

N. 00010/2016REG.PROV.COLL.

N. 00020/2015 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 20 di A.P. del 2015, proposto da:

Società Servizi Socioculturali Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, Via Federico Confalonieri, 5;

contro

Società Cooperativa Sociale Onlus Segni di Integrazione a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Girolamo Rubino, Fabrizio Paoletti, con domicilio eletto presso Fabrizio Paoletti in Roma, viale M. Pilsudski Nr.118;

nei confronti di

Provincia di Verona, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Giancarlo Biancardi, Stefano Gattamelata, Isabella Sorio, con domicilio eletto presso Stefano Gattamelata in Roma, Via di Monte Fiore 22;

Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, in persona del Presidente p.t., rappresentato e difeso per legge dagli avv. Antonino Sgroi, Lelio Maritato, Carla D'Aloisio, Emanuele De Rose, Giuseppe Matano, Ester Sciplino, domiciliata in Roma, Via della Frezza, 17;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 00218/2015, resa tra le

parti, concernente affidamento servizio di integrazione socio-didattica a favore di allievi con disabilità sensoriali, anni scolastici 2014-2015 e 2015-2016.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Cooperativa Sociale Onlus Segni di Integrazione a r.l., della Provincia di Verona, che ha proposto appello incidentale e dell' Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2016 il Cons. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati Reggio D'Acì in dichiarata delega di Manzi, Lucia Alfieri per delega di Rubino, e Gattamelata.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Provincia di Verona indiceva, in data 9 aprile 2014, una gara per l'affidamento del servizio di integrazione didattica a favore degli allievi con disabilità sensoriali per gli anni scolastici 2014/2015 e 2015/2016, da aggiudicarsi con l'offerta economicamente più vantaggiosa. A questa procedura partecipavano la Società Servizi Socio Culturali Cooperativa Sociale Onlus ed il R.T.I. composto dalla Società Cooperativa Sociale Onlus Segni di Integrazione a r.l., in qualità di mandataria, e dalla Società Cooperativa Sociale Elfo Onlus.

All'esito dell'esame delle offerte e della attribuzione dei relativi punteggi, in data 26 maggio 2014, veniva disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore del R.T.I..

Successivamente, la stazione appaltante provvedeva al controllo del possesso dei requisiti di moralità di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006: nello specifico, la stazione appaltante acquisiva il d.u.r.c. I.N.P.S. - I.N.A.I.L. di Palermo - prot. n. 30364143 del 16 luglio 2014 - da cui risultavano alcune irregolarità contributive ascrivibili alla Società Cooperativa Sociale Onlus Segni di Integrazione a r.l..

Tale ultima circostanza giustificava la comminazione dell'esclusione dalla procedura

per il R.T.I.: con la determinazione n. 2903 del 17 luglio 2014, oltre all'estromissione dalla gara, veniva disposta l'escussione della cauzione prestata dal R.T.I., nonché la segnalazione alla competente Autorità di settore. Con il medesimo provvedimento veniva, altresì, aggiudicato provvisoriamente il servizio, oggetto della procedura di gara, alla Società Servizi Socio Culturali Cooperativa Sociale Onlus, seconda in graduatoria.

Con successiva determinazione n. 3009 del 28 luglio 2014 il servizio veniva aggiudicato definitivamente alla Società Servizi Socio Culturali Cooperativa Sociale Onlus, alla quale era imposta una immediata esecuzione delle prestazioni scaturenti dal contratto, stante l'imminenza dell'inizio dell'anno scolastico.

Con ricorso r.g. n. 1241 del 2014, la Società Cooperativa Sociale Onlus Segni di Integrazione a r.l. adiva il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, per un verso, lamentando l'illegittimità dei provvedimenti con i quali era stata disposta l'esclusione dalla procedura del R.T.I. ed il contestuale affidamento del servizio alla Società Servizi Socio Culturali Cooperativa Sociale Onlus e, per altro verso, domandando la declaratoria di inefficacia del contratto nel frattempo stipulato ed il subentro nel medesimo. I motivi di censura afferivano, in primo luogo, alla sussistenza di un credito nei confronti di una pubblica Amministrazione di ammontare superiore all'esposizione debitoria nei confronti dell'ente previdenziale: l'applicazione dell'art. 13-bis d.l. n. 52 del 2012 (convertito in l. n. 94 del 2012) avrebbe consentito al R.T.I. di operare una compensazione idonea a regolarizzare la propria posizione contributiva nei confronti dell'ente previdenziale. In secondo luogo, il d.u.r.c. avrebbe dovuto considerarsi illegittimo in virtù della mancata applicazione dell'art. 7 comma 3 del decreto del Ministero del Lavoro del 24 ottobre 2007 e dell'art. 31 comma 8 del d.l. n. 69 del 2013 (convertito in l. n. 98 del 2013): le disposizioni citate avrebbero imposto, prima di considerare definitivamente accertata l'irregolarità contributiva, un previo invito alla sanatoria del debito gravante sulla Società Cooperativa Sociale Onlus Segni di Integrazione a r.l..

Il Tribunale territoriale, con la sentenza n. 218 del 23 febbraio 2015, dopo aver respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dall'I.N.P.S. ed affermato, dunque, la sussistenza della giurisdizione amministrativa nella fattispecie de qua, accoglieva nel merito il ricorso e, per l'effetto, annullava gli atti impugnati, dichiarando l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato, e disponeva il relativo subentro a favore della ricorrente: a sostegno della decisione citata, il Tar richiamava l'omessa applicazione dell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013 (convertito in l. n. 98 del 2013), che non avrebbe consentito di considerare definitivamente accertata la irregolarità contributiva ed, in ultima analisi, invocando il principio di massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica.

La Società Servizi Socio culturali Cooperativa Sociale Onlus impugnava, con atto di appello assistito da tre articolati motivi, la sentenza del Tribunale amministrativo regionale. In via preliminare, l'appellante sollevava il motivo, già fatto valere in promo grado in via di eccezione e disatteso dal T.A.R., relativo al difetto di giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento alla legittimità e definitività del d.u.r.c.: stante la natura certificativa o di attestazione, avente carattere meramente dichiarativo dei dati in possesso dell'ente previdenziale, il d.u.r.c. rientrerebbe nell'alveo delle dichiarazioni di scienza assistite da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 c.c. e facenti fede fino a querela di falso. Da ciò dovrebbe desumersi la giurisdizione ordinaria per ogni ipotesi di controversia concernente le inesattezze e gli errori contenuti nel d.u.r.c..

Con il secondo, articolato, motivo di gravame, la società appellante sostiene la erroneità del richiamo all'art. 31 comma 8 del d.l. n.69 del 2013 effettuato dal giudice di primo grado: la norma, nel caso di specie, non avrebbe potuto invocarsi per una pluralità di motivi. Sotto un primo profilo, l'introduzione della citata disposizione non potrebbe condurre ad una modificazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, stante la necessità, a tal fine, di una espressa previsione legislativa, come previsto dall'art. 255 del medesimo d.lgs. n. 163 del 2006. In secondo luogo,

l'applicazione dell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013, ipotizzato dal giudice di prime cure, avrebbe consentito una inammissibile regolarizzazione postuma della posizione contributiva della Società Cooperativa Sociale Onlus Segni di Integrazione a r.l.: in effetti, il campo di applicazione della disposizione citata dovrebbe limitarsi all'ipotesi in cui l'ente previdenziale debba adottare un d.u.r.c. attestante l'attuale situazione contributiva di un operatore, non potendosi, al contrario, ipotizzare un invito a regolarizzare una situazione contributiva pregressa. Sotto un ulteriore profilo, l'appellante ritiene erroneo il richiamo al principio di massima partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici: se fosse avallata tale interpretazione, si consentirebbe la partecipazione alle gare anche ad operatori che, pur non essendo in regola con il versamento dei contributi previdenziali, attestino falsamente la regolarità della propria posizione nei confronti dell'ente previdenziale. Questa possibilità, lungi dal conformarsi allo spirito del principio di massima partecipazione alle gare, lederebbe le regole della par condicio fra i concorrenti, partecipanti ad una procedura di evidenza pubblica. Infine, l'applicazione del citato art. 1 comma 8, lederebbe, sotto un ulteriore profilo, la parità di trattamento nei confronti degli operatori economici stabiliti in Stati diversi dall'Italia: questi ultimi, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti, sono obbligati a produrre la documentazione attestante la regolarità della propria posizione contributiva alla data di scadenza per la presentazione delle offerte, in virtù del combinato disposto degli artt. 38 comma 2 e 47 comma 2 d.lgs. n. 163 del 2006.

Con il terzo motivo di appello, la Società Servizi Socio culturali Cooperativa Sociale Onlus riteneva erronea la sentenza del Tar per violazione dell'art. 122 c.p.a.: all'uopo, parte appellante censurava la insufficiente motivazione riguardo alla scelta di ordinare il subentro nel contratto in favore del R.T.I.; inoltre, lamentava l'assenza di una espressa domanda di parte in tal senso, visto che la Società Cooperativa Sociale Onlus Segni di Integrazione a r.l. aveva proposto il ricorso introduttivo del

giudizio in proprio e non in qualità di mandataria del R.T.I.; sotto un ulteriore profilo, veniva evidenziato che lo stato di esecuzione delle prestazioni derivanti dal contratto, nonché le peculiari caratteristiche strutturali delle medesime, non avrebbero giustificato un subentro, se non con un consistente pregiudizio per gli utenti del servizio.

Si costituiva in giudizio la Provincia di Verona, proponendo appello incidentale avverso la sentenza di primo grado, con il quale sosteneva l'erroneità nell'applicazione dell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013: al riguardo venivano proposti motivi di impugnazione in parte coincidenti con quelli già sollevati dall'appellante principale. In particolare, secondo l'appellante incidentale, l'inapplicabilità alla fattispecie de qua, del citato art. 31 comma 8, deriverebbe da argomentazioni, anzitutto, di carattere letterale: in effetti, la disposizione invocata non farebbe espresso riferimento ai contratti pubblici, a differenza dei commi da 2 a 7 del medesimo articolo che, invece, richiamano espressamente le procedure finalizzate all'affidamento di commesse pubbliche; inoltre, le norme sull'evidenza pubblica, individuando la loro fonte nell'ordinamento eurounitario, hanno un ambito di applicazione molto più ampio dell'art. 31 comma 8, il quale, invece, si rivolgerebbe soltanto all'I.N.P.S., all'I.N.A.I.L. ed alle Casse Edili. Da ciò potrebbe ricavarsi, altresì, una diversità di rationes delle norme che compongono il d.l. n. 69 del 2013: se, nel complesso, le disposizioni ivi contenute sono finalizzate alla promozione dello sviluppo economico del mercato interno all'ordinamento, il comma 8 dell'art. 31 introduce un regime di favore per chi violi gli obblighi contributivi. Da un punto di vista logico, inoltre, l'applicazione dell'art. 31 comma 8, nei termini indicati dal giudice di primo grado, condurrebbe ad un insanabile contrasto con il regime sanzionatorio posto a garanzia della veridicità delle dichiarazioni espresse in sede di presentazione delle offerte: l'inapplicabilità dell'art. 31 comma 8, in altri termini, deriverebbe dalla necessità di verificare il possesso dei requisiti di ammissione alla procedura, alla data di scadenza dei termini di

presentazione delle offerte.

L'appellante incidentale censurava la sentenza del Tar anche perché, avallando la scelta del giudice di prime cure, si concretizzerebbe una coincidenza fra la definitività dell'accertamento sulla gravità delle violazioni contributive ed il termine della procedura di regolarizzazione espressa nell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013; invece, secondo la Provincia di Verona, il d.u.r.c. in quanto insindacabile dalle stazioni appaltanti, potrebbe essere contestato dall'interessato soltanto con i mezzi e le forme previste dall'ordinamento e correlate alla sua natura di dichiarazione di scienza, avente carattere meramente dichiarativo dei dati in possesso dell'ente e facente prova fino a querela di falso.

Infine, secondo l'appellante incidentale, l'art. 31 comma 8 non potrebbe condurre ad una modifica dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, stante la presenza della clausola di modifica espressa di cui all'art. 255 d.lgs. n. 163 del 2006.

Si costituiva in giudizio l'appellata, Società Cooperativa Sociale Onlus Segni di Integrazione a r.l., che, con memoria eccepiva l'infondatezza dell'appello principale, chiedendone il rigetto.

Si costituiva, altresì, in giudizio l'I.N.P.S. sostenendo le ragioni poste a fondamento della domanda cautelare proposta dall'appellante principale.

La Quinta Sezione di questo Consiglio di Stato, con ordinanza n. 1379 dell'1 aprile 2015, in accoglimento della domanda cautelare proposta dall'appellante principale, sospendeva l'esecutività della sentenza di primo grado, ritenendo prevalente, fra gli opposti interessi, quello alla continuità del servizio svolto.

Dopo l'udienza di merito, con ordinanza n. 4799 del 21 ottobre 2015, la Quinta Sezione ha ritenuto opportuno sollevare due questioni, consequenziali fra di loro, rimettendole all'esame di questa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, a causa dei contrasti interpretativi insorti e della notevole rilevanza pratica che rivestono.

Con il primo dei due quesiti la Sezione remittente chiede "se rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia

avente ad oggetto l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ovvero al giudice ordinario, accertare la regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara".

Sul punto, si registra un contrasto giurisprudenziale fra chi afferma la sussistenza della giurisdizione amministrativa e chi, invece, propende, per la giurisdizione ordinaria.

A favore della tesi secondo cui l'accertamento della regolarità del d.u.r.c., in sede di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara, rientri nell'ambito della giurisdizione amministrativa, si è espressa parte della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sentenze, Sez. V, 16 febbraio 2015 n. 781, id. 14 ottobre 2014 n. 5064; id. 11 maggio 2009 n. 2874; Sez. VI, 4 maggio 2015 n. 2219). Secondo questo filone giurisprudenziale, la verifica sulla regolarità del d.u.r.c. non verrebbe in rilievo autonomamente, ma si inserirebbe nella fase procedimentale amministrativa di aggiudicazione di un appalto: stante la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, ai sensi dell'art. 133 c.p.a., dovrebbe, dunque, affermarsi la giurisdizione amministrativa rispetto alla verifica della regolarità del d.u.r.c.. Tale verifica verrebbe effettuata ai sensi dell'art. 8 c.p.a.: in altri termini, l'accertamento del giudice amministrativo verrebbe svolto in via incidentale, senza assumere l'efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale sotteso al rilascio del d.u.r.c. (cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un. ordinanza n. 3169 del 9 febbraio 2011). La Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 25818 dell'11 dicembre 2007, ha affermato che non vi sarebbe alcun travalicamento dei limiti della giurisdizione ordinaria, in quanto l'oggetto dell'indagine del giudice amministrativo si incentrerebbe sulla mera regolarità della certificazione prodotta, attestante la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto, che, in ultima analisi, si sostanzia in un requisito necessario ai fini della ammissione alla gara.

Di diverso avviso, invece, è altra parte della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sentenza Sez. IV 12 marzo 2015 n. 1321, che richiama la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 8 del 4 maggio 2012), la quale afferma la sussistenza della giurisdizione ordinaria in virtù, anzitutto, della natura del d.u.r.c. quale atto rientrante fra le dichiarazioni di scienza, assistite da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 c.c. e facenti prova fino a querela di falso. Inoltre, la giurisdizione ordinaria si ricaverebbe dal principio di diritto, espresso dalla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 4 maggio 2012, secondo cui "la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto". Da questo principio, dunque, dovrebbe discendere che gli eventuali errori contenuti nel d.u.r.c. incidono su situazioni giuridiche di diritto soggettivo e, data l'attinenza al rapporto contributivo, possono essere corretti dal solo giudice ordinario con gli appositi strumenti messi a disposizione dall'ordinamento (querela di falso o giudizio in materia di previdenza ed assistenza obbligatoria). In più, l'accertamento incidenter tantum ipotizzato da chi propende per la giurisdizione amministrativa, non si concilierebbe con l'accertamento fidefacente dei fatti e dei diritti sottesi al d.u.r.c.: in effetti, nell'accertamento circa la regolarità di detta certificazione, verrebbe in rilievo un rapporto obbligatorio, non un rapporto pubblicistico (cfr. Consiglio di Stato, sentenze, Sez. V, 26 marzo 2014, n. 1468; id. 3 febbraio 2011, n. 789; Sez. IV 12 marzo 2009, n. 1458).

La Sezione rimettente ritiene, inoltre, di dover sottoporre all'esame di questa Adunanza Plenaria un ulteriore quesito, qualora venga affermata la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo nella materia de qua. In particolare, con il secondo quesito sottoposto ai sensi dell'art. 99 comma 1 c.p.a., la Sezione rimettente chiede "se la norma di cui all'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013, n. 98, sia limitata al rapporto

tra impresa ed Ente preposto al rilascio del d.u.r.c. senza che lo svolgimento di tale fase riguardi la stazione appaltante (dovendo essa applicare comunque l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, che richiede il possesso dei requisiti al momento della partecipazione alla gara), ovvero se la disposizione abbia sostanzialmente modificato, per abrogazione tacita derivante da incompatibilità, detto art. 38 e si possa ormai ritenere che la definitività della irregolarità sussista solo al momento di scadenza del termine di quindici giorni da assegnare da parte dell'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva".

Anche in merito alla presente questione vengono in rilievo due orientamenti giurisprudenziali opposti.

Secondo un primo filone giurisprudenziale, avallato dal Tar Veneto nella fattispecie di cui è causa, l'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013 farebbe emergere la volontà del legislatore di favorire la massima partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici: per tale ragione la stazione appaltante non dovrebbe limitarsi a prendere atto della irregolarità emersa dal d.u.r.c., ma dovrebbe procedere a valutarne autonomamente il carattere definitivo (cfr. Consiglio di Stato, sentenza, Sez. V, 14 ottobre 2014 n. 5064). A tali conclusioni si dovrebbe giungere in virtù di un'implicita modifica all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, determinata proprio dall'entrata in vigore dell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013: in altri termini, l'assenza del requisito di regolarità contributiva assumerebbe carattere definitivo soltanto al termine dei quindici giorni previsti dalla procedura di regolarizzazione della posizione contributiva (cfr. Consiglio di Stato, sentenza, Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 781). Questo indirizzo interpretativo condurrebbe, quindi, a ritenere possibile la presentazione di una domanda di partecipazione ad una gara, in pendenza del termine assegnato dall'ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva, qualora sia stata al contempo estinta la situazione di irregolarità: in tal caso, infatti, la situazione di irregolarità non potrebbe ritenersi "definitivamente accertata" (v. Consiglio di Stato, Sez. III, 1 aprile 2015, n. 1733).

Un secondo e contrapposto indirizzo giurisprudenziale afferma, invece, che non potrebbe essere rimessa alla stazione appaltante la valutazione circa la gravità né la definitività dell'irregolarità contributiva ascrivibile all'impresa concorrente: l'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013, pur prevedendo un meccanismo di "flessibilizzazione" delle situazioni di irregolarità contributiva, non avrebbe modificato le modalità di verifica, da parte delle stazioni appaltanti, dei requisiti partecipativi (cfr. Consiglio di Stato, sentenza, Sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2219). Di conseguenza, la definitività della situazione di irregolarità contributiva dovrebbe coincidere sempre con il termine previsto per la presentazione delle offerte per partecipare alla procedura, concretizzandosi, in caso contrario, una lesione del principio della par condicio fra concorrenti e dell'interesse pubblico alla scelta di un contraente affidabile.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno prodotto memorie illustrative e riepilogative delle rispettive tesi, domande, eccezioni e conclusioni.

All'udienza pubblica del 23 marzo 2016, uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

L'esame dei quesiti sottoposti al vaglio di questa Adunanza Plenaria deve necessariamente prendere le mosse dalla pregiudiziale questione di giurisdizione sollevata dalla Sezione rimettente. Occorre, al riguardo, delimitare l'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo in relazione agli accertamenti inerenti al documento unico di regolarità contributiva.

Le problematiche sorgono in virtù dell'apparente inconciliabilità fra la natura del d.u.r.c. ed il criterio di riparto della giurisdizione fra giudice amministrativo ed ordinario, che si basa sul criterio della causa petendi ed, in definitiva, sulla situazione giuridica fatta valere. Le criticità si paleserebbero nel corso dei giudizi aventi ad oggetto procedure di affidamento di contratti pubblici ed, in particolare, con riguardo all'accertamento della regolarità del d.u.r.c..

Come è noto, ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, "Sono esclusi dalla

partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: [...] i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti”.

Nel caso in cui sorgano delle controversie inerenti ad un riscontro negativo in tema di regolarità contributiva, come risultante dal d.u.r.c., si pone la problematica del riparto di giurisdizione in quanto, per un verso, la certificazione prodotta dall’ente previdenziale assume il carattere di dichiarazioni di scienza, assistita da pubblica fede ai sensi dell’art. 2700 c.c. e facente prova fino a querela di falso; per altro verso, tale accertamento si inserisce nell’ambito di una procedura di evidenza pubblica, rispetto alla quale sussiste, ai sensi dell’art. 133 c.p.a., la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo.

Ad avviso di una parte della giurisprudenza, le contestazioni in merito agli errori contenuti nel d.u.r.c. non potrebbero essere esaminate dal giudice amministrativo, sia perché incidono su situazioni di diritto soggettivo, sia perché disvelano un sottostante rapporto obbligatorio, di tipo non pubblicistico.

Il Collegio ritiene, tuttavia, di dover risolvere la questione nel senso di devolvere alla cognizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l’aggiudicazione di un appalto pubblico, l’accertamento circa la regolarità del d.u.r.c., quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara.

Nelle controversie in materia di contratti pubblici, in effetti, il d.u.r.c. viene in rilievo non in via principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante.

Al riguardo, il Collegio evidenzia che non è revocabile in dubbio la natura di dichiarazione di scienza attribuibile al d.u.r.c., che si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso. Questo

elemento non risulta, tuttavia, ostativo all'esame, da parte del giudice amministrativo, della regolarità delle risultanze della documentazione prodotta dall'ente previdenziale in un giudizio avente ad oggetto l'affidamento di un contratto pubblico di lavori, servizi o forniture.

A ben vedere, l'operatore privato può impugnare le determinazioni cui è giunta la stazione appaltante, all'esito dell'accertamento sulla regolarità contributiva, sollevando profili di eccesso di potere per erroneità dei presupposti, qualora contesti le determinazioni derivanti dall'esito dell'attività valutativa. Questa conclusione, affermata da una recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sentenza, Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 781), è giustificata dalla possibilità, per il giudice amministrativo, di compiere un accertamento puramente incidentale, ai sensi dell'art. 8 c.p.a., sulla regolarità del rapporto previdenziale: ciò implica che le statuizioni, adottate sul punto, hanno efficacia esclusivamente in relazione alla controversia concernente gli atti di gara e non esplicano i loro effetti nei rapporti fra l'ente previdenziale e l'operatore coinvolto.

L'ambito della cognizione del Giudice Amministrativo, in effetti, concerne l'attività provvedimentale successiva e consequenziale alla produzione del d.u.r.c. da parte dell'ente previdenziale: l'operatore privato, nel giudizio instaurato dinanzi all'autorità giudiziaria amministrativa, non censura direttamente l'erroneità del contenuto del d.u.r.c., ma le statuizioni successive della stazione appaltante, derivanti dalla supposta erroneità del d.u.r.c..

Per tale ragione ed in un'ottica di effettività della tutela, risulta doverosa la concentrazione della verifica circa la regolarità della documentazione contributiva, ancorché effettuata in via incidentale, in capo ad un'unica autorità giudiziaria: il diritto di difesa verrebbe, in effetti, lesa se si costringesse il privato a contestare, dinanzi al giudice ordinario, la regolarità del d.u.r.c. e, successivamente, dopo aver ottenuto l'accertamento dell'errore compiuto dall'ente previdenziale, la illegittimità delle determinazioni della stazione appaltante dinanzi al giudice amministrativo. Un

iter processuale di tal genere risulterebbe eccessivamente gravoso per il privato ed incompatibile con la celerità che il legislatore ha imposto per il rito degli appalti nel c.p.a.: l'attesa di una decisione sulla regolarità della posizione previdenziale, non permetterebbe di impugnare entro i termini di cui agli artt. 120 e ss. c.p.a., i provvedimenti adottati dalla stazione appaltante in relazione alla procedura di evidenza pubblica di riferimento.

Ciò non impedisce all'operatore privato di impugnare autonomamente il d.u.r.c. con gli ordinari strumenti predisposti dall'ordinamento: in tal caso, tuttavia, ci si troverebbe al di fuori della cognizione del Giudice Amministrativo, per il dirimente motivo che una tale controversia concernerebbe il rapporto obbligatorio che lega l'operatore privato all'ente previdenziale e non le decisioni della stazione appaltante.

Come è risaputo, con riferimento all'affidamento di lavori, servizi o forniture, il giudice amministrativo è titolare di giurisdizione esclusiva (art. 244, primo comma, d.lgs. 163/2006, già art. 6, primo comma, della l. 2005/2000) e può pertanto compiere, a prescindere dalla consistenza della corrispondente posizione soggettiva, ogni accertamento che gli sia domandato dalla parte per verificare il rispetto dei principi comunitari in materia di concorrenza (tra i quali la regolarità contributiva delle imprese partecipanti).

Sostenere, in tale contesto, che pur dovendo stabilire della legittimità degli appalti pubblici (e quindi della conformità di questi anche alle regole di derivazione comunitaria), il giudice amministrativo, ancorché domandato dalla parte, non possa spingersi ad accertare la sussistenza o meno di un requisito di partecipazione solo perché questo è attestato dal provvedimento di un'amministrazione (come avviene per il d.u.r.c.), significherebbe limitare irragionevolmente l'ambito della tutela accordata dall'ordinamento anche in violazione dei principi comunitari di efficacia e rapidità dei mezzi di ricorso.

Allorché sia a ciò chiamato dalla parte nell'ambito di una procedura pubblica volta

all'affidamento di lavori, servizi o forniture, il giudice amministrativo (come del resto potrebbe fare alla stregua dell'art. 8 del c.p.a. - già art. 8 della l. n. 1034/1971 - se nella materia considerata non gli fosse riconosciuta giurisdizione esclusiva) ben può incidentalmente valutare la sussistenza dei requisiti di partecipazione siano essi o meno attestati da atti della p.a.

Conforme risulta, d'altronde, l'orientamento della Corte regolatrice, la quale, proprio riferendosi alla certificazione INPS e ad una procedura concorsuale soggetta alla disciplina comunitaria, ha già avuto modo di stabilire che appartiene alla cognizione del giudice amministrativo "verificare la regolarità di una certificazione costituente specifico requisito per la partecipazione alla gara (Cass. civ., Sez. Un., 11 dicembre 2007, ord. 25818).

Come, dunque, chiarito anche dalla Sezione rimettente, sul punto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la ordinanza n. 25818 dell'11 dicembre 2007 (confermata dalla successiva ordinanza n. 3169 del 9 febbraio 2011), hanno avuto modo di chiarire che la giurisdizione, in controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture, appartiene al giudice amministrativo quando venga in rilievo la certificazione attestante la regolarità contributiva, sulla cui base l'Amministrazione abbia successivamente adottato un provvedimento. Al riguardo, la Suprema Corte ha chiarito che la certificazione sulla regolarità contributiva dell'impresa partecipante ad una gara d'appalto costituisce uno dei requisiti posti dalla normativa in materia di appalti pubblici ai fini dell'ammissione alla gara. Dunque, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo perché è costui competente a sindacare la decisione della stazione appaltante inerente alla sussistenza o meno di un requisito utile a partecipare ad una procedura di affidamento di un contratto.

Ciò che consente di affermare la giurisdizione amministrativa è, in definitiva, la diversità del tipo di sindacato compiuto dal giudice amministrativo rispetto a quello effettuato dal giudice ordinario sulla documentazione attestante la regolarità

contributiva.

In effetti, il combinato disposto degli artt. 442 comma 1 e 444 comma 3 c.p.c. devolve alla giurisdizione ordinaria le controversie in materia di assistenza e previdenza obbligatorie: ciò implica che il giudice ordinario sarà chiamato ad accertare la sussistenza di un diritto del prestatore di lavoro. Diversamente, l'art. 133 c.p.a., attribuisce alla giurisdizione amministrativa le controversie aventi ad oggetto le procedure relative all'affidamento di lavori, servizi e forniture: in quest'ambito, dunque, il giudice deve verificare la regolarità dei requisiti che, ad esempio, un'impresa esclusa dalla relativa procedura ha prodotto in sede di offerta, al fine di dichiarare illegittima detta esclusione.

In altri termini, la certificazione relativa alla regolarità contributiva dinanzi al giudice amministrativo viene in rilievo alla stregua di requisito di partecipazione alla gara e, pertanto, il regime relativo alla valutazione circa la sua regolarità non può essere differente da quello previsto per gli altri requisiti. Ad ulteriore conferma di questo assunto, il Collegio ritiene di poter utilmente richiamare l'esempio delle certificazioni antimafia che la Sezione rimettente ha descritto nell'ordinanza di rimessione. Anche in questa ipotesi, infatti, si è in presenza di un provvedimento che, a seconda dei casi, può costituire l'oggetto principale di una controversia oppure venire in rilievo come requisito propedeutico alla partecipazione ad una procedura di gara, nel qual caso ne viene esaminato il contenuto da parte del giudice amministrativo.

Alla luce delle pregresse considerazioni, il quesito sottoposto a questa Adunanza Plenaria può essere risolto enunciando il seguente principio di diritto:

“Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, l'accertamento inerente alla regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara. Tale accertamento viene

effettuato, nei limiti del giudizio relativo all'affidamento del contratto pubblico, in via incidentale, cioè con accertamento privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale”.

Risolta la prima questione relativa alla giurisdizione nei termini anzidetti, viene in rilievo, in modo consequenziale, il secondo quesito proposto dalla Sezione rimettente. Esso concerne la corretta interpretazione del requisito della definitività dell'accertamento delle violazioni in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, previsto dall'art. 38 comma 1 d.lgs. n. 163 del 2006, come causa di esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

In seguito all'entrata in vigore dell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013 (che riproduce sostanzialmente, la procedura già prevista dall'art. 7 D.M. 24 ottobre 2007) è stata introdotta una procedura di flessibilizzazione (c.d. “preavviso di d.u.r.c. negativo”) che consente all'impresa richiedente il rilascio della certificazione contributiva, di sanare la propria posizione, prima della definitiva certificazione negativa: in virtù di tale procedura, l'ente previdenziale, qualora riscontri delle irregolarità, deve invitare l'operatore richiedente a sanare la propria posizione entro il termine di quindici giorni. Soltanto qualora l'operatore non effettui la regolarizzazione della propria posizione, entro il termine anzidetto, l'ente previdenziale potrà adottare un d.u.r.c. negativo.

L'introduzione, o meglio la “legificazione” del preavviso di d.u.r.c. negativo, ha posto il problema di individuare esattamente il momento a partire dal quale la violazione della legislazione in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, possa ritenersi definitiva, ai fini dell'applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

Sul punto, come evidenziato nell'ordinanza di rimessione, è sorto un contrasto giurisprudenziale.

Il Collegio ritiene che il quesito possa essere risolto rinviando al principio di diritto espresso da questa Adunanza Plenaria nelle sentenze nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016.

In quella sede, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato si è espressa nel senso di ritenere che "Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto".

In tal modo è stato chiarito che l'art. 31 d.l. n. 69 del 2013 non ha modificato la disciplina dettata dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006: la regola del preavviso di d.u.r.c. negativo, dunque, non trova applicazione nel caso di certificazione richiesta dalla stazione appaltante, ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dell'impresa partecipante. Il meccanismo, di cui al citato art. 31 comma 8, si applica solo nei rapporti fra ente previdenziale ed operatore economico richiedente, senza venire in rilievo nel caso in cui sia la stazione appaltante a richiedere il d.u.r.c. ai fini della verifica circa la regolarità dell'autodichiarazione.

Questa Adunanza Plenaria ha giustificato le predette conclusioni con una serie di argomentazioni, di carattere letterale, storico e sistematico, che, seppur brevemente, il Collegio ritiene opportuno richiamare.

In primo luogo, l'inapplicabilità alle procedure di evidenza pubblica del meccanismo

di cui al comma 8 è desumibile dalla lettura complessiva dell'articolo 31 d.l. n. 69 del 2013. In effetti, i commi dal 2 al 7 di tale norma contengono un preliminare ed espresso riferimento ai contratti di pubblici lavori, servizi o forniture o, comunque, un rinvio al d.lgs. n. 163 del 2006. Diversamente, il comma 8 non contiene un riferimento di tal genere, né sarebbe possibile desumerlo, in maniera implicita, dal testo della disposizione.

Inoltre, la modifica al testo dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 non può essere sostenuta argomentando in merito ad una presunta incompatibilità fra le due disposizioni: in questo senso osta l'art. 255 d.lgs. n. 163 del 2006 a tenore del quale “[o]gni intervento normativo incidente sul codice, o sulle materie dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute”. Il d.l. n. 69 del 2013 contiene, all'art. 31 comma 2, le disposizioni del d.lgs. n. 163 del 2006 che sono state modificate, in conformità alla clausola di abrogazione esplicita di cui all'art. 255: tuttavia, in tale elenco non rientra l'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

Ad ulteriore conferma della conclusione cui è giunta, questa Adunanza Plenaria ha evidenziato l'assenza, nei commi da 3 a 7 dell'art. 31, di qualsivoglia riferimento ad una possibile regolarizzazione postuma dell'inadempienza contributiva imputabile all'operatore che abbia partecipato alla gara o che stia eseguendo il contratto: nelle norme richiamate è la stazione appaltante a richiedere all'ente previdenziale il rilascio del d.u.r.c., ai fini della verifica della veridicità della autodichiarazione presentata dall'operatore privato. Diversamente, il comma 8, nel disciplinare la procedura di preavviso di d.u.r.c. negativo, si riferisce alle sole ipotesi in cui sia l'operatore privato a richiedere all'ente previdenziale il rilascio della certificazione. Sotto il profilo sistematico, questa Adunanza Plenaria afferma il parziale parallelismo strutturale che sussiste fra il meccanismo di cui all'art. 31 comma 8 ed il preavviso di rigetto disciplinato dall'art. 10-bis l. n. 214 del 1990. Al riguardo viene premesso, per un verso, che il preavviso di rigetto - previsto in via generale per i procedimenti

iniziati ad istanza di parte - non opera, per espressa scelta legislativa, in relazione ai procedimenti in materia previdenziale. Per altro verso, il meccanismo di cui all'art. 31 comma 8 prevede un procedimento in cui rileva la materia previdenziale ed al contempo strutturato come procedimento ad istanza di parte. Pertanto, l'art. 31 comma 8, costituendo una "deroga alla deroga", non può applicarsi al di fuori delle ipotesi espressamente descritte dal legislatore e, cioè, quelle in cui l'operatore privato richieda all'ente previdenziale il rilascio del d.u.r.c.. Quando, invece, è la stazione appaltante a richiedere la certificazione all'ente previdenziale, ci si pone al di fuori dell'ambito applicativo della fattispecie ex art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013.

Sempre sotto il profilo sistematico, si afferma anche che "l'esclusione del c.d. preavviso di DURC negativo nell'ambito del procedimento d'ufficio per la verifica della veridicità delle dichiarazioni sostitutive rese in sede ai fini della partecipazione alla gara, si pone in linea con alcuni principi fondamentali che governano appunto le procedure di gara" e cioè quello di parità di trattamento e di autoresponsabilità, nonché il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara. Risulta evidente, in effetti, che, consentire la partecipazione ad una gara ad operatori che non possiedono, in materia di contributi previdenziali, i requisiti necessari a prendere parte alla procedura comparativa, ma ne autodichiarano il possesso, comporta due conseguenze evidenti: da un lato, l'operatore potrebbe integrare un requisito indispensabile alla partecipazione solo dopo aver preso parte alla gara ed in seguito al suo esito favorevole, a differenza degli altri concorrenti; dall'altro lato, l'autodichiarazione resa in sede di presentazione dell'offerta sarebbe viziata da una intrinseca falsità, di per sé idonea a giustificare l'esclusione dalla procedura. Inoltre, consentire una regolarizzazione postuma dei requisiti di partecipazione alla gara urterebbe con la impossibilità, affermata anche dalla sentenza di questa Adunanza Plenaria n. 8 del 20 luglio 2014, di perdere i requisiti neanche temporaneamente nel corso della procedura.

Infine, da un punto di vista storico - normativo, questa Adunanza Plenaria ha richiamato il D.M. 24 ottobre 2007, il cui art. 7 comma 3 prevedeva un procedimento strutturalmente simile a quello previsto dall'art. 31 comma 8: “[n]ell'interpretazione di questa norma non si è mai dubitato che la regola del previo invito alla regolarizzazione non trovasse applicazione nel caso di richiesta della certificazione preordinata alle verifiche effettuate dalla stazione appaltante ai fini della partecipazione alle gare d'appalto”.

Alla luce delle precedenti considerazioni, il secondo quesito sottoposto dalla Sezione rimettente deve essere risolto, in conformità al principio di diritto espresso nelle sentenze di questa Adunanza Plenaria nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016, nel senso di ritenere l'ambito di applicazione dell'art. 31 d.l. n. 69 del 2013 limitato ai rapporti fra ente previdenziale ed operatore privato richiedente il rilascio del d.u.r.c.. Di conseguenza, va escluso che detta disposizione abbia determinato una implicita modifica all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

L'applicazione dei suesposti principi alla fattispecie oggetto del presente contenzioso determina: - che si debba respingere il primo motivo dell'appello principale con il quale era stato riproposta, in sede di impugnazione, l'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo in relazione all'accertamento sulla regolarità del d.u.r.c., già disattesa dal giudice di prime cure; - che si debba, invece, accogliere il secondo motivo dell'appello principale, con il quale la Società Servizi Socio Culturali Cooperativa Sociale Onlus sostiene l'erroneità della sentenza del Tar Veneto per aver ritenuto illegittima l'esclusione comminata ai danni dell'appellata, argomentando tale illegittimità, sull'asserita mancata applicazione dell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013.

Il motivo è fondato e va accolto.

A causa dell'impossibilità di applicare il preavviso di d.u.r.c. negativo al caso concreto, il Collegio ritiene, in definitiva, legittimo l'operato dell'Amministrazione la quale ha validamente escluso dalla procedura la società appellata, in conseguenza

delle irregolarità riscontrate all'esito del controllo in merito alla regolarità contributiva.

La fondatezza del secondo motivo dell'appello principale, relativo alla impossibilità di applicazione dell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013 nei rapporti fra stazione appaltante e ente preposto al rilascio del d.u.r.c., consente di ritenere assorbita l'ulteriore censura, sollevata dalla società appellante, relativa alla errata applicazione dell'art. 122 c.p.a..

L'accoglimento dell'appello principale determina, altresì, l'assorbimento dell'appello incidentale proposto dalla Provincia di Verona.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, l'accoglimento del secondo motivo dell'appello principale comporta che, in riforma della sentenza di primo grado, vada respinto il ricorso introduttivo del giudizio.

La novità e la complessità delle questioni affrontate, nonché i contrasti giurisprudenziali esistenti sulle vicende affrontate, nonché il parziale accoglimento, consentono al Collegio di disporre la compensazione integrale fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) definitivamente pronunciando sugli appelli, principale ed incidentale, come in epigrafe proposti, così provvede:

- respinge il primo motivo dell'appello principale e, per l'effetto, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo sulla presente controversia;
- accoglie il secondo motivo dell'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado;
- dichiara assorbito l'appello incidentale;
- compensa le spese del doppio grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2016 con

l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

Salvatore Cacace, Consigliere

Sandro Aureli, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

IL PRESIDENTE

N. 02384/2016REG.PROV.COLL.

N. 04621/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4621 del 2015, proposto da:

Arco Edil s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Adinolfi, con domicilio eletto presso la dott.ssa Anna Bei, Studio Commercialista Rosati, in Roma, Via Ovidio n.10;

contro

Fondazione San Giuseppe, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

nei confronti di

TP Company s.r.l., in persona del legale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Pasquale Marotta e Giuseppe di Fratta, con domicilio eletto presso

l'avvocato Giancarlo Caracuzzo in Roma, Via di Villa Pepoli, n. 4;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, Sezione I, n. 01697/2015, resa tra le parti;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della TP Company s.r.l.;

Vista la propria ordinanza 9 luglio 2015 n. 3463;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2015 il Cons. Antonio Amicuzzi e udito per la TP Company s.r.l. l'avvocato Pasquale Marotta;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- La AR.CO.EDIL s.r.l., seconda classificata nell'appalto indetto per il restauro e la ristrutturazione edilizia di un immobile della fondazione S. Giuseppe - ex IPAB - ha proposto ricorso al T.A.R. Campania, Napoli, lamentando la mancata esclusione dalla gara della aggiudicataria, che non aveva l'oggetto sociale corrispondente a quello dell'appalto, considerato che l'iscrizione alla CCIAA non può essere oggetto di avalimento e che comunque i relativi contratti, che peraltro non concernevano l'iscrizione alla CCIAA, difettavano dei requisiti previsti dall'art. 88 del d.P.R. n. 287

del 2010.

2.- L'adito T.A.R., con la sentenza impugnata, ritenuto che la mancanza di iscrizione nella Camera di Commercio non poteva considerarsi requisito di partecipazione e che non era condivisibile la sostenuta inidoneità dei contratti di avalimento stipulati dall'aggiudicataria con il Consorzio CO.CE.R. e con la Salerno Kontrol s.r.l, ha respinto il gravame.

3.- Con il ricorso in appello in esame la Arco Edil s.r.l. ha chiesto l'annullamento o la riforma di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

a) Error in iudicando sulla non necessità della iscrizione alla CCIAA per l'attività oggetto dell'appalto "e sua attivazione". Error in iudicando sulla violazione e falsa applicazione della legge speciale del concorso con riferimento all'oggetto sociale. Error in iudicando, violazione dell'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006.

La controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto priva del requisito di iscrizione alla CCIAA per un oggetto corrispondente a quello dell'appalto, che sarebbe stato il requisito principale per la partecipazione, insuscettibile di avalimento.

b) Error in iudicando sulla esaustività dei due contratti di avalimento.

Erroneamente il T.A.R. avrebbe affermato che i due regolamenti contrattuali erano sufficienti all'avalimento per le categorie OG1 e OG11.

c) Error in iudicando sui danni.

Sarebbe dovuta la reintegrazione in forma specifica e, in caso di impossibilità di subentro nel contratto, spetterebbe il riconoscimento, con riguardo ai lavori già eseguiti o all'intero ammontare dell'appalto, di un risarcimento pari al 10% della base d'asta o di altra somma ritenuta di giustizia, da quantificarsi anche in via equitativa.

4.- Con memoria depositata il 17 giugno 2015 si è costituita in giudizio la TP Company s.r.l., che ha eccepito l'inammissibilità dell'appello sia perché consistente in una mera riformulazione delle censure prospettate in primo grado; sia per essere stato modificato l'oggetto del gravame; sia per essere stato affermato per la prima volta in appello che le deroghe alla tassatività delle cause di esclusione previste dalla lettera d) del punto VI dell'art. 10 del disciplinare erano riferite solo al contenuto della domanda, della dichiarazione e dei documenti (con inammissibilità o improcedibilità del ricorso per mancata impugnazione del disciplinare di gara). Nel merito ha dedotto l'infondatezza del primo motivo di gravame (precisando di essere in possesso dei requisiti necessari per l'espletamento dei lavori di cui alla categoria OG11 e sostenendo che sarebbe stato contraddittoriamente affermato che l'eccezione prevista da detta lettera d) sarebbe riferibile solo ad eventuali carenze del contenuto delle dichiarazioni), nonché del secondo; ha poi sostenuto l'insussistenza delle condizioni per la declaratoria di inefficacia del contratto ed ha concluso per la reiezione.

5.- Con ordinanza 9 luglio 2015 n. 3463 la Sezione ha accolto l'istanza di sospensione della sentenza impugnata.

6.- Alla pubblica udienza del 15 dicembre 2015 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

7.- L'appello è fondato.

8.- Innanzi tutto la Sezione deve verificare la fondatezza della eccezione, formulata dalla resistente società, di inammissibilità dell'appello sia per consistere in una mera riformulazione delle censure prospettate in primo grado, senza specifiche censure contro i capi della sentenza gravata, ed in meri rinvii a principi giurisprudenziali affermati dal Consiglio di Stato e non pertinenti alla fattispecie; sia per essere stato modificato l'oggetto del gravame censurando l'omessa attivazione dell'oggetto sociale; sia per essere stato affermato per la prima volta in appello che la previsione della non esclusione dalla gara per violazione del punto di cui alla lettera d) del punto VI dell'art. 10 del disciplinare è riferita al contenuto della domanda, della dichiarazione e dei documenti, ma non al possesso del requisito in quanto tale (con inammissibilità o improcedibilità del ricorso per mancata impugnazione del disciplinare di gara).

8.1.- Va osservato in proposito che l'appello non contiene la mera riproposizione delle censure formulate in primo grado ma la contestazione della tesi del primo giudice che l'omissione della indicazione della Camera di commercio in cui la aggiudicataria era iscritta, con indicazione dei relativi estremi, della forma giuridica e dell'attività svolta (corrispondente a quella oggetto di gara) non fosse sanzionata con l'esclusione, affermando, a pag. 6 dell'atto d'appello, che il punto 10, u.c. del disciplinare, laddove consentiva l'eccezione al dovere di esclusione con riferimento, tra l'altro, alla ipotesi di cui alla lettera d), che richiedeva detta iscrizione, dovrebbe essere interpretato nel senso che era riferito al contenuto della domanda e non al possesso del requisito in quanto tale; la ulteriore tesi sostenuta in sentenza che i contratti di avvalimento erano idonei in quanto era stata messa dalle società avvalenti ad incondizionata disposizione l'intera azienda, è stata contestata con il

gravame in esame, alle pagg. 6 e 7, laddove è stato affermato che essi erano comunque vaghi e generici per mancata precisazione degli elementi qualificati idonei a dimostrare l'effettiva attribuzione del requisito.

8.2.- Quanto alla eccezione che sarebbe stato modificato l'oggetto del gravame censurando l'omessa attivazione dell'oggetto sociale, mentre in primo grado era stato sostenuto che la aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per carenza del requisito soggettivo della iscrizione alla Camera di Commercio per un oggetto corrispondente a quello dell'appalto, ne rileva il collegio la indivisibilità, atteso che la tesi è stata formulata al fine di contestare l'assunto contenuto in sentenza che non sarebbe possibile esigere, a pena di esclusione, che l'iscrizione risulti anche per una attività corrispondente a quella oggetto dell'appalto, con conseguente piena ammissibilità delle relative censure atteso che nel giudizio amministrativo l'appellante ha lo specifico onere di formulare, a pena d'inammissibilità, una critica puntuale della motivazione della sentenza impugnata, posto che l'oggetto di tale giudizio è costituito da quest'ultima e non dal provvedimento gravato in primo grado (Consiglio di Stato, sez. IV, 3 novembre 2015, n. 5013).

8.3.- Quanto alla eccezione che sarebbe stato affermato per la prima volta in appello che le deroghe alla tassatività delle cause di esclusione previste dalla lettera d) del punto VI dell'art. 10 del disciplinare erano riferite al contenuto della domanda, della dichiarazione e dei documenti, ma non al possesso del requisito in quanto tale (con inammissibilità o improcedibilità del ricorso per mancata impugnazione del disciplinare di gara), osserva la Sezione che anche tale censura è volta a contestare l'assunto contenuto nell'impugnata sentenza che era irrilevante l'omissione dell'adempimento della indicazione della Camera di commercio in cui la concorrente era iscritta e della relativa attività corrispondente a quella oggetto del contratto, sicché, per le considerazioni svolte al punto precedente, deve ritenersi che anche

l'eccezione in esame sia infondata.

9.- Ciò posto, va osservato nel merito che con il primo motivo di gravame è stato dedotto che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto priva del requisito di iscrizione alla CCIAA per un oggetto corrispondente a quello dell'appalto, che sarebbe stato il requisito principale per la partecipazione alla gara, atteso che l'art. 9 del bando rinviava per i requisiti di partecipazione al disciplinare di gara, che, al punto 10, sub. lett. d), richiedeva il possesso di detto requisito.

Infatti la sola attività da essa attivata alla data del 4 novembre 2011 sarebbe stata quella relativa alla "installazione di impianti fotovoltaici" e sarebbe stata quindi priva di un requisito soggettivo insuscettibile di avvalimento, in quanto, attenendo ad una situazione personale del soggetto e rappresentando l'adempimento di un obbligo posto dagli artt. 2195 e segg. del c.c. (che garantisce la pubblicità legale delle imprese e di tutti gli atti ad esse connessi), non era passibile di alcuna forma di sostituzione e la sua carenza non poteva essere supplita tramite l'iscrizione di un'altra impresa.

Invero in tema di appalti pubblici, nonostante la portata generale dell'istituto dell'avvalimento, resterebbe salva l'infungibilità dei requisiti ex artt. 38 e 39 del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto di tipo soggettivo, sicché l'aggiudicataria, non avrebbe potuto giovare dell'avvalimento per acquisire il requisito dell'iscrizione alla CCIAA di cui era carente.

A nulla varrebbe l'assunto contenuto in sentenza che l'assenza di detta iscrizione non fosse sanzionata con l'esclusione, in quanto il punto 10, u.c., del disciplinare di gara, laddove afferma l'eccezione con riferimento alla lettera d) del punto VI, che, interpretato in maniera sistematica e logica, sarebbe stata chiaramente riferita al

contenuto della domanda, della dichiarazione e dei documenti, ma non al possesso del requisito in quanto tale. Infatti con detta disposizione non potrebbe essere stata prevista la facoltatività della iscrizione alla CCIAA, stabilita a pena di esclusione dalla citata lettera d), ma solo che eventuali omissioni nelle dichiarazioni o nelle documentazioni presentate, essendo presenti in certificazioni in possesso di altre amministrazioni facilmente reperibili, non potevano determinare l'esclusione dalla gara, essendo possibile fare riferimento al potere di soccorso.

9.1.- Osserva in proposito il collegio che con la sentenza è stato sostenuto che, anche se il disciplinare di gara al punto d) dell'art. 10 del capitolato imponeva di indicare la camera di commercio nel cui registro la concorrente era iscritta, con indicazione dell'attività per cui si era iscritti (che doveva corrispondere a quella oggetto della gara), tuttavia l'assenza di tale condizione non era sanzionata con l'esclusione, dal momento che l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 commina l'estromissione solo per mancanza di specifici requisiti generali, tra cui non figura l'iscrizione nella Camera di commercio per una determinata attività e dal momento che comunque non sarebbe possibile esigere, a pena di esclusione, che l'iscrizione risulti anche per una attività corrispondente all'oggetto del contratto da stipulare, perché in tal caso si rischierebbe di mutare la significatività dell'iscrizione camerale (condizione soggettiva generale) in requisito speciale.

Va in proposito rilevato che l'art. 9 del bando di gara stabiliva che per partecipare ad essa i concorrenti dovevano essere in possesso dei requisiti di ammissione indicati nel disciplinare di gara, dimostrati con le modalità, le forme ed i contenuti previsti nello stesso.

Il punto 10 del disciplinare prevedeva che nella busta "A" dovevano essere contenuti, oltre a vari documenti, al punto VI), varie dichiarazioni sostitutive e, al

punto d) la indicazione da parte del concorrente della Camera di commercio nel cui registro delle imprese era iscritto, precisando gli estremi dell'iscrizione (numero e data), la forma giuridica e l'attività per cui è iscritto, che doveva corrispondere a quella oggetto della procedura di affidamento; infine detto punto 10 prevedeva, all'ultimo comma, che "La domanda, le dichiarazioni e le documentazioni dell'elenco dei documenti, ad eccezione dei punti di cui ai numeri II), VI lett. d), m), n), p), q), r), devono contenere a pena di esclusione dalla gara quanto previsto nelle rispettive disposizioni sopra elencate".

Concorda il collegio con l'appellante che detta disposizione debba essere interpretata nel senso che era riferita solo al contenuto della domanda, della dichiarazione e dei documenti, sicché solo eventuali omissioni nelle dichiarazioni o nelle documentazioni presentate non potevano determinare l'esclusione dalla gara, essendo possibile fare riferimento al potere di soccorso; non era invece riferita al possesso del requisito.

Infatti quando il bando di gara richiede, ai fini dell'ammissione alla procedura, il possesso di una determinata qualificazione dell'attività e l'indicazione nel certificato camerale dell'attività stessa, quest'ultima prescrizione va intesa in senso strumentale, ovvero funzionale all'accertamento del possesso effettivo del requisito soggettivo di esperienza e fatturato, che rappresenta il requisito di interesse sostanziale della stazione appaltante.

Solo se dimostrato, da parte del concorrente, l'effettivo possesso dei requisiti soggettivi di esperienza e qualificazione richiesti dal bando, l'eventuale imprecisione della descrizione dell'attività risultante dal certificato camerale non è sufficiente a determinarne l'esclusione, a pena di una applicazione meramente formalistica della *lex specialis* (come tale contrastante con il principio di cui all'art. 46, comma 1 bis,

del d. lgs. n. 163 del 2006).

L'ultimo capoverso del punto 10 del disciplinare non poteva quindi che essere interpretato nel senso sostenuto dall'appellante; ciò considerato pure che non è condivisibile l'eccezione della società resistente che l'appellante abbia affermato che quanto richiesto a detto punto d) fosse solo una "dichiarazione", atteso che ha invece sostenuto che era invece richiesto proprio l'effettivo possesso del requisito.

Non aveva dimostrato, quindi, l'aggiudicataria il possesso di un essenziale requisito di capacità professionale richiesto e prescritto dalla lex specialis, considerato che nelle gare pubbliche indette per l'affidamento di appalti, l'iscrizione del partecipante alla Camera di Commercio e la sua coerenza rispetto al contenuto contrattuale è requisito di ammissione, perché consente di verificare la corrispondenza dell'oggetto dell'iscrizione con quello dell'appalto e, di conseguenza, la specifica capacità tecnica posseduta dai contraenti (Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2015, n. 1874).

Peraltro, poiché il requisito atteneva alle necessarie capacità soggettive per partecipare alla gara, il suo difetto da parte della aggiudicataria comportava, ex se, l'esclusione, indipendentemente dalla previsione nella legge di gara, poiché tale carenza integrava l'ipotesi di cui all'art. 46, comma 1-bis del d.lgs. n.163 del 2006 relativa alla mancanza "degli elementi essenziali " dell'offerta.

Aggiungasi che i requisiti professionali previsti dall'art. 39, del d.lgs. n. 163 del 2006 (tra cui l'iscrizione nel registro della Camera di Commercio) sono cosa diversa da quelli di esperienza tecnica di cui all'art. 42, il quale, alla lett. a) del comma 1, stabilisce che "negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita mediante presentazione dell'elenco dei

principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi; se trattasi di servizi e forniture prestati a favore di Amministrazioni o enti pubblici, esse sono provate da certificatori rilasciati e vistati dalle Amministrazioni o dagli enti medesimi; se trattasi di servizi o forniture prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente”.

Quindi, mentre alla carenza del requisito di esperienza tecnica può pacificamente porsi rimedio con ricorso allo strumento dell'avvalimento ai sensi dell'art. 49 del Codice dei contratti, per cui il concorrente può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto, il requisito professionale di cui trattasi non può ritenersi essere validamente oggetto di avvalimento.

Pertanto, come dedotto dall'appellante, l'aggiudicataria non poteva giovare dell'avvalimento per acquisire il requisito dell'iscrizione alla CCIAA di cui era carente.

Le censure in esame devono quindi essere accolte.

10.- Con il secondo motivo d'appello è stato sostenuto che erroneamente il T.A.R. avrebbe affermato che i due regolamenti contrattuali intercorsi con le avvalenti fossero sufficienti all'avvalimento per le categorie OG1 e OG11 per essere stata messa a disposizione incondizionata l'intera azienda; ciò in quanto, a prescindere dall'impossibilità di applicare l'istituto dell'avvalimento al requisito soggettivo dell'iscrizione alla CCIAA, i contratti stipulati con il CO.Ce.R. e con la Salerno Kontrol s.r.l., prevedendo al punto 2 solo che “L'ausiliaria mette a disposizione dell'avvalente la categoria OG1 e OG11”, sarebbero stati vaghi, generici e soggetti a

condizione, con non conformità al dettato dell'art. 88 del d.P.R. n. 207 del 2010, essendo inadatti ad integrare uno schema minimale di diritti, obblighi e garanzie di una sicura attuazione dell'avvalimento e dello stesso appalto pubblico, in condizioni di chiarezza e trasparenza. Inoