano la presente controversia, occorre ulteriormente considerare la facoltà di dimidiazione prevista dall'art.36, co.9 D.Lgs.n.50/2016, confermata e generalizzata, nel regime transitorio che opera fino al 30.6.23, dall'art.8, co.1, lett. c) L.n.120/2020; ne discende che, nella negoziata senza bando sotto soglia, il termine di cinque giorni costituisce, indicativamente, il termine minimo assegnabile agli operatori economici interpellati per la presentazione dell'offerta. D'altra parte, ragionando a contrario, se nelle procedure ristrette (che costituiscono una tipologia di procedura ordinaria, e quindi sempre utilizzabili dalla stazione appaltante), il legislatore ha stabilito un termine di 10 giorni (dimezzabile sotto soglia), allora, giocoforza, se nella negoziata senza bando tale termine viene rispettato, la stazione appaltante si pone, necessariamente, al riparo da qualsivoglia censura. Viceversa, qualora sia assegnato un termine inferiore, si impone, in concreto, la verifica di congruità di detto termine. Resta infatti evidente che la procedura negoziata, quando prevede (per ossequio alla legge o per autovincolo della stazione appaltante) l'interello di più operatori economici, va assoggettata, analogamente a quanto accade per le restanti procedure, ai principi di cui all'art.79 del Codice, dovendo la stazione appaltante tenere conto della complessità dell'appalto e del termine per la presentazione dell'offerta.

Ad avviso del Collegio, non ha pregio la tesi, sostenuta dalla difesa della controinteressata, secondo cui l'art.79 del Codice, non rientrando fra i principi generali del Codice, di cui agli artt. 30, co.1, 34 e 42, sarebbe applicabile esclusivamente sopra soglia.

L'art.79 codifica, infatti, un principio di indubbia rilevanza generale, in quanto presidia in concreto la par condicio per la partecipazione alla gara (in tal senso, v., Consiglio di Stato, 22.7.2019, n.5127; cfr., Tar Firenze, 19.8.2020, n.1007). Ed ancora, i principi generali, sebbene codificati nella disciplina dettata per gli affidamenti di rango comunitario, vanno applicati anche nelle procedure sotto soglia; il rispetto della par condicio costituisce del resto la principale declinazione del principio di correttezza, espressamente citato dall'art.30, co.1, richiamato dall'art.36, co.1 del Codice.

A questo punto, occorre valutare:

- a) se le considerazioni sopra esposte circa il termine minimo possano essere applicabili anche all'affidamento diretto e, in particolare, all'affidamento diretto comparativo, che ricorre nella fattispecie in esame;
- b) se il termine assegnato dal Comune di Salerno per la ricezione dell'offerta all'odierna ricorrente, possa definirsi congruo, e quindi compatibile con il principio generale codificato all'art.79, co.1 del Codice.

In ordine alla prima tematica, il Collegio è dell'avviso che, tanto nell'affidamento diretto puro (ossia senza confronto competitivo) che in quello comparativo, debba essere esclusa l'assimilazione alla procedura negoziata. E ciò, per le seguenti ragioni:

- l'affidamento diretto, anche se comparativo, come detto non costituisce un meccanismo selettivo di gara, come (al contrario) la procedura negoziata, la quale (ad esclusione dell'ipotesi di unicità del fornitore) rappresenta a tutti gli effetti un rituale procedimento di gara, assimilabile- per tale aspetto- alla procedura ristretta, una volta individuati gli operatori economici da invitare a presentare offerta;

- il procedimento dell'affidamento diretto, quale delineato nel Codice, anche successivamente alla novella di cui all'art.1, co.2, lett. a) L.n.120/2020, è improntato ad estrema snellezza, allo scopo di semplificare il percorso che consente alla stazione appaltante di giungere, quasi con immediatezza, alla selezione del fornitore, fatto salvo il rispetto dei principi generali e della rotazione.

Ne consegue che il termine minimo per la ricezione delle offerte, che nelle negoziate senza bando competitive (ossia in assenza di condizione di unicità) può, sia pure indicativamente, essere individuato con riferimento alla disciplina della procedura ristretta, non appare applicabile, di per sé, all'affidamento diretto, quand'anche delineato nella modalità comparativa.

Ciò posto, è indubbio che, laddove la stazione appaltante (come nella fattispecie in esame) opti, nell'esercizio della propria discrezionalità, per l'affidamento diretto di tipo comparativo (invitando più di un operatore economico), si imponga il rispetto del principio generale recato dall'art.79, co.1 del Codice, armonico con l'omologa previsione della Direttiva euronitaria, pena la sostanziale vanificazione, in fatto, della effettiva competizione fra gli operatori economici pre-selezionati.

