

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Ricorso giurisdizionale – Avverso gli atti di una gara di appalto – Ove una parte si sia avvantaggiata di una determinata modalità di espletamento della gara e la reputi illegittima se applicata ad un diverso concorrente – Abuso del processo – Sussiste.

Tar Campania - Napoli, Sez. I, 30 marzo 2023, n. 2031

“[...] è configurabile l’abuso del processo, ad opera della parte che si sia avvantaggiata di una determinata modalità di espletamento della gara, che reputa invece illegittima se applicata al concorrente, sostanziandosi in un comportamento processuale che viola il principio del “ne venire contra factum proprium Si tratta della regola pretoria secondo la quale è vietato in giudizio autocensurarsi e/o contraddire il proprio comportamento in gara, nel tentativo di contestare il comportamento altrui” [...].”

Visti il ricorso, i motivi aggiunti, il ricorso incidentale e i relativi allegati e le istanze di accesso ex art. 116 co. 2 c.p.a.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Regionale per la Sanità (So.Re.Sa.) S.p.A. e della Nacatur International Import Export s.r.l. a socio unico;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2023 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La So.Re.Sa. ha indetto la gara, suddivisa in lotti, di affidamento per le aziende del SSR della fornitura per 48 mesi di “Guanti Sterili e non Sterili DM e DPI”, con procedura aperta, da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

La presente controversia riguarda i lotti 26 (Guanti DPI chirurgici sterili in lattice senza polvere in varie misure) e 31 (Guanti DPI chirurgici sterili in materiale sintetico POLIISOPRENE privi di lattice senza polvere in varie misure), che sono stati aggiudicati alla controinteressata.

Con il ricorso introduttivo (contenente una domanda incidentale di accesso, ex art. 116, co. 2, c.p.a) è dedotta la violazione del disciplinare, relativamente ai criteri di valutazione dell’offerta tecnica (punto 18.1 e allegata scheda A/6), nonché l’eccesso di potere per carenza di istruttoria.

Con i primi motivi aggiunti è rettificata un’erronea indicazione del ricorso introduttivo e sono riproposte le censure.

La So.Re.Sa. e la controinteressata si sono costituite in giudizio per resistere.

Quest'ultima ha depositato memoria con cui ha eccepito l'irricevibilità del ricorso e confutato sinteticamente le censure.

Anche la So.Re.Sa. ha confutato le censure con la memoria prodotta.

La ricorrente ha rinunciato, all'udienza in camera di consiglio del 19/10/2022, alla trattazione dell'istanza cautelare.

La controinteressata ha proposto ricorso incidentale, formulando a sua volta una domanda incidentale di accesso.

Con ordinanza collegiale del 21/11/2022 n. 7188 è stata accolta la domanda ex art. 116 c.p.a. della ricorrente principale, ordinando alla So.Re.Sa. di rilasciare copia dell'Allegato A7 "Questionario Tecnico", prodotto in gara dalla Nacatur.

L'accesso richiesto dalla ricorrente incidentale è stato invece soddisfatto per cui, all'udienza in camera di consiglio dell'11/1/2023, la trattazione dell'istanza incidentale è stata cancellata dal ruolo.

La ricorrente principale ha prodotto altri motivi aggiunti avverso la contestata aggiudicazione, deducendo ulteriormente la violazione dell'art. 16 del disciplinare e dell'art. 7 del capitolato tecnico, nonché dell'art. 80, co. 5, lett. *c-bis* del d.lgs. n. 50/2016 e, altresì, la violazione degli artt. 6 ss. della legge n. 241/90 e l'eccesso di potere per carenza di istruttoria, oltre alla violazione dell'art. 2 della legge n. 241/90 e dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016.

Le ricorrenti principale e incidentale hanno esibito documentazione e prodotto scritti difensivi per l'udienza di merito.

All'udienza pubblica del 22 febbraio 2023 la causa è stata assegnata in decisione.

