



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Quarta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1954 del 2021, proposto dalla società (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato V. D., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati G. L. R., V. A. P., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio 'fisico' presso lo studio dell'avvocato (...);

nei confronti

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato V. S., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione del Comune di (...)n. 739 del 27 settembre 2021 avente ad oggetto aggiudicazione definitiva dei "Servizi cimiteriali periodo dal 1.10.2021 al 30.09.2022" a favore della (...) e contestuale presa d'atto dell'efficacia dell'aggiudicazione. Cig. 8714156D02.

- di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

nonché per l'accertamento e la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dalla Stazione appaltante - ai sensi dell'art. 121 c.p.a. - o, in subordine, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., nonché del diritto della ricorrente a subentrare nel contratto stipulato ai sensi dell'art. 124 c.p.a., dichiarando, altresì, sin da ora, la disponibilità nel relativo subentro; nonché per la condanna al risarcimento, ex art. 30 c.p.a., dei danni subiti dalla ricorrente per effetto della illegittima condotta amministrativa ed al pagamento delle sanzioni pecuniarie previste dall' art. 123 c.p.a.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da (...) il 29 novembre 2021:

per l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari:

1) dei verbali di gara n. 1 del 26 maggio 2021, n. 2 del 27 maggio 2021, n. 3 del 28 maggio 2021, n. 4 del 3 giugno 2021, n. 5 del 30 giugno 2021, n. 6 del 13 luglio 2021 e n. 7 del 20 settembre 2021, relativi alla procedura indetta dal Comune di (...) per l'affidamento dei "Servizi cimiteriali periodo dal 1/07/2021 al 30/06/2022", nella parte in cui la Commissione di gara ha riconosciuto alla (...) il beneficio del soccorso istruttorio e, per l'effetto, non ne ha disposto l'esclusione dalla detta procedura per violazione dell'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016 e per mancanza dei "requisiti di idoneità tecnico professionale";

2) ove e per quanto necessario, della determinazione dirigenziale n. 739 del 27 settembre 2021, avente ad oggetto la aggiudicazione definitiva dei "Servizi cimiteriali periodo dal 01/07/2021 al 30/06/2022" alla (...) e contestuale presa d'atto dell'efficacia dell'aggiudicazione, nella parte in cui il Dirigente Area Lavori Pubblici e

Patrimonio del Comune di (...), approvando i censurati verbali di gara, non ha disposto, anche in autotutela, l'esclusione dalla gara della concorrente (...);

3) ove e per quanto necessario della Lettera di invito del Comune di (...), prot. 2021/24279 del 6 maggio 2021, ove e per quanto lesiva degli interessi procedurali della ricorrente incidentale;

4) di ogni ulteriore atto preparatorio, presupposto, connesso e consequenziale a quelli espressamente censurati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

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

Data per letta nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2022 la relazione della dott.ssa Katiuscia Papi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione n. 291 del 29 aprile 2021 il Comune di (...) indicava una procedura negoziata senza bando *ex art. 1 comma 2 lettera 'b' D.L. 76/2020* per l'affidamento dei servizi cimiteriali, per il periodo dal 1° ottobre 2021 al 30 settembre 2022. La gara veniva espletata tramite la piattaforma telematica Sintel della Regione Lombardia; l'importo a base d'asta era fissato in €. 207.000,00. Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'avviso pubblico per le manifestazioni di interesse precisava che: *«Il Comune di (...), per tale appalto applicherà i principi dettati dall'art. 30 del Codice degli appalti, dall'art. 1, comma 2, lett. b) della Legge n. 120/2020 e in ottemperanza alle Linee guida n.4 "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" applicherà il criterio della rotazione degli affidamenti e degli inviti. Nello specifico, pertanto, non potranno essere invitate le ditte già invitate e/o risultate affidatarie dell'appalto sotto elencato: Servizi Cimiteriali periodo dal 01/07/2020 al 30/06/2021 – CIG 82813978FD».*

2. Presentavano la propria offerta sette ditte e, nel verbale di riunione della Commissione del 26 maggio 2021, si dava atto dell'attivazione del soccorso istruttorio in favore della società (...), che in seguito produceva la documentazione integrativa richiesta.

Nella seduta del 27 maggio 2021, in applicazione del principio di rotazione, venivano esclusi tre operatori economici, in quanto già invitati alla gara d'appalto avente ad oggetto l'affidamento dei servizi cimiteriali per il periodo 1° luglio 2020 – 30 giugno 2021.

Il seggio di gara ravvisava inoltre, nella seduta del 3 giugno 2021, una possibile situazione di collegamento societario tra due delle ditte partecipanti, (...) e (...).

Per tale ragione venivano sospese le operazioni di gara e chiesto il parere del Responsabile del Servizio Advocatura Civica del Comune di (...) (Verbale di gara n. 4 del 3 giugno 2021). Acquisito il parere, la Stazione appaltante avviava (nota prot. 32981 del 16 giugno 2021) il procedimento diretto all'esclusione delle ditte interessate, assegnando alle società (...) e (...) un termine per far pervenire osservazioni.

Riattivata la procedura, con verbale di gara n. 5 del 30 giugno 2021 il Comune dava atto dell'avvenuta ricezione delle osservazioni delle due società interpellate in data 25 giugno 2021, con protocollazione posta in essere il 28 giugno 2021. La P.A. acquisiva quindi un nuovo parere dell'Advocatura sulla questione e, nel medesimo Verbale n. 5, la Commissione di gara dava atto che: *«Riscontra [...] 5) l'ulteriore parere legale alle osservazioni pervenute dalle due ditte, rilasciato dall'Avv. (...) via e-mail in data 29.6.2021, dal quale si evince la proposta di ammettere le ditte in attesa di verificare la riconducibilità del centro decisionale dell'offerta economica; [...] Conclude la fase amministrativa e prendendo atto del parere legale dell'Avv. (...) ammette le ditte (...) e (...).l.».* Nella medesima seduta, il seggio di gara procedeva all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e di quelle economiche, e alla formazione della graduatoria provvisoria che vedeva al primo posto (...) e (...), al secondo (...) e al terzo (...). Infine, lo stesso 30 giugno 2021 si verbalizzava che: *«Entrambe le offerte (Tecnica ed Economica) presentate dalla ditta prima classificata, (...) e (...), risultano superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti nei documenti di gara, di cui all'art. 97 comma 3 del D. Lgs. 50/2016. Alla stessa viene chiesto di presentare per iscritto [...] le giustificazioni di cui all'art. 97 comma 4, pena l'esclusione dalla procedura di gara».*

Nella seduta del 13 luglio 2021 la Commissione dava atto dell'avvenuta ricezione delle giustificazioni di (...) (Verbale n. 6).

Nel verbale n. 7 della seduta di gara in data 20 settembre 2021 si procedeva all'esclusione della (...), la cui offerta veniva ritenuta anomala. Contestualmente il seggio di gara dava atto che la classifica finale era composta dalla (...), prima graduata, e dalla (...), posizionatasi seconda. La Commissione proponeva quindi l'aggiudicazione in favore di (...).

Il Comune di (...), con Determinazione dirigenziale n. 739 del 27 settembre 2021 aggiudicava la gara in via definitiva a (...).

2. Con l'atto introduttivo del presente giudizio, la società (...) impugnava l'aggiudicazione e gli atti presupposti chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, per i seguenti motivi:

I) «*Violazione di legge – Art. 83 c. 9 del D. Lgs. 50/2016 ss.mm.ii. – Eccesso di potere – Mancata esclusione partecipanti decaduti*», con cui si rilevava l'inosservanza da parte di (...) e (...) del termine assegnato dalla p.a. per presentare osservazioni sull'eventuale posizione di collegamento tra le società. La censura in esame veniva abbandonata dalla ricorrente principale nella propria memoria del 13 dicembre 2021;

II) «*Eccesso di potere – Difetto di istruttoria – Violazione di legge – Art. 31 D. Lgs. 50/2016*», col quale si evidenziava come la valutazione sul collegamento tra le ditte (...) e (...) non fosse stata portata a compimento dalla stazione appaltante;

III) «*Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 D. Lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 36 del D. Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, palese travisamento dei fatti, irragionevolezza, illogicità difetto di motivazione. Violazione del principio di rotazione*» ove si denunciava la violazione del principio di rotazione in quanto la ditta (...) partecipava alla gara mediante avvalimento della società (...), impresa ausiliaria che, in quanto precedente gestore del servizio, non era ammessa a prendere parte alla procedura selettiva.

Veniva altresì proposta domanda di condanna della P.A. al risarcimento del danno e di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, nonché di subentro nello stesso.

Si costituivano in giudizio la controinteressata (...) e il Comune di (...), resistendo al gravame.

3. La società aggiudicataria proponeva ricorso incidentale, depositato il 29 novembre 2021, con cui chiedeva l'annullamento degli atti indicati in epigrafe, previa adozione di misure cautelari, per i seguenti motivi:

I) «*Violazione della lettera d'invito prot. 2021/24279 del 6 maggio 2021, in relazione alla violazione e falsa applicazione dell'art. 89 D. Lgs. 50/2016, nonché in relazione alla violazione degli artt. 1325, 1346, 1363 e 1367 del Codice civile – Eccesso di potere per vizio della motivazione – carenza dei presupposti – disparità di trattamento - perplessità*», relativo alla dedotta inammissibilità del soccorso istruttorio attivato in favore di (...) e con riferimento ad alcuni profili dell'avvalimento e della documentazione afferente alla società ausiliaria (...); nonché alla nullità del contratto di avvalimento stipulato tra (...) e (...), per indeterminazione e indeterminabilità dell'oggetto del negozio;

II) «*Sotto altro profilo, violazione della lettera di invito prot. 2021/24279 del 6 maggio 2021, in relazione alla violazione e falsa applicazione dell'art. 89, D. Lgs. n. 50/2016, nonché in relazione alla violazione degli artt. 1353, 1363 e 1367 del Codice civile – Eccesso di potere per vizio della motivazione – carenza dei presupposti – travisamento – disparità di trattamento - perplessità*», con cui si denunciava l'omessa presentazione, da parte di (...), delle dichiarazioni richieste dall'art. 89 del D. Lgs. 50/2016; nonché la natura condizionata del contratto di avvalimento stipulato tra (...) e (...).

La ricorrente principale e il Comune resistevano al ricorso incidentale.

4. Le istanze cautelari contenute nel ricorso principale e in quello incidentale, trattate congiuntamente all'udienza camerale del 16 dicembre 2021, venivano entrambe respinte mediante l'ordinanza collegiale n. 1409/2021, con compensazione delle relative spese di giudizio.

All'udienza pubblica del 16 febbraio 2022 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Si procede, dapprima, alla disamina del ricorso principale di (...).

1.1. Il Collegio si esime dallo scrutinio del primo motivo di impugnazione, stante la rinuncia alla censura da parte della società ricorrente.

1.2. Si passa dunque al vaglio del secondo motivo di gravame, che non è fondato.

L'Amministrazione avviava il procedimento per l'esclusione di (...) e (...), sulla base della ritenuta possibile unitarietà del centro decisionale delle due società, ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettera 'm' D. Lgs. 50/2016, con la nota del 16 giugno 2021.

A seguito di tale comunicazione, il Comune poneva in essere attività istruttoria, consistente nell'acquisizione delle memorie delle due ditte coinvolte e di due pareri da parte del proprio servizio legale. In seguito, la gara proseguiva e nessun provvedimento conclusivo veniva emesso.

Sotto un primo profilo è evidente che, non essendo stato adottato un atto di esclusione, le offerte delle due società del tutto legittimamente erano valutate e inserite in graduatoria. In altre parole, finché non viene disposta l'esclusione dalla procedura di affidamento di un operatore, quest'ultimo costituisce a tutti gli effetti un partecipante alla gara e, come tale, la relativa presenza deve essere gestita dalla stazione appaltante.

D'altro canto, non può ritenersi che il procedimento non sia concluso, o che la procedura di gara risulti viziata, per il solo fatto che non sia stato adottato un provvedimento finale espresso nel senso della non esclusione delle ditte (...) e (...). Può infatti ritenersi sufficiente la statuizione implicita della non esclusione in un caso, come quello oggetto di causa, nel quale la p.a. teneva un comportamento, e adottava successivi provvedimenti (*inter alia*: proposta di aggiudicazione e successiva aggiudicazione a (...)), del tutto coerenti con la determinazione di non esclusione, e affatto incompatibili con una volontà diversa da quella di mantenere in gara le società sopra indicate. In particolare il Comune di (...), svolta un'accurata istruttoria (si veda il verbale di gara n. 5), dava atto della proposta di non esclusione formulata dal servizio avvocatura dell'Amministrazione (Verbale di gara n. 5, riportato nella trattazione in fatto), cui seguivano la formazione della prima versione della graduatoria con (...) al primo posto e (...) al secondo (verbale n. 5), lo svolgimento della verifica di anomalia sull'offerta di (...) (verbali nn. 5, 6 e 7), l'esclusione di quest'ultima impresa per anomalia dell'offerta presentata (verbale n. 7), la proposta di aggiudicazione a (...) (verbale di gara n. 7) e l'aggiudicazione definitiva di cui alla determinazione n. 739 del 27 settembre 2021, nell'ambito della quale la Stazione appaltante precisava che era stata vista: «*l'allegata documentazione inerente tutta la procedura di gara: [...] report procedura di manifestazione di interesse ID n. 136954703; Verbali manifestazione di interesse, Report procedura di affidamento id n. 139847551; Verbali di seduta n. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7*», di aver verificato il «*possesso dei requisiti dichiarati in autocertificazione dalla (...) in sede di offerta*»; preso atto «*dell'esito positivo dei controlli effettuati per rendere efficace l'aggiudicazione definitiva*» e dato atto infine che «*la società (...) è in possesso dei requisiti richiesti in sede di gara è possibile procedere all'aggiudicazione definitiva con contestuale dichiarazione dell'efficacia della stessa*». Tutta l'attività svolta dalla stazione appaltante in epoca successiva all'avvio del procedimento di esclusione, quindi, attesta in termini univoci la permanenza in gara di (...) e di (...) (quest'ultima, ovviamente, fino all'esclusione per anomalia), ed è incompatibile con l'estromissione delle stesse ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettera 'm' D. Lgs. 50/2016.

In tale fattispecie il provvedimento di non esclusione deve ritenersi implicitamente formato, in termini coerenti con quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa: «*Nel campo del diritto amministrativo, è ammessa la sussistenza del provvedimento implicito quando l'Amministrazione, pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale corrispondente, congiungendosi tra loro i due elementi di una manifestazione chiara di volontà dell'organo competente e della possibilità di desumere in modo non equivoco una specifica volontà provvedimentale, nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile della presunta manifestazione di volontà*» (Consiglio di Stato, VI, 2 novembre 2020 n. 6732; cfr: 27 novembre 2014 n. 5887; V, 19 aprile 2019 n. 2543); ancora: «*E' possibile configurare un provvedimento amministrativo implicito quando l'Amministrazione, pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente i contenuti sostanziali [...]. Inoltre, la presenza di un provvedimento amministrativo implicito può desumersi indirettamente, ma univocamente, da un altro provvedimento*» (TAR Trentino Alto-Adige, Trento, I, 22 novembre 2021 n. 184).

La censura sollevata da parte ricorrente, che nulla osservava nel merito della valutazione del Comune e della ritenuta insussistenza dell'unicità di centro decisionale tra (...) e (...), soffermandosi sul solo dato formale dell'asserita (e insussistente per quanto sopra) incompletezza del procedimento, deve pertanto essere disattesa.

1.3. Si procede ora al vaglio del terzo motivo di impugnazione, afferente alla dedotta violazione del principio di rotazione, anch'esso destituito di fondamento.

L'art.1, comma 2, lettera 'b' D.L. 76/2020, convertito con modificazioni nella Legge 11 settembre 2020 n. 120, stabilisce che: «*2. Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture [...], di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità: [...] b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di*

rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture [...] di importo pari o superiore a 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 [...]».

Orbene, il criterio di rotazione previsto dal legislatore, espressamente richiamato dalla stazione appaltante nella *lex specialis* della gara (come riportato al punto 1 della trattazione in fatto), coerentemente con quanto già previsto dall'art. 36 D. Lgs. 50/2016 per le procedure "sotto soglia", si riferisce specificamente, ed esclusivamente, agli inviti a partecipare alla procedura negoziata (*l'art. 36, contemplando anche ipotesi di affidamento diretto, lo estende per l'appunto agli affidamenti*). In virtù di tale principio, dunque, gli operatori, che abbiano partecipato a una precedente procedura di selezione avente ad oggetto un dato servizio, non potranno essere invitati nella gara successiva, riguardante il medesimo servizio.

Non vi è invece alcun addentellato normativo che consenta di ritenere esclusa, per gli operatori aggiudicatari di precedenti gare o partecipanti alle stesse, la possibilità di porre la propria capacità tecnica e/o amministrativa a disposizione di una diversa ditta invitata alla nuova procedura, rivestendo così il ruolo di ausiliari in un rapporto di avvalimento. In tale fattispecie, invero, il soggetto beneficiario dell'invito, e per ipotesi dell'aggiudicazione, non coincide con l'ausiliaria, bensì con la ditta invitata.

In tal senso depongono anche i punti 3.6 e 3.7 delle Linee Guida ANAC n. 4, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e successivamente aggiornate con delibera n. 206/2018 e n. 636 del 10 luglio 2019, anch'esse richiamate dal Comune di (...) nell'avviso per le manifestazioni d'interesse. In particolare, il punto 3.6 precisa che: *«Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento. La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante [...] non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. [...] l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici».* È dunque del tutto evidente, anche nel testo ANAC, che il principio non può che riferirsi ai soli inviti (e non anche agli avvalimenti). Del resto, anche laddove ipotizza condotte che possano aggirare il principio di rotazione, l'Autorità individua fattispecie che mai riguardano il coinvolgimento dell'impresa a titolo di ausiliaria nell'avvalimento, ma solo casi nei quali l'invito a partecipare e/o l'affidamento vengono comunque disposti nei confronti di chi abbia in precedenza gestito il servizio, o partecipato a pregresse procedure selettive, o comunque sia legato a tali soggetti dall'unitarietà di centro decisionale ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettera 'm' D. Lgs. 50/2016. Peraltro tali profili, riguardo ai rapporti tra l'aggiudicatario (...) e l'ausiliaria (e precedente gestore) (...), non sono stati dedotti nella presente controversia.

D'altra parte la netta cesura tra la posizione dell'aggiudicatario e quella del soggetto ausiliario è sancita a livello legislativo dall'art. 89 del D. Lgs. 50/2016, laddove (a titolo esemplificativo) si prevede, al comma 7, che la ditta ausiliaria non può partecipare alla gara e, al comma 8, che il contratto di appalto è in ogni caso eseguito dal soggetto ausiliato (ferma restando, ai sensi del comma 5, la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni che siano oggetto del contratto di avvalimento).

Il quadro normativo depone quindi per la non applicabilità del principio di rotazione all'istituto dell'avvalimento, e per la piena correttezza dell'operato dell'Amministrazione al riguardo.

1.4. In definitiva, il ricorso introduttivo si appalesa integralmente infondato e deve essere respinto.

2. Tanto stabilito, deve dichiararsi improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale, dal cui ipotetico accoglimento la società controinteressata, avendo conservato l'aggiudicazione, non potrebbe conseguire alcuna utilità addizionale.

La più recente giurisprudenza ha infatti stabilito, in termini pienamente condivisi dal Collegio, che: *«una volta esaminato e ritenuto infondato il ricorso principale ed i suoi motivi aggiunti, in applicazione del principio della c.d. ragione più liquida, il ricorso incidentale escludente, proposto dall'aggiudicatario, diviene inevitabilmente improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi degli articoli 42, comma 1, e 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., essendo evidente che l'interesse della aggiudicatario a proporre ricorso incidentale, al fine di contestare la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale, viene*

radicalmente meno qualora il ricorso proposto da quest'ultima sia dichiarato inammissibile o venga respinto, dal momento che, in entrambi i suddetti casi, l'aggiudicataria conserva il bene della vita ottenuto (l'aggiudicazione). [...] Al riguardo si evidenzia che, se è vero che le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea 4 luglio 2013, Fastweb (causa c-100/12), 5 aprile 2016 Puligienica (causa c-689/13) e 5 settembre 2019 Lombardi (causa c-333/18) hanno affermato la necessità di esaminare sempre il ricorso principale, anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente ed a prescindere dal numero dei partecipanti alla gara e dalla natura dei vizi dedotti, è anche vero tuttavia che nessuna pronuncia del giudice europeo, né del giudice nazionale, ha mai affermato la necessità di esaminare comunque il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicataria, qualora, secondo il principio della ragione più liquida, il ricorso principale sia già stato esaminato e sia stato dichiarato infondato» (Consiglio di Stato, IV, 15 aprile 2021, n. 3094).

3. In virtù di tutto quanto sopra esposto, ritiene il Collegio che il ricorso principale, siccome infondato, debba essere respinto, e che il ricorso incidentale vada dichiarato improcedibile, ai sensi dell'art. 35 comma 1 lettera 'c' c.p.a.

4. Le spese del giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza e vengono pertanto poste a carico della società ricorrente, che dovrà rifonderle al Comune e alla parte controinteressata. Nulla compete per le spese alla controinteressata (...), non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso principale come in epigrafe proposto, lo respinge per le ragioni indicate in motivazione.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la società (...) al pagamento delle spese di lite della presente causa che si liquidano in €. 2.000,00 (*duemila/00*) oltre accessori di legge in favore del Comune di (...) e di €. 2.000,00 (*duemila/00*) oltre accessori di legge in favore di (...).

Nulla per le spese nei confronti della (...).

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Katiuscia Papi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Katiuscia Papi

IL PRESIDENTE

Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO