



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 754 del 2012, proposto da:

Maccaroni Mario Lavorazioni conto Terzi, Esercizio Macchine Agricole Magnaterra Amaldo, Maccaroni Franco e C. s.n.c., Bianchini Claudio, Mauro e Massimo s.n.c., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi, tutti, dagli avv. Giovanni Ranci, Alessandra Ranci, con domicilio eletto presso il loro studio, in Ancona, corso Garibaldi, 136;

contro

Fondazione I.R.C.E.R. – Assunta di Recanati, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Sara Sileoni, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alberto Monaci in Ancona, piazza Cavour 29;

nei confronti di

Governatori Gino & C. s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Calzolaio, Ubaldo Luchetti, Claudio Baleani, con domicilio eletto presso l'avv. Alessandra Moneta in Ancona, viale della Vittoria, 27;

per l'annullamento

A) della nota prot. n° 820 del 12/09/2012;

B) dell'atto di aggiudicazione alla Governatori Gino & C. s.n.c.,

e per l'accesso agli atti

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione I.R.C.E.R. - Assunta;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del controinteressato ed il ricorso incidentale dallo stesso proposto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, decimo comma, del codice del processo amministrativo;

Visto il dispositivo della presente sentenza, n° 548/2013, pubblicato il 5 luglio 2013;

Relatore il Primo Referendario Francesca Aprile nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2013 e uditi per le parti i difensori, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso principale in epigrafe, è stata impugnata la nota prot. n° 820 del 12/09/2012, con la quale la Fondazione I.R.C.E.R. – Assunta di Recanati ha inoltrato ai ricorrenti la comunicazione di non affidamento delle lavorazioni agromeccaniche per l'annata agraria 2012 – 2013, nonché il capitolato speciale del 30 luglio 2012, in parte qua e l'atto di aggiudicazione delle lavorazioni, ed è stata, altresì, domandata la declaratoria dell'inefficacia del contratto, ove stipulato.

Con l'impugnativa, si propongono i seguenti motivi:

violazione degli artt. 22 e 25 della legge n° 241/1990, dell'art. 13 del d.lgs. n° 163/2006 e dell'art. 79 del d.lgs. n° 163/2006; eccesso di potere per travisamento;

violazione dei principi di cui agli artt. 1, 2, 3, 11, 27, del d.lgs. 12 aprile 2006, n° 163; violazione degli artt. 1 e 2 della legge n° 241/1990;

violazione degli artt. 67, 121 del codice dei contratti pubblici e dei principi in materia di invito simultaneo ai candidati a presentare le rispettive offerte;

violazione degli artt. 79, 121 del codice dei contratti pubblici ed eccesso di potere per contraddittorietà;

violazione dell'art. 11 del codice dei contratti pubblici.

Con l'impugnativa principale, i ricorrenti hanno proposto, altresì, domanda di accesso agli atti, ai sensi dell'art. 116, secondo comma, del codice del processo amministrativo.

Per resistere al ricorso, si è costituita in giudizio la Fondazione I.R.C.E.R. – Assunta di Recanati, che ha proposto ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, ai sensi dell'art. 41, primo comma, c.p.c., domandato la sospensione del processo, sollevato eccezioni preliminari e chiesto, comunque, respingersi il ricorso, vinte le spese.

Si è costituito in giudizio il controinteressato, che ha, altresì, interposto ricorso incidentale, eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, l'irricevibilità e inammissibilità del ricorso principale del quale ha chiesto, comunque, il rigetto per infondatezza, nonché ha domandato l'annullamento delle lettere di invito inoltrate dalla Fondazione I.R.C.E.R. – Assunta di Recanati ai ricorrenti principali e della nota prot. n° 820 del 12/09/2012.

Con ordinanza cautelare n° 585 del 15 dicembre 2012, è stata fissata la pubblica udienza per la trattazione di merito del ricorso.

Con ricorso per motivi aggiunti, i ricorrenti principali hanno impugnato l'aggiudicazione al controinteressato delle lavorazioni agromeccaniche, una "Relazione affidamento lavorazioni agromeccaniche" richiamata nel verbale del Consiglio di Amministrazione della Fondazione I.R.C.E.R. – Assunta di Recanati in data 11 settembre 2012, il verbale di seduta di gara in data 5 settembre 2012 ed il verbale del Consiglio di Amministrazione della Fondazione I.R.C.E.R. – Assunta di Recanati in data 11 settembre 2012.

Con i motivi aggiunti, i ricorrenti lamentano:

violazione dei principi di cui agli artt. 3, 11, 121, 125 del d.lgs. n° 163/2006; eccesso di potere per sviamento, travisamento e difetto di motivazione;

violazione dell'art. 125 del d.lgs. n° 163/2006, per insussistenza dei presupposti per il cottimo fiduciario, eccesso di potere per travisamento, sviamento, difetto di motivazione;

violazione dell'art. 8 della legge regionale n° 22/2009 ed eccesso di potere.

Le controparti costituite hanno chiesto respingersi il ricorso principale e per motivi aggiunti.

In vista della pubblica udienza di discussione, le parti hanno depositato memorie e repliche, insistendo nelle rispettive domande e conclusioni.

Alla pubblica udienza del 4 luglio 2013, sentiti i difensori delle parti, come da verbale, il ricorso è stato trattenuto per essere deciso.

In data 5 luglio 2013, è stato pubblicato il dispositivo n° 548/2013, ai sensi dell'art. 120, comma nono, del codice del processo amministrativo.

DIRITTO

Preliminarmente, dev'essere delibata l'eccezione di difetto di giurisdizione, sollevata dalla difesa della costituita Fondazione IRCER – Assunta di Recanati.

L'eccezione, argomentata sulla ritenuta non qualificabilità dell'ente intimato quale organismo di diritto pubblico, è manifestamente infondata, il che esime il Collegio dal disporre la chiesta sospensione del processo nelle more della decisione del regolamento preventivo di giurisdizione proposto dalla parte istante.

Ai sensi dell'art. 7 del codice del processo amministrativo, *“sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”*.

Il secondo comma dell'art. 7 del codice del processo amministrativo precisa che per pubbliche amministrazioni, agli effetti del codice, devono intendersi anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

Le amministrazioni aggiudicatrici, tra le quali rientrano gli organismi di diritto pubblico, sono tenute, nell'affidamento dei contratti pubblici, al rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, all'applicazione del codice dei contratti pubblici e, ai sensi dell'art. 2, terzo comma, del codice dei contratti pubblici, al rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge n° 241/1990, il che, in uno alla riconducibilità funzionale degli atti, provvedimenti, accordi e comportamenti dalle stesse posti in essere al perseguimento delle finalità di interesse generale per le quali esse sono istituite, radica la giurisdizione del giudice amministrativo.

La configurabilità di un organismo di diritto pubblico, secondo il diritto comunitario degli appalti pubblici, che costituisce l'approdo di una significativa elaborazione giurisprudenziale, recepita, da ultimo, nella Direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei settori ordinari, e dal legislatore nazionale del codice dei contratti pubblici, che ha assegnato alla nozione rilevanza anche per i contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, richiede congiuntamente la presenza di tre condizioni, indicate dall'art. 3 del d.lgs. n° 163/2006, nelle seguenti:

- istituzione per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- personalità giuridica;
- finanziamento dell'attività in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure sottoposizione della gestione al controllo di questi ultimi, oppure composizione dell'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza, che sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, sin dalla nota sentenza 15 gennaio 1998 C. 44/96, resa nel caso Mannesmann Anlagenbau Austria AG, è consolidata nel ritenere che la condizione secondo cui l'organismo di diritto pubblico dev'essere stato istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale a carattere non industriale o commerciale non implica che esso sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere.

Ai fini della qualificazione quale organismo di diritto pubblico, è irrilevante che, oltre alle attività di interesse

generale non aventi carattere industriale o commerciale, l'ente possa svolgere altre attività che presentino tale carattere.

Le Direttive comunitarie in materia di contratti pubblici non escludono che un'amministrazione aggiudicatrice, oltre al suo compito di soddisfare specificamente esigenze di interesse generale a carattere non industriale o commerciale possa esercitare altre attività, non necessariamente in rapporto con le prime.

La menzionata pronuncia ha tratto da una siffatta enunciazione di principio, e dalla considerazione che le Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici non distinguono tra gli appalti pubblici aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni di interesse generale e quelli che non hanno alcun rapporto con tale compito, la conclusione che tutti gli appalti aggiudicati da un organismo di diritto pubblico, quale che sia il settore di attività al quale gli stessi afferiscano ed indipendentemente dalla loro natura, siano soggetti all'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei contratti, disciplinate dalle Direttive comunitarie medesime.

Non può sottacersi come, secondo altra opzione ermeneutica, che pur muove dalla identica premessa dell'insussistenza di preclusioni all'espletamento di attività a carattere industriale o commerciale, in uno ai compiti di interesse generale che non presentino tale carattere, l'obbligo di osservare le procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei contratti di un organismo di diritto pubblico sarebbe da circoscriversi alle sole attività afferenti ai compiti di interesse generale per i quali lo stesso è stato istituito, nonché alle attività che, pur a carattere industriale o commerciale, siano a tali compiti legate da un nesso di strumentalità funzionale.

Giova sin d'ora precisare che l'adesione alla teorica promanante dalla sentenza Corte di Giustizia 15 gennaio 1998 C. 44/96, ovvero alla tesi dell'organismo in parte qua, non esplica efficacia dirimente agli effetti della individuazione del plesso giurisdizionale al quale è devoluta la cognizione dell'odierna controversia, che concerne l'affidamento di attività strumentali alla finalità di reperire le risorse per l'esercizio delle attività rispondenti ad esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, per il cui perseguimento l'ente intimato è stato istituito.

La *ratio* sottesa alla elaborazione della nozione di organismo di diritto pubblico è, come affermato dalla Corte di Giustizia nella più volte richiamata sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria AG, rivolta ad escludere il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

Tale *ratio* si rinviene altresì nella individuazione delle condizioni richieste dall'ordinamento comunitario e dal codice dei contratti pubblici che ne ha recepito i principi nell'ordinamento interno, ai fini della configurabilità di un organismo di diritto pubblico.

Viene in rilievo, in primo luogo, il requisito c.d. teleologico, per il quale l'organismo di diritto pubblico dev'essere specificatamente istituito per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale.

Tale requisito postula, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che l'ente sia istituito per la realizzazione di finalità di interesse generale, funzionalmente correlate alle attribuzioni istituzionali del soggetto pubblico che esercita l'influenza dominante.

La verifica della sussistenza della condizione in esame richiede che attraverso il soddisfacimento delle esigenze di interesse generale a carattere non industriale o commerciale possano ritenersi perseguite e realizzate finalità istituzionali proprie del soggetto pubblico alla cui influenza dominante l'organismo di diritto pubblico è sottoposto.

Dev'essere precisato che, nelle fattispecie, come quella di cui si controverte nell'odierno giudizio, afferente

all'individuazione della natura pubblica di organismi rivenienti dalla privatizzazione di istituzioni ed enti pubblici, la disamina degli elementi identificativi dell'organismo di diritto pubblico non può prescindere dalla connotazione pubblicistica che deve riconoscersi all'ente con veste formale privata ogniqualvolta la sua esistenza, e destinazione funzionale siano rimaste strettamente strumentali alla realizzazione di finalità pubblicistiche predeterminate dalla legge.

La sottoposizione dell'ente con veste privata ad una disciplina legislativa che presenti elementi di specialità o di deroga rispetto alla disciplina civilistica, ispirata alla *ratio* di conformare le decisioni più importanti a finalità di interesse pubblico, esprime il legame funzionale dell'ente con il soggetto pubblico che esercita l'influenza dominante.

La considerazione della specialità della disciplina alla quale l'ente è sottoposto è dirimente rispetto alla natura pubblicistica dell'ente, che viene a porsi sul piano ordinamentale quale strumento del perseguimento di finalità di interesse pubblico generale.

Pertanto, ogniqualvolta l'esistenza e lo scopo dell'ente con veste formale privata siano assoggettati ad una disciplina speciale o derogatoria rispetto al regime giuridico civilistico, preordinata a garantire, attraverso il modulo organizzativo privatistico, la realizzazione di finalità di interesse generale riconducibili ai compiti istituzionali del soggetto pubblico che esercita il controllo, la natura pubblica dell'organismo è da riconoscersi indubitabilmente.

Il carattere pubblico dell'ente, ad onta della veste giuridica privatistica, è da affermarsi in presenza di una disciplina legislativa che presenti elementi specializzanti, tali da evidenziare il legame con le funzioni istituzionali del soggetto pubblico controllante, al cui esercizio l'ente è strumentale.

La natura pubblicistica è da rinvenirsi nello statuto giuridico dei profili soggettivi dell'ente, che ne sancisca il vincolo di scopo attestante la sua necessaria funzionalizzazione ad un interesse di tipo spiccatamente pubblico.

In presenza di una simile necessaria funzionalizzazione dell'ente con veste privata alle finalità di interesse generale sottese alla sua stessa istituzione, devono ritenersi attratte all'alveo pubblicistico, in uno alle attività strettamente riconducibili ai compiti di interesse generale, anche le attività residuali, a loro volta strumentalmente connesse alle prime.

Si è osservato, venendo agli indici sintomatici dell'assenza del carattere commerciale o industriale delle finalità di interesse generale, che l'assenza di uno scopo di lucro possa assurgere ad elemento caratterizzante la natura non commerciale delle esigenze di interesse generale per le quali l'organismo di diritto pubblico è stato istituito.

La gestione secondo principi economici, rivolti al conseguimento del pareggio di bilancio, non è incompatibile con il carattere non industriale o commerciale delle esigenze di interesse generale al cui soddisfacimento è funzionalizzata l'attività dell'organismo di diritto pubblico, affermazione confermata oggi dalla costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio dei bilanci dei soggetti pubblici e della sostenibilità del debito pubblico, compiuta con legge costituzionale 20 aprile 2012, n° 1.

Rilievo ostativo al carattere non industriale o commerciale delle esigenze di interesse generale non sembra poter essere riconosciuto, secondo significative enunciazioni della Corte di Giustizia, nemmeno alla circostanza che l'organismo di diritto pubblico svolga le proprie attività in un contesto concorrenziale, purchè tali attività siano finalizzate alla realizzazione di esigenze di interesse generale afferenti alle attribuzioni istituzionali proprie dell'ente pubblico che esercita l'influenza dominante.

La menzionata sentenza della Corte di Giustizia 15 gennaio 1998 C. 44/96 ha sottolineato, tra l'altro, il meccanismo di formazione del prezzo dei prodotti o delle prestazioni, non rispondente alle dinamiche concorrenziali incentrate sul confronto tra domanda e offerta, evidenziando, altresì, la sottoposizione dell'attività di

produzione dell'organismo di diritto pubblico alla vigilanza statale.

Il criterio dell'individuazione delle esigenze di interesse generale a carattere non industriale o commerciale è stato, quindi, rinvenuto nella stretta correlazione delle attività riconducibili allo scopo dell'organismo di diritto pubblico, a finalità pubblicistiche proprie del soggetto che esercita l'influenza dominante.

Il carattere non industriale o commerciale dev'essere, quindi, riscontrato nella sussistenza di un nesso di correlazione funzionale delle esigenze di interesse generale per il cui soddisfacimento l'organismo di diritto pubblico è istituito, rispetto alle finalità istituzionali del soggetto pubblico alla cui influenza dominante lo stesso è sottoposto.

In applicazione dei principi di diritto sin qui richiamati, nell'odierna controversia deve ritenersi sussistente la condizione, richiesta dall'art. 1, nono comma, della Direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei settori ordinari, e dall'art. 3 del d.lgs. 12 aprile 2006 n° 163, per la qualificabilità della Fondazione IRCER – Assunta di Recanati quale organismo di diritto pubblico, insita nell'essere stata la stessa istituita per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale.

Ed infatti, l'art. 3 dello Statuto della Fondazione IRCER – Assunta di Recanati, depositato agli atti del giudizio, definisce lo scopo dell'ente, affermando che “la Fondazione persegue esclusivamente finalità di solidarietà sociale, tramite lo svolgimento istituzionale di attività di assistenza sociale e socio-sanitaria nei confronti delle persone che abbisognano di ausilio, senza distinzione di età, sesso, salute, lingua, religione, accordando prioritariamente sostegno ai residenti nel Comune di Recanati quale comunità di riferimento, con l'obiettivo del miglioramento della qualità della vita delle persone assistite.

La Fondazione potrà svolgere anche altri servizi in ambito socio-assistenziale e sanitario sia su iniziativa diretta che sulla base di convenzioni con Enti Locali o Regionali. La Fondazione individua, programma e svolge, direttamente o indirettamente, tutte le attività utili al perseguimento del proprio scopo, nonché, ai sensi della Legge Regionale 26 febbraio 2008, n° 5, partecipa alla programmazione e alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali secondo quanto disposto dalla L. 8 novembre 2000, n° 328 e dai piani e programmi regionali e d'ambito.