DIRITTO

1.- La ricorrente principale, classificatasi al secondo posto nelle graduatorie, impugna l'aggiudicazione alla Nacatur della gara in oggetto, relativamente ai suindicati lotti 26 e 31 (per la fornitura di guanti chirurgici sterili, rispettivamente, in lattice senza polvere e in materiale sintetico POLIISOPRENE privi di lattice senza polvere).

La Commissione ha attribuito i seguenti punteggi (cfr. la determinazione impugnata):

– per il lotto 26, alla Nacatur complessivi punti 79,02 (p. 49,02 per l'offerta tecnica e p. 30 per quella economica) e alla Bericah un totale di punti 75,05 (49,90 + 25,15);

– per il lotto 31, punti 84,22 (54,22 + 30) alla Nacatur e punti 83,83 (56,06 + 27,77) alla Bericah.

La contesa si incentra sull'attribuzione del punteggio per il Valore AQL – *Acceptable Quality Level* (o LQA – Livello di Qualità Accettabile), per difetti maggiori ("*buchi visibili, strappi ecc.*") e minori ("*grumi, pieghe, cattiva finitura ecc.*").

La previsione del relativo punteggio è contenuta nella scheda A6 allegata al disciplinare (punti 26.8, 26.9, 31.8 e 31.9), negli stessi termini e per i corrispondenti lotti.

Il punteggio è assegnato in base al parametro del “quantitativo inverso”, per cui al minor valore di AQL corrisponde il massimo punteggio (pag. 6 e 9 della cit. scheda: “*Il punteggio massimo verrà attribuito al minor valore di AQL*”).

L’aggiudicataria ha conseguito i massimi punteggi previsti dal disciplinare (punti 4 e 3 per difetti maggiori e minori per il lotto 26; punti 5 e 4 per difetti maggiori e minori per il lotto 31).

Ciò in quanto la Commissione ha assunto, per essa, il minor valore di AQL pari a 0 (zero), come riportato nel verbale n. 6 dell’8/6/2022 (pag. 22 e 31).

1.1. La ricorrente contesta la veridicità del valore 0 (zero), calcolato in favore dell’aggiudicataria, assumendo che detto valore non è tecnicamente raggiungibile, in quanto l’AQL si ottiene con il piano di campionamento di cui alla norma ISO 2859, che contempla come miglior valore 0,01 (cfr. le esibite tabelle, allegate alla norma: doc. 13 della produzione di parte ricorrente del 13/12/2022).

Osserva che i *test report* della Nacatur attestano “*il valore di AQL 0,65 tanto per “difetti maggiori” quanto per “difetti minori”*” (pagg. 4-5 dei primi motivi aggiunti).

Riferisce che all’aggiudicataria sono stati “*valutati, ai fini dell’applicazione del punteggio tecnico*”, nel lotto 26 i valori di 0,1 (per difetti maggiori e minori), e nel lotto 31 i valori di 0,01 e 0,1 (per difetti maggiori e minori), ritenendo che invece alla Nacatur andava attribuito sempre il valore di 0,65, conseguendone che sia nel lotto 26 che nel lotto 31 la ricorrente l’avrebbe sopravanzata in graduatoria (pag. 5 dei primi motivi aggiunti).

Va però detto che l’indicazione da parte della ricorrente dei precisati valori di 0,1 o 0,01 (che sarebbero stati assunti dalla Commissione di gara) non sembra trovare riscontro agli atti di causa, emergendo dal verbale della Commissione n. 6 dell’8/6/2022 che il valore preso in considerazione, per la Nacatur, sia stato in ogni caso di zero, per entrambi i lotti.

Tale divergenza di dati non è comunque influente e non rileva ai fini del decidere.

Evidenzia inoltre la ricorrente che i valori di 0,1 e 0,01 (di cui però, come appena detto, non v’è riscontro agli atti di causa) “*sono valori di AQL bassissimi*”, e che “*nell’esperienza commerciale del settore, risulta che non vi sia un guanto avente AQL 0,01 (il miglior valore della tabella di cui alla norma ISO 2859), e che solo il guanto proposto da Bericah nel lotto 31 (il Finessis Zero realizzato con una nuova tecnologia a “copolimero a blocchi di stirene”)* raggiunga il valore di AQL 0,1” (pag. 6 dei primi motivi aggiunti).

In conclusione, la ricorrente censura che siano stati presi in considerazione per l’aggiudicataria valori non corrispondenti ai rapporti di prova, avvantaggiandola nell’attribuzione del punteggio

finale e affermando che, diversamente, sarebbe stata sopravanzata in graduatoria dalla ricorrente stessa.

1.2. Come detto, con i primi motivi aggiunti è rettificata un'erronea indicazione delle disposizioni del disciplinare ritenute violate, riproponendo le censure.

Con i secondi motivi aggiunti la ricorrente principale sostiene inoltre che l'aggiudicataria andava esclusa per aver fornito informazioni false o fuorvianti, in base a quanto dispone l'art. 80, co. 5, lett. c-bis del d.lgs. n. 50/2016, poiché nell'allegato A7 è stato indicato un valore 0 (zero) di AQL per difetti maggiori e minori e per entrambi i lotti, in contrasto con i rapporti di prova che indicano un valore di 0,65.

È dedotta la violazione dell'art. 16 del disciplinare, recante la prescrizione di compilare "*debitamente*", a pena di esclusione, il predetto questionario.

Si aggiunge che, in ogni caso, la Commissione avrebbe dovuto verificare il dato reale di AQL.

2.- L'aggiudicataria nella memoria ha eccepito preliminarmente l'irricevibilità del ricorso per tardività della notifica (effettuata il 16/9/2022, dopo l'accesso agli atti), assumendo che la determinazione di aggiudicazione era stata portata a conoscenza dei concorrenti il 5/7/2022 e che la ricorrente principale dichiara di aver segnalato a So.Re.Sa. il 7/7/2022 gli errori risultanti dai verbali.

Osserva che, mostrandosi la ricorrente principale già a conoscenza dei vizi dedotti a far data dall'aggiudicazione (indipendentemente dalla successiva acquisizione del contenuto delle dichiarazioni dell'aggiudicataria), il ricorso andava proposto entro 30 giorni decorrenti dal 5/7/2022 (ossia, entro il 5/9/2022, computando il periodo di sospensione feriale dei termini processuali), con conseguente irricevibilità del ricorso, notificato il 16/9/2022.

Oltre a confutare le censure, l'aggiudicataria ha poi spiegato ricorso incidentale, volto a far valere "molteplici irregolarità" dell'offerta della Bericah, che avrebbero dovuto condurre alla sua esclusione o all'attribuzione di un punteggio minore.

In relazione al lotto 26, osserva che:

a) l'offerta della ricorrente principale non corrisponde alla certificazione CE richiesta per la commercializzazione dei guanti, mancando nel certificato prodotto il Modulo C2 attestante la sorveglianza annuale sul prodotto (obbligatoria ai sensi dell'art. 19, lett. c) e i), del Regolamento UE 2016/425, oltre che necessaria per quanto emerge dallo stesso certificato prodotto), non riferendosi inoltre alla denominazione commerciale del prodotto ma riportando unicamente una descrizione generica del dispositivo medico (non valendo la dichiarazione del produttore in quanto,

trattandosi di DPI di III categoria, l'esatta denominazione va dichiarata da un ente terzo, in base alle richiamate disposizioni dell'indicato Regolamento UE);

b) alcuni certificati (*test* statistici EN1149-5, lunghezza del guanto espressa in mm., differenza tra proteine estraibili e valore standard, espresso in mcg/g per guanto – EN 455-3, indice di resistenza allo strappo – EN 388) riportano una denominazione del prodotto testato diversa da quello offerto (DERMA PROTECTOR), recando la dicitura aggiuntiva PF non presente sulla scheda tecnica, per cui i *test* sono stati effettuati su guanti che non corrispondono a quelli offerti in gara e tale mancata corrispondenza non fornisce la garanzia che questi ultimi rispettino la normativa CE (è affermato che l'inidoneità dei *report* allegati condurrebbe a dover sottrarre 12,38 punti dal punteggio assegnato, derivandone la carenza di interesse a coltivare il ricorso principale);

c) i guanti, per i quali sono stati assegnati complessivamente 6,96 punti per gli elementi 26.14 e 26.15 (livello di protezione EN 374-3 e numero di molecole testate, oltre quelle obbligatorie) sono denominati DERMA PROTECTOR PP che però, come rilevabile anche dal sito Bericah nonché dalla banca dati ministeriale, sono guanti talcati, difformi da quelli richiesti dal disciplinare per il lotto;

d) il certificato per i guanti, ai quali sono stati assegnati 4 punti per l'elemento 26.13 (assenza di fori), non riporta la denominazione del prodotto ma indica solo che si tratta di "guanti senza polvere chirurgici sterili in lattice", senza garanzia del rispetto della normativa CE e, inoltre, non indicando il lotto di produzione, rilevante per determinare il valore di AQL;

e) il test effettuato per difetti maggiori e minori (elementi 26.8 e 26.9) riporta lo svolgimento della prova solo sulla taglia 8 (consentendo di ottenere complessivamente 1,06 punti), ma dalle informazioni riportate emerge che il lotto è composto da 1.242.000 pezzi, per cui è inverosimile che i test possano essere stati effettuati solo sulla taglia 8 laddove, siccome nel lotto sono presenti diverse taglie, i test devono essere effettuati su ciascuna di esse.

3.- Nell'esame delle impugnative proposte, va accordata priorità al ricorso principale.

Ciò sia in ossequio all'orientamento formatosi dopo la pronuncia della Corte di Giustizia UE, 5 settembre 2019 causa C-333/18 (a seguito della quale è escluso che la disamina del ricorso incidentale debba sempre precedere l'esame del ricorso principale), sia tenendo conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida" che, per ragioni di economia processuale, consente di derogare all'ordine di esame delle questioni (cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 5 gennaio 2015 n. 5; cfr., altresì, tra le plurime pronunce, la sentenza della sez. V di questo TAR del 18/1/2022 n. 378: "*Ed invero, come evidenziato dalla Corte di Cassazione (ord. 20 marzo 2015 n. 5724), la ragione più liquida è quella "che non segue l'ordine logico-giuridico delle questioni, ma quello per così dire*

“economico” del risparmio di energie processuali, cioè dell’uso della ratio decidendi già pronta e di per sé sufficiente (sulla tecnica dell’assorbimento c.d. improprio in virtù dell’uso del criterio della ragione più liquida cfr., ex aliis, Cass. n. 17219/12; Cass. n. 7663/12; Cass. n. 11356/06; Cass., 30/3/2001, n. 4773; anche la dottrina è concorde sull’ammissibilità dell’applicazione della ragione più liquida e sul fatto che essa non importa formazione di giudicato implicito sulle questioni non esaminate e che non ne costituiscano indispensabile presupposto logico-giuridico) ””. In tal senso, è prioritario l’esame del ricorso principale, poiché esso si palesa infondato e va conseguentemente respinto, discendendone – come si dirà infine – l’improcedibilità del ricorso incidentale.

In ragione di ciò, si può prescindere dall’eccezione di irricevibilità sollevata dalla controinteressata.

4.- Si è detto innanzi che la tesi prospettata reputa illegittima l’individuazione del valore 0 (zero), per l’attribuzione dei punteggi massimi all’aggiudicataria relativamente al Valore AQL – *Acceptable Quality Level* per difetti maggiori e minori.

La parte afferma che i test di prova dei guanti riportavano un valore di 0,65 e che il valore 0 (zero) è tecnicamente irraggiungibile, in base alla norma che prevede il metodo di campionamento.

4.1. Occorre ricordare che i menzionati punti 26.8, 26.9, 31.8 e 31.9 hanno stabilito che il punteggio è assegnato in base al parametro del “quantitativo inverso”, facendo corrispondere il massimo punteggio al minor valore di AQL (indicato dai concorrenti, unitamente al documento a supporto, nel modello “A7-Questionario Tecnico”).

Va poi precisato che l’allegato B3 del disciplinare – Capitolato di gara ha previsto che: *“Se non diversamente specificato, tutti i guanti devono possedere un AQL minore o uguale a 0,65”* (paragrafo 2, pag. 4).

È in seguito specificato che: *“Qualora, per un generico parametro “x”, venisse rilevata discordanza tra il valore inserito nella scheda dei parametri a punteggio dell’All’Allegato “A7 – QUESTIONARIO TECNICO” ed il valore riportato nel relativo test allegato alla documentazione tecnica, farà fede il valore risultante da quest’ultima e la Commissione Giudicatrice ne darà atto nel verbale di seduta riservata, correggendo il valore riportato nella scheda dal concorrente”* (pag. 6).

Riepilogando, in base alla legge di gara, i guanti offerti avrebbero dovuto avere un AQL minore o uguale a 0,65 e la Commissione era tenuta ad assumere il valore del relativo test (a prescindere da quello indicato dal concorrente).

4.2. Analizzando i *test report* della Nacatur, non posti in discussione (docc. 17 e 18 della produzione di parte ricorrente del 13/10/ 2022), si ricava quanto segue.

4.2.1. Per il lotto 26 (guanti chirurgici sterili in lattice senza polvere), il rapporto di ispezione n. 030. 2021.002 del 27/12/2021 della Giu. Mar Inspection s.r.l. attesta l'effettuazione del controllo sulla merce indicata (248.000 pezzi, prelevandone 315 da 33 cartoni), dichiarando che lo stesso è stato eseguito con riferimento al piano di campionamento derivante, tra l'altro, dalla norma UNI-ISO 2859-1, *“applicando, a richiesta, il livello normale I – Campionamento singolo con LQA 0,65 sia per difetti maggiori che minori”*.

Nessun difetto è stato riscontrato, riportando pertanto il numero di 0 (zero), sia per difetti minori che per difetti maggiori.

4.2.2. Per il lotto 31 (guanti chirurgici sterili in Poliisoprene senza polvere), il rapporto di ispezione n. 502 0521 213 del 24/5/2021 della stessa Giu. Mar Inspection s.r.l. attesta l'effettuazione del controllo sulla merce indicata (252.400 pezzi, prelevandone 315 da 34 cartoni), dichiarando che lo stesso è stato eseguito con riferimento al riportato piano di campionamento, riscontrando ugualmente nessun difetto e riportando il numero di 0 (zero), sia per difetti minori che per difetti maggiori.

4.3. Ciò posto, come detto, il ricorso principale non è meritevole di accoglimento.

L'AQL è un'unità di misura statistica, indicatore di previsione della qualità di un prodotto, che si applica alle produzioni in lotti, per garantire che il processo costruttivo soddisfi gli standard stabiliti.

La disciplina sulla produzione e l'immissione nel mercato dei dispositivi medici è dettata dalla Direttiva 93/42/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, che si prefigge lo scopo di *“armonizzare le disposizioni nazionali in materia di sicurezza e protezione della salute dei pazienti, degli utilizzatori ed eventualmente dei terzi nell'uso dei dispositivi medici”*).

La norma EN 455 fissa i requisiti e i metodi di prova per i guanti medicali monouso, imponendo livelli di prestazione minima per caratteristiche dimensionali e qualitative (che, come da informazioni reperibili sui siti web specializzati, debbono avere un AQL almeno pari o inferiore allo standard, per i guanti medicali venduti in Europa, di 1,5, che indica la probabilità statistica che meno dell'1,5% dei guanti della partita presenti difetti).

Deve essere soddisfatto il metodo di ispezione della normativa ISO 2859 (che prescrive l'impiego del *“Piano di campionamento indicizzato”*, strumento tecnico basato su parametri statistici, per le attività di verifica e valutazione della qualità dei prodotti esaminati).

Il *«Piano di campionamento indicizzato»* previsto dalla norma UNI ISO 2859, è quindi uno strumento tecnico, basato su parametri statistici, per valutare la qualità dei prodotti esaminati.

Attraverso tale strumento vengono definite l'entità del campione da verificare (estraendolo dalla partita o lotto), il «Livello di Qualità Accettabile» richiesto, le condizioni di accettazione o di rifiuto della partita.

Come detto, il disciplinare ha richiesto un valore minimo di AQL 0,65 (che corrisponde, attraverso le medesime informazioni reperibili sui siti web specializzati, ad un numero di campioni non conformi non superiore a 3, su un lotto di produzione di 50.000 pezzi, per un livello generale di ispezione I, con analisi a campione di 200 prodotti).

Ciò posto, è erronea la considerazione di parte ricorrente, secondo cui i rapporti di prova della Nacatur indicassero un valore di AQL di 0,65, poiché tale valore non è l'esito del risultato ma il livello di qualità accettabile richiesto dal disciplinare.

La tabella che definisce i parametri numerici ricavati con le operazioni di campionamento (doc. 13 della produzione di parte ricorrente del 13/12/2022) stabilisce il livello di collaudo e fissa la numerosità del lotto e del campione.

Procedendo nell'analisi dei rapporti di prova della Nacatur, si osserva che:

- per il lotto 26, con una partita sottoposta all'esame di 248.000 pezzi, al livello di collaudo ordinario I corrisponde la lettera "M", per la quale il numero di prodotti da esaminare è pari al campione estratto di 315 pezzi, ed il livello di qualità accettabile di 0,65 è conseguito se 5 pezzi sono difettati (Na: Numero di accettazione), è rifiutato se il difetto è riscontrato in 6 pezzi (Nr. Numero di rifiuto);
- per il lotto 31 valgono le stesse considerazioni (uguale livello di collaudo, medesima lettera "M", per il campione sottoposto all'esame di 252.400 pezzi, stessi risultati conseguibili sui 315 pezzi campionati).

Ne deriva che:

- inesattamente parte ricorrente suppone che i rapporti di prova indicassero un AQL di 0,65 (che, come si è visto, non è l'esito del campionamento ma il requisito minimo richiesto);
- il campione era accettato con un numero di difetti riscontrati non superiore a 5;
- senza alcun difetto, l'AQL andrebbe equiparato al valore minimo della tabella (0,01).

Nel caso di specie, ancorché la Commissione abbia valutato un valore 0 – zero (che, convenendosi con la ricorrente principale, non sembra adottabile in quanto non previsto come valore dalla tabella del piano di campionamento), l'esito della gara non è destinato a mutare, in quanto il valore assegnabile, corrispondente al minimo valore della tabella, consente comunque alla Nacatur di vedersi assegnato il massimo punteggio del disciplinare.

Non è dato comprendere in qual modo la ricorrente principale (senza offrire dimostrazione del proprio assunto) affermi che l'esperienza commerciale dimostra che non v'è guanto che abbia un valore di AQL 0,01 e che solo il guanto da essa proposto nel lotto 31 (Finessis Zero) abbia valore di AQL 0,1.

L'affermazione di parte ricorrente sembra frutto di un'inversione logica, dal momento che il valore attribuito è l'esito di un procedimento di campionamento e non appare chiaro come esso possa essere assegnato *a priori* a un determinato prodotto (senza la previa ispezione e il campionamento della partita).

È comprensibile che il processo produttivo non possa garantire un prodotto zero difetti ed è verificabile che taluni prodotti rechino sulla confezione il valore di AQL il quale, tuttavia, corrisponde a un'indicazione del produttore (sulla base della verifica da esso effettuato), ma non può equivalere al livello di qualità accettabile, che deve essere misurato in sede di ispezione, per gli specifici prodotti offerta in gara.

Conclusivamente, il vizio dedotto non condurrebbe a un diverso esito della gara.

Inoltre, tenuto conto che l'allegato B.3 – Capitolato di gara ha affidato alla Commissione il compito di attribuire il valore di AQL sulla base dei rapporti di prova (indipendentemente da quanto indicato dal concorrente nell'allegato 7), non è configurabile alcuna fuorviante informazione dell'operatore economico, cosicché l'addotta censura che mira a far valere una (astratta) necessità di escludere il concorrente è destituita di ogni fondamento.

L'infondatezza delle censure di parte ricorrente conduce dunque alla reiezione del ricorso.

4.4. Il Collegio non può peraltro esimersi dal rilevare che le censure di parte ricorrente (infondate, per quanto detto) si profilerebbero anche inammissibili.

Ciò in quanto il valore contestato di AQL 0 (zero) è stato assegnato alla stessa ricorrente, che ha quindi conseguito il punteggio massimo previsto dal disciplinare, per il lotto 31, in relazione al valore AQL per difetti minori (cfr. pag. 32 del verbale della Commissione dell'8/6/2022 n. 6).

In tale contesto, è configurabile l'abuso del processo, ad opera della parte che si sia avvantaggiata di una determinata modalità di espletamento della gara, che reputa invece illegittima se applicata al concorrente, sostanziandosi in un comportamento processuale che viola il principio del "*ne venire contra factum proprium*" (cfr. riassuntivamente, tra le molteplici pronunce, Cons. Stato, sez. III, 12/12/2022 n. 10878: "*Si tratta della regola pretoria secondo la quale è vietato in giudizio autocensurarsi e/o contraddire il proprio comportamento in gara, nel tentativo di contestare il comportamento altrui*").

4.5. Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta all'esame del Tribunale, essendo stati valutati tutti gli aspetti rilevanti e decisivi, a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato, con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

5.- Per effetto del rigetto del ricorso principale, il ricorso incidentale va dichiarato improcedibile, atteso che all'aggiudicataria non può derivare alcun residuo interesse dall'accoglimento del gravame da cui non riceverebbe alcuna utilità, una volta ritenuta intangibile la propria posizione (cfr. per tutte, la sentenza della sez. II di questo TAR delle 10/8/2020 n. 3567: *“ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sull'inattaccabilità dell'aggiudicazione controversa, il controinteressato, vale a dire l'aggiudicatario, avendo conseguito l'intangibilità della sua posizione di futuro affidatario, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all'accoglimento del ricorso incidentale”*).

6.- Conclusivamente, alla stregua delle motivazioni che precedono, il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti vanno complessivamente respinti, conseguendone la reiezione anche della domanda di risarcimento prospettata, non derivando alcun danno dall'espletamento dell'attività amministrativa di cui è sancita la legittimità.

Per la suesposta considerazione, il ricorso incidentale va dichiarato improcedibile.

In ragione della complessità e della specialità tecnica della questione controversa, sussistono giustificate ragioni per disporre la compensazione per l'intero delle spese di giudizio tra tutte le parti, comprese le spese processuali delle fasi incidentali di accesso, ponendo a carico della parte ricorrente il rimborso in favore della controinteressata del contributo unificato per il ricorso incidentale, previa regolarizzazione del versamento che non risulta effettuato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti nonché sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti:

- a) respinge interamente il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti;
- b) dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- c) compensa per l'intero tra tutte le parti le spese di giudizio, comprese le spese processuali delle fasi incidentali di accesso;

d) condanna la Società ricorrente, in persona del legale rappresentante pro tempore, al rimborso in favore della controinteressata del contributo unificato per il ricorso incidentale, previa regolarizzazione del versamento.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gianmario Palliggiano, Presidente FF

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

Domenico De Falco, Consigliere

IL SEGRETARIO