Nella vicenda in esame, il tempo concesso alla ricorrente per la formulazione dell'offerta (54 minuti) appare oggettivamente incongruo, inidoneo a consentire alla ricorrente di formulare un'offerta economica corretta e consapevole, talchè l'esigenza di competizione (e di comparazione fra le offerte), affermata in tesi dal Comune allorchè ha individuato un secondo operatore, è stata smentita, in modo contraddittorio, nei fatti. E' evidente che il tempo concesso è, ictu oculi, troppo esiguo, per consentire alla società ricorrente di: leggere con attenzione la documentazione negoziale predisposta dalla stazione appaltante; predisporre e sottoscrivere (a cura del soggetto legittimato) la documentazione amministrativa, con i relativi numerosi allegati (es. DGUE, modulo privacy, ecc.), esaminare il profilo economico

dell'affidamento, quotare il corrispettivo e predisporre l'offerta economica, il tutto da "caricare" poi a sistema Mepa.

Peraltro, né il Comune (non costituito in giudizio) negli atti impugnati né la controinteressata hanno fornito elementi idonei a palesare l'impossibilità di prevedere un termine meno ristretto (finanche con qualche ora in più), che consentisse la predisposizione e la sottomissione dell'offerta e, soprattutto, che palesasse la ragione per cui, a fronte di un servizio da acquisire a decorrere dal 19.9.21, l'attività negoziale sia stata posta in essere solo in data 17.9.21, senza contare che, alla luce della normativa vigente, come detto, era pienamente legittimo l'affidamento diretto puro.

Per quanto precede, occorre dichiarare l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, nella misura in cui, in violazione del principio di cui all'art.79, co.1 del Codice, la stazione appaltante non ha assicurato alla ricorrente la possibilità di competere effettivamente, fissando termini di ricezione delle offerte palesemente incongrui.

11. Il Collegio procedere quindi ad esaminare la domanda risarcitoria, formulata dalla ricorrente con memoria notificata alle controparti il 12.11.2021.

Parte ricorrente prospetta un danno risarcibile di euro 1.231,98, di cui euro 830 per mancato utile d'impresa, euro 267,99 per danno d'immagine e mancata esposizione del marchio ed euro 133,39 per spese amministrative, oltre alla perdita di chance.

La domanda risarcitoria, per come formulata, va respinta, per assoluto difetto di comprova del danno, sotto il profilo del quantum debeatur.

Osserva, al riguardo, il Collegio, che la domanda risarcitoria è stata formulata- sia pure ritualmente- con memoria notificata alle parti, ma senza il corredo di documentazione atta a comprovare le poste di danno asserite. Nello specifico, si osserva che:

- non v'è traccia documentale delle spese amministrative sostenute, con l'ulteriore annotazione che la società ricorrente, dato il ridottissimo tempo a

disposizione, non ha ragionevolmente avuto la benchè minima possibilità di partecipare e quindi di anticipare somme;

- il danno di immagine (oltre a non essere provato) non appare ipotizzabile, tenuto conto della limitata durata nel tempo dell'affidamento di cui si controverte, di natura occasionale;

- il mancato utile di impresa (che in verità assorbirebbe anche l'ulteriore posta reclamata della perdita di chance) non può essere riconosciuto, in quanto la ricorrente non ha fornito alcuna prova, o principio di prova, circa le effettive possibilità di aggiudicazione della commessa e la possibile entità dell'offerta economica che sarebbe stata presentata (ad esempio, producendo documentazione afferente a gare cui la stessa abbia partecipato ovvero a contratti in essere), così come della struttura dei costi che l'affidamento avrebbe comportato.

10. In conclusione, per tutto quanto precede, in ordine al ricorso di cui è controversia, occorre:

- dichiarare l'improcedibilità, per carenza di interesse, della domanda di annullamento degli atti impugnati e della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto;

- accertare e dichiarare l'illegittimità degli atti impugnati;

- respingere la domanda risarcitoria.

Quanto alle spese di giudizio, si ritiene doveroso porle a carico delle parti convenute, in applicazione del principio della soccombenza, per venire liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione Staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara l'improcedibilità della domanda di annullamento degli atti impugnati e di declaratoria di inefficacia del contratto;

- accerta e dichiara l'illegittimità degli atti impugnati;

- respinge la domanda risarcitoria.

Condanna, in ragione della metà ciascuno, il Comune di Salerno e la società controinteressata in epigrafe al pagamento delle spese di giudizio in favore della società ricorrente, liquidate in complessivi euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato, se versato.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2021, con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Paolo Severini, Consigliere

Igor Nobile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Igor Nobile

IL PRESIDENTE

Nicola Durante

IL SEGRETARIO