La Fondazione, inoltre, può svolgere tutte le attività strumentali e direttamente connesse al raggiungimento delle finalità istituzionali, utilizzando il proprio patrimonio secondo i migliori criteri di efficienza, efficacia ed economicità, nonché favorendo la partecipazione a tali attività della comunità, degli enti di riferimento e dell'imprenditoria.

Alla Fondazione è precluso lo svolgimento di attività diverse da quelle indicate nello scopo ad eccezione di quelle direttamente connesse (...).”.

Lo Statuto della Fondazione stabilisce, all'art. 7, un divieto di distribuzione degli utili, eccettuando le sole fattispecie di destinazione o distribuzione imposte per legge o effettuate a favore di altre ONLUS, che per legge, statuto o regolamento fanno parte della medesima ed unitaria struttura.

Tale disposizione statutaria è complementare alla disposizione dell'art. 6 dello Statuto della Fondazione, che, nel dettare i principi di formazione del bilancio, stabilisce che gli eventuali utili o avanzi delle gestioni annuali dovranno essere impiegati per la realizzazione delle attività istituzionali e di quelle ad esse connesse.

Stante il tenore letterale delle richiamate disposizioni statutarie, nessun dubbio potrebbe residuare in ordine al carattere non industriale o commerciale delle esigenze di interesse generale per il cui soddisfacimento l'ente è istituito, esigenze espressamente sussunte dallo Statuto nell'ambito delle finalità solidaristiche sancite dall'art. 2 della Costituzione.

Le esigenze di interesse generale a carattere non industriale o commerciale che la Fondazione IRCER – Assunta di Recanati persegue statutariamente sono strettamente correlate alle funzioni istituzionali del Comune medesimo, essendo riconducibili ai compiti assistenziali e ai servizi sociali, che quest'ultimo direttamente esercita, o sui quali intende mantenere un'influenza dominante.

Deve anche osservarsi che le attività oggetto della procedura di affidamento di cui si controverte nell'odierno giudizio sono strumentalmente connesse alle esigenze di interesse generale a carattere non industriale o commerciale per il cui soddisfacimento la Fondazione è istituita, essendo finalizzate a reperire le risorse necessarie allo svolgimento delle attività rispondenti alle esigenze di interesse generale che costituiscono lo scopo istituzionale della Fondazione medesima.

La Fondazione non persegue uno scopo di lucro, ed è sottoposta ad un sistema normativo di diritto speciale, dettato dalla legge statale 8 novembre 2000 n° 328, dal d.lgs. 4 maggio 2001 n° 207 e dalla legge regionale 26 febbraio 2008, n° 5, fonti normative che stabiliscono la funzionalizzazione delle Fondazioni rivenienti dalla trasformazione delle Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza alla realizzazione di finalità di interesse generale definite dalle medesime fonti normative e assunte come proprie dagli enti pubblici territoriali alla cui influenza dominante le Fondazioni sono soggette.

Con le menzionate disposizioni statutarie, la Fondazione IRCER – Assunta di Recanati ha aderito alla programmazione e alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali di cui alla L. 8 novembre 2000, n° 328.

Conseguentemente, la Fondazione IRCER – Assunta di Recanati, riveniente dalla privatizzazione della I.P.A.B., pertiene al sistema integrato di interventi e servizi sociali, che deve essere garantito, ai sensi dell'art. 2, secondo comma, della legge statale 8 novembre 2000 n° 328, con carattere di universalità, in coerenza con la finalizzazione al perseguimento di interessi sociali.

Tale funzionalizzazione alle finalità di rilevanza pubblicistica richiede il necessario rispetto del principio di imparzialità, trasparenza e non discriminazione nello svolgimento delle attività direttamente afferenti alla cura dell'interesse generale e delle attività strumentali che sulle prime possono esplicare un'incidenza in ragione della loro connessione funzionale, come nel caso di specie per le evidenti implicazioni che dall'efficienza e correttezza delle scelte afferenti al procacciamento di risorse necessarie per le azioni positive a carattere sociale promanano sui profili organizzativi, qualitativi e gestionali di queste ultime.

Le richiamate previsioni normative e statutarie conformano in chiave pubblicistica l'essenza stessa della Fondazione, che, in virtù degli obblighi di universalità, non discriminazione, parità di trattamento, ai quali la stessa è espressamente sottoposta, è tenuta, nell'espletamento delle attività finalizzate alle esigenze di interesse generale a carattere non industriale o commerciale che ne costituiscono lo scopo, così come nello svolgimento delle attività a queste strumentali, ai principi di correttezza, buona fede, imparzialità e buon andamento, sanciti dagli artt. 2 e 97 della Costituzione.

Per tali ragioni, considerati i tratti di specialità della disciplina alla quale la Fondazione IRCER – Assunta di Recanati è sottoposta e la concreta funzionalizzazione istituzionale dell'ente alla realizzazione di finalità di interesse generale a carattere non industriale o commerciale, il requisito c.d. teleologico deve ritenersi sussistente.

Venendo alla condizione concernente la personalità giuridica, per principio indiscusso tale condizione non postula la personalità giuridica di diritto pubblico, essendo neutra, per l'ordinamento comunitario la veste formale, privatistica o meno, dell'organismo di diritto pubblico.

La Fondazione IRCER – Assunta di Recanati, in seguito alla trasformazione della Istituzione Pubblica di Assistenza e Beneficenza - I.P.A.B. in Fondazione di diritto privato, è in possesso della personalità giuridica di diritto privato.

La condizione del possesso della personalità giuridica è, pertanto, nel caso concreto, sussistente.

Il requisito della sottoposizione all'influenza dominante del soggetto pubblico di riferimento, nel dettato sia dell'art. 1, nono comma, della Direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei settori ordinari, sia dell'art. 3 del d.lgs. 12 aprile 2006 n° 163, richiede alternativamente che:

- l'organismo di diritto pubblico sia finanziato in modo maggioritario dallo Stato, da un ente pubblico territoriale o da un altro organismo di diritto pubblico, condizione che può essere soddisfatta anche in presenza di una partecipazione maggioritaria al capitale dell'ente, non necessitando, per converso una partecipazione totalitaria al capitale dell'organismo di diritto pubblico;
- la gestione delle attività svolte dall'organismo di diritto pubblico sia sottoposta al controllo dello Stato, di un ente pubblico territoriale o di un altro organismo di diritto pubblico, condizione che non richiede un controllo di tipo strutturale, tale da configurare una significativa ingerenza nella vita dell'ente;
- allo Stato, all'ente pubblico territoriale o ad un altro organismo di diritto pubblico spetti il potere di designare più della metà dei componenti dell'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'organismo di diritto pubblico.

Nell'odierna controversia, lo Statuto della Fondazione, all'art. 10, stabilisce che "il Consiglio di Amministrazione della Fondazione è composto da un numero di membri sino a 9 (nove), rieleggibili, tutti nominati dal Sindaco di Recanati", di talchè, considerato il carattere non cumulativo degli elementi dai quali deve desumersi, secondo gli indicati parametri normativi, la dominanza pubblica, tale requisito deve ritenersi sussistente.

Per tali ragioni, la Fondazione IRCER – Assunta di Recanati è da ritenersi sottoposta all'influenza dominante del Comune di Recanati.

La sentenza della Corte di cassazione n° 8225 del 7 aprile 2010, invocata dalla Fondazione IRCER – Assunta di Recanati a sostegno del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, non giova alla tesi propugnata, stante la diversità della fattispecie concreta sulla quale è stata resa, non ravvisandosi profili di analogia tra una società consortile per azioni partecipata da capitale pubblico, che realizzi e gestisca un centro mercatale – caso in relazione al quale si è pronunciata la Suprema Corte -, e una Fondazione istituita per l'assistenza a soggetti deboli, nonché riveniente da privatizzazione di una I.P.A.B..

Pertanto, nell'odierna controversia, sussistendo le condizioni richieste dall'ordinamento comunitario e dal codice dei contratti pubblici per la configurabilità di un organismo di diritto pubblico, la Fondazione IRCER – Assunta di Recanati è da qualificarsi in termini di organismo di diritto pubblico e amministrazione aggiudicatrice ai sensi e per gli effetti delle Direttive comunitarie in materia di contratti pubblici e del codice dei contratti pubblici.

In conseguenza, la Fondazione IRCER – Assunta di Recanati è tenuta, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica disciplinate dalle Direttive comunitarie in materia di contratti pubblici e dal codice dei contratti pubblici.

Le controversie insorte in ordine alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici, svolte dalla Fondazione IRCER – Assunta di Recanati, quale organismo di diritto pubblico, sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, in sede esclusiva, ai sensi dell'art. 7 e dell'art. 133, primo comma, lett. e), del codice del processo amministrativo.

Proseguendo, secondo l'ordine logico di definizione delle questioni, che richiede di vagliare con priorità le questioni di rito rispetto a quelle di merito e, tra le prime, con priorità la ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione, dev'essere esaminata l'eccezione di tardività del ricorso principale, sollevata con ricorso incidentale.

Dev'essere osservato che la tempestività della proposizione del ricorso con il quale è svolta la domanda impugnatoria attiene alla corretta instaurazione del rapporto processuale.

I termini di notificazione del ricorso giurisdizionale hanno carattere perentorio, considerato che per il mancato esercizio dell'azione entro i termini di impugnazione l'ordinamento commina la decadenza dal potere di proporre la domanda di annullamento.

L'intervenuta decadenza dal potere di proporre il ricorso giurisdizionale, per decorso dei termini di impugnazione, dev'essere rilevata d'ufficio dal giudice, ai sensi dell'art. 35, primo comma, lett. a), del codice del processo amministrativo, a norma del quale il giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso irricevibile se accerta la tardività della notificazione.

L'eccezione, che può essere sollevata anche con ricorso incidentale, con la quale il controinteressato fa valere la tardività del ricorso principale non costituisce un'eccezione in senso tecnico, come tale rimessa alla mera facoltà della parte eccipiente e dalla stessa rinunciabile, ma piuttosto una sollecitazione del potere – dovere del giudice di dichiarare d'ufficio l'irricevibilità del ricorso per decorso del termine decadenziale di impugnazione.

Per tali ragioni, laddove il rapporto processuale non sia stato correttamente instaurato, per essere la parte ricorrente decaduta dal potere di proporre impugnazione, in seguito al decorso del termine perentorio stabilito dalla legge per la notificazione del ricorso, il rilievo d'ufficio della questione di irricevibilità assume carattere prioritario, indipendentemente dalla circostanza che tale questione abbia anche formato oggetto di un'eccezione sollevata con ricorso incidentale.

L'inidoneità del ricorso giurisdizionale tardivo a determinare l'instaurazione del giudizio non è destinata a mutare in ragione dell'impostazione ermeneutica afferente al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, dovendo comunque essere rilevata d'ufficio dal giudice quale che sia l'ordine di esame delle impugnative.

In una simile evenienza, la preclusione alla delibazione nel merito della domanda di annullamento avanzata con ricorso principale tardivo non è una conseguenza dell'anteposizione del ricorso incidentale con la quale sia stata sollevata la relativa eccezione, essendo comminata direttamente dalla legge processuale che stabilisce i termini perentori di impugnazione, di talchè la sentenza che dichiara la irricevibilità del ricorso principale tardivo non ha carattere costitutivo, ma dichiarativo di un effetto decadenziale dall'azione giurisdizionale che si determina *ex lege* al decorso dei termini perentori di impugnazione.

Per completezza, deve darsi atto della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, nella causa C 100/12, resa in data 4 luglio 2013, data coincidente con la pubblica udienza alla quale l'odierno ricorso è stato trattenuto in decisione e, altresì, con la camera di consiglio tenutasi per la deliberazione della decisione.

Tale sentenza è intervenuta sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale in una fattispecie in cui, nel giudizio instaurato per l'impugnazione della decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, la legittimità dell'offerta di ciascuno dei due unici operatori rimasti in gara sia stata contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici.

In relazione alla suddetta ipotesi, la Corte di Giustizia ha affermato che se in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, l'art. 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, come modificata dalla Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 11 dicembre 2007, osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche

tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale.

Peraltro, la fattispecie sulla quale è intervenuta la richiamata pronuncia pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, concernente una gara in cui sia l'aggiudicatario, sia il concorrente escluso contesti la legittimità dell'offerta del suo unico concorrente per motivi identici, non ricorre nell'odierna controversia.

Pertanto, dovendo ritenersi garantiti i principi in materia di procedure di ricorso di cui alla Direttiva 89/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989, come modificata dalla Direttiva 2007/66/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio del 11 dicembre 2007, non possono ritenersi sussistenti profili ostativi alla declaratoria di irricevibilità e inammissibilità del ricorso principale.

Nell'odierna controversia, il ricorso principale, con il quale è stata proposta domanda di annullamento della nota n° 820 del 12 settembre 2012, risulta essere stato notificato ben oltre il termine decadenziale di impugnazione di cui all'art. 120 del codice dei contratti pubblici, imponendosi, pertanto, il rilievo della sua irricevibilità.

Con l'impugnata nota n° 820 del 12 settembre 2012, la stazione appaltante ha inoltrato agli odierni ricorrenti in via principale la comunicazione di non affidamento delle lavorazioni di cui si controverte per l'annualità 2012/2013.

Tale comunicazione, da sussumersi nella previsione di cui all'art. 79, quinto comma, lett. b), del codice dei contratti pubblici, realizza un effetto di conoscenza legale della determinazione di esclusione, con correlativo insorgere dell'onere di impugnazione.

Ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo, il termine di proposizione del ricorso principale è di trenta giorni e decorre, per quanto in questa sede rileva, dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del codice dei contratti pubblici.

Con il ricorso principale è stato dedotto che la comunicazione di cui alla nota n° 820 del 12 settembre 2012 sia stata ricevuta in data 20 settembre 2012, data che costituisce, pertanto, il *dies a quo* del termine di impugnazione.

Per tali ragioni, il ricorso principale, notificato in data 13 novembre 2012, è da ritenersi tardivo.

L'insussistenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto e la mancata deduzione di gravi impedimenti di fatto alla tempestiva proposizione del ricorso principale, non consentono di disporre la rimessione in termini per errore scusabile, ai sensi dell'art. 37 del codice del processo amministrativo.

Essendo tardiva l'iniziativa giurisdizionale proposta avverso l'esclusione dalla procedura di cui si controverte e avverso il capitolato speciale del 30 luglio 2012, è inammissibile per carenza di interesse la domanda di annullamento dell'aggiudicazione per il periodo 2012 – 2013 e di declaratoria dell'inefficacia del contratto per il medesimo periodo 2012 – 2013, avanzata con il ricorso principale, atteso che il consolidamento dell'esclusione, divenuta inoppugnabile, non consentirebbe ai ricorrenti in via principale di conseguire l'aggiudicazione e il contratto.

Per tale ragione, le eccezioni sollevate con ricorso incidentale devono essere accolte.

Il ricorso principale dev'essere dichiarato inammissibile.

E' fondata, altresì, la domanda di annullamento della lettera di invito del 27 agosto 2012, avanzata con il ricorso incidentale, ai paragrafi 4 e 2, ove si rileva la mancata specificazione del metodo di gara.

Ed infatti, l'impugnata lettera di invito si limita ad indicare che "è interesse della Fondazione procedere all'affidamento delle predette lavorazioni e che, dunque, si intende procedere all'individuazione della miglior offerta tramite trattativa privata".

Come rilevato dal ricorrente incidentale, non può ritenersi sufficientemente specificata la determinazione, nella lettera di invito, del metodo di selezione delle offerte, ai sensi dell'art. 81 del codice dei contratti pubblici, applicabile anche agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, ai sensi dell'art. 121, primo comma, del

codice dei contratti pubblici.

La formula, riportata nell'impugnata lettera di invito, con la quale si afferma, per un verso, che "sono ammesse offerte in aumento rispetto al corrispettivo indicato dalla Fondazione", e, per altro verso, che "le lavorazioni saranno affidate alla ditta che avrà presentato l'offerta migliore per la Fondazione, dunque contenente il corrispettivo più basso" non è atta ad assolvere l'obbligo di legge di determinare preventivamente con sufficiente precisione il criterio di aggiudicazione dell'appalto.

Per vero, l'indicazione concernente l'ammissibilità di offerte in aumento si appalesa in contraddizione rispetto al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, evidenziando la fondatezza delle dedotte doglianze di illegittimità, per illogicità, irragionevolezza ed incoerenza.

Laddove, invece, l'intimata stazione appaltante avesse inteso individuare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nondimeno tale individuazione, non supportata sul piano motivazionale quanto all'esternazione delle ragioni sottese alla valutazione discrezionale afferente l'adeguatezza del suddetto criterio alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, è da ritenersi irragionevole in considerazione della prevalenza assegnata, in sede di valutazione, alla componente economica, rispetto a quella qualitativa.

Né risultano essere stati predeterminati, nella *lex specialis*, i criteri di valutazione dell'offerta e i relativi pesi ponderali, né i sub-criteri, i sub-pesi o i sub-punteggi e le relative specificazioni.

Per tale ragione, la lettera di invito in data 27 agosto 2012 non sfugge al sindacato giurisdizionale di logicità e ragionevolezza.

Il ricorso incidentale dev'essere, quindi, accolto e, per l'effetto, dev'essere annullata l'impugnata lettera di invito.

Venendo all'esame del ricorso per motivi aggiunti, dev'essere osservato che, con tale impugnativa, i ricorrenti insorgono avverso una fattispecie di affidamento diretto del contratto.

Il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale per il quale, pur non essendo configurabile una generalizzata ed indistinta legittimazione al ricorso avverso gli atti di affidamento di contratti pubblici, tuttavia, devono essere riconosciute eccezionali ipotesi in cui la legittimazione al ricorso prescinde dalla partecipazione alla procedura di affidamento.

Tra le suddette ipotesi di legittimazione ampia, dev'essere annoverata la fattispecie in cui un operatore economico "di settore" contesti un affidamento diretto o senza gara, atteso che proprio la mancanza di una procedura selettiva non consente di ancorare la legittimazione al ricorso alla partecipazione ad un procedimento del tutto mancato.

E' da precisarsi, altresì, che, in sede di verifica della *legitimitas ad causam*, il giudice è tenuto ad una delibazione preliminare sulle deduzioni svolte dalla parte che domanda tutela giurisdizionale, per riscontrare la titolarità della situazione giuridica astrattamente dedotta, prescindendo dalla fondatezza della pretesa vantata, il che costituisce oggetto del sindacato giurisdizionale del merito della controversia.

In applicazione dei principi di diritto surrichiamati, deve ritenersi che, con l'impugnativa per motivi aggiunti, i ricorrenti, i facciano valere un titolo di legittimazione sostanziale afferente alla loro qualità di operatori del settore delle lavorazioni oggetto dell'affidamento, che è loro riconoscibile indipendentemente dalla legittima partecipazione alla procedura competitiva.

I ricorrenti hanno anche dedotto di aver preso conoscenza della nota in data 12 settembre 2012, prot. n° 812, solo dalla produzione documentale delle controparti costituite.

Per tali ragioni, avuto riguardo al titolo di legittimazione sostanziale desumibile dalla prospettazione impugnatoria, e non essendo stato eccepito dalle controparti costituite che l'aggiudicazione definitiva, o il suo contenuto, abbia formato oggetto di comunicazione ai ricorrenti, ai sensi dell'art. 79, quinto comma, lett. a), del codice dei contratti pubblici, il ricorso per motivi aggiunti, specificamente proposto avverso la predetta nota n° 812

del 12 settembre 2012, è ammissibile.

Nel merito, il ricorso per motivi aggiunti è fondato.

Sono fondate le doglianze con cui si lamenta violazione dei principi nazionali ed europei di trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza.

Ai sensi dell'art. 125, decimo comma, del codice dei contratti pubblici, *“l'acquisizione in economia di beni e servizi è ammessa in relazione all'oggetto e ai limiti di importo delle singole voci di spesa, preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze. Il ricorso all'acquisizione in economia è altresì consentito nelle seguenti ipotesi:*

a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto;

b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso, ivi non previste, se non sia possibile imporre l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo;

c) prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria;

d) urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale”.

L'affidamento in economia, sulla base del parametro normativo di cui all'art. 125, appena richiamato, può essere disposto, entro i limiti di importo di legge, per i servizi individuati dalle stazioni appaltanti con regolamenti o atti amministrativi generali, ovvero nelle fattispecie tipiche contemplate dal secondo periodo dell'art. 125, decimo comma, del codice dei contratti pubblici.

Nell'odierna controversia, avuto riguardo ai limiti di importo e all'oggetto della procedura selettiva indetta con lettera di invito n° 753 del 27 agosto 2012, concernente l'affidamento di prestazioni periodiche di servizi, a seguito della scadenza dei relativi contratti, la fattispecie appare sussumibile nella previsione normativa di cui all'art. 125, decimo comma, lett. c), del codice dei contratti pubblici.

Per tale ragione, conformemente al dettato di cui al menzionato art. 125, comma undicesimo, l'affidamento deve avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato, ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante.

Deve precisarsi che il rispetto del principio di rotazione non implica alcun divieto nei confronti del precedente contraente o gestore ad essere invitato e a partecipare alla procedura selettiva che sia stata indetta per l'affidamento delle prestazioni di servizi in seguito alla scadenza del contratto, dovendo piuttosto essere garantita la scelta del contraente in coerenza con i ridetti principi concorrenziali, di trasparenza e *par condicio*.

Con il provvedimento n° 812 del 12 settembre 2012, impugnato con i motivi aggiunti in esame, l'intimata Fondazione I.R.C.E.R. Assunta di Recanati ha comunicato alla ditta controinteressata che, nella seduta del 11 settembre 2012, il Consiglio di Amministrazione ha deliberato di accettare l'offerta da quest'ultima proposta, relativa all'esecuzione delle lavorazioni agromeccaniche per l'annata agraria 2012 – 2013.

Peraltro, non essendo stati indicati, prima dell'apertura delle buste, i criteri motivazionali, né essendo stato compiutamente esplicitato il percorso motivazionale sotteso alle valutazioni espletate con riferimento alle offerte, le doglianze di carenza motivazionale, proposte con l'impugnativa per motivi aggiunti, sono da ritenersi fondate.

Con l'impugnata nota n° 812 del 12 settembre 2012, è stato anche comunicato alla predetta controinteressata che il Consiglio di Amministrazione ha deliberato di accettare la medesima offerta economica per l'annata agraria 2013 –

2014.

Rileva il Collegio che, non essendo stata contemplata nella lettera di invito n° 753 del 27 agosto 2012, la possibilità del rinnovo del contratto per l'annata agraria 2013 – 2014, l'affidamento alla ditta odierna controinteressata delle prestazioni di cui si controverte per l'annualità 2013 – 2014 costituisce un affidamento diretto, in violazione dei principi di concorrenza e *par condicio* che devono essere rispettati anche nelle procedure di affidamento in economia mediante cottimo fiduciario, ai sensi dell'art. 125 del codice dei contratti pubblici.

Dev'essere osservato che l'art. 6 della legge n° 537/1993, pur vietando il rinnovo tacito di contratti pubblici, ne consentiva il rinnovo espresso, entro tre mesi dalla scadenza, in presenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse, da esplicitarsi adeguatamente in sede motivazionale.

L'art. 23 della legge n° 62/2005 ha abrogato la suddetta disposizione normativa nella parte in cui ammetteva, sia pur in seguito a valutazione sulle ragioni di convenienza e pubblico interesse, il rinnovo espresso, e ha previsto una mera possibilità di proroga per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica.

L'art. 57 del d.lgs. n° 163/2006, applicabile anche ai contratti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria, ai sensi dell'art. 121 del medesimo d.lgs. n° 163/2006, disciplina la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando in fattispecie tassative, tra le quali, negli appalti pubblici relativi a servizi, l'affidamento di *“nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta”*.

Tale condizione non può ritenersi sussistente nel caso in esame, in cui l'affidamento del contratto per l'annualità 2012 – 2013 non è stato preceduto dall'espletamento di una procedura aperta o ristretta.

Per espresso dettato di cui all'art. 57, quinto comma, lett. b), summenzionato, inoltre, la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando per l'affidamento di nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale, è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario.

Nella controversia in esame, con l'atto impugnato, in uno all'affidamento delle prestazioni per l'annualità 2012 – 2013, è stato, altresì, assentito un rinnovo del contratto per l'annualità 2013 - 2014, senza che l'opportunità afferente al rinnovo contrattuale per l'annualità 2013 – 2014 fosse stata sottoposta al confronto competitivo tra gli operatori economici interessati, non essendo stata tale opportunità esplicitata nella lettera di invito che costituisce la *lex specialis* della procedura di cui si controverte.

Altresì, deve rilevarsi che, ai sensi della disposizione dell'art. 57, quinto comma, lett. b), del codice dei contratti pubblici, l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'art. 28, rilevanti ai fini dell'ammissibilità dell'affidamento in economia, ai sensi dell'art. 125, comma nono, del codice dei contratti pubblici.

Nell'odierna controversia, non risulta che, nella lettera di invito n° 753 del 27 agosto 2012 fosse stato stimato l'importo dei servizi successivi, afferenti all'annualità 2013 – 2014, né che se ne fosse tenuto conto per la determinazione del valore globale del contratto.

Per le ragioni sin qui esposte, le dedotte doglianze di violazione dei principi di tutela della concorrenza e della *par condicio* sono fondate, il che impone l'annullamento dell'aggiudicazione disposta con la nota n° 812 del 12 settembre 2012, impugnata con ricorso per motivi aggiunti.

Avuto riguardo alla disposizione normativa di cui all'art. 125, decimo comma, lett. c), del codice dei contratti

pubblici, alla quale appare ascrivibile la fattispecie di affidamento in economia per cui è processo quanto all'annualità 2012 - 2013, il rinnovo contrattuale per l'annualità 2013 - 2014, di cui all'impugnata nota n° 812 del 12 settembre 2012, è da qualificarsi affidamento in economia fuori dai casi consentiti, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 121, primo comma, lett. b), del codice del processo amministrativo, in quanto la menzionata lett. c) dell'art. 125, decimo comma, ammette l'affidamento in economia delle prestazioni periodiche di servizi, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente e nella misura strettamente necessaria, tale non potendo essere considerato l'affidamento per un periodo biennale, come disposto nel caso di specie.

Pertanto, ai sensi dell'art. 121, primo comma, lett. b), del codice del processo amministrativo, tenuto conto anche dello stato di esecuzione del contratto, secondo quanto emerge dalle risultanze processuali, deve essere dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato con la ditta Governatori Gino & C. s.n.c., con decorrenza dalla data di pubblicazione della presente sentenza e per le prestazioni da eseguire per l'annualità 2013 - 2014.

Infine, le domande di accesso endoprocessuale, avanzate sia con ricorso principale, sia con ricorso incidentale, devono essere dichiarate improcedibili, in ragione della produzione documentale compiuta dalla intimata Fondazione, nonchè in considerazione della strumentalità del rimedio apprestato dall'art. 116, secondo comma, del codice del processo amministrativo, rispetto all'azione giurisdizionale svolta in giudizio, non essendo gli atti di cui è chiesta l'ostensione, che non siano stati depositati in giudizio, indispensabili ai fini del decidere.

Conclusivamente, il ricorso incidentale dev'essere accolto, il ricorso principale dev'essere dichiarato inammissibile, il ricorso per motivi aggiunti dev'essere accolto.

Le domande di accesso endoprocessuale agli atti, avanzate sia con ricorso principale, sia con ricorso incidentale, devono essere dichiarate improcedibili.

Le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti costituite, per la parziale reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando così provvede:

- accoglie il ricorso incidentale;
- dichiara inammissibile il ricorso principale;
- accoglie il ricorso per motivi aggiunti;
- dichiara improcedibili le domande di accesso endoprocessuale agli atti, avanzate sia con ricorso principale, sia con ricorso incidentale;
- spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitano, Consigliere

Francesca Aprile, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/09/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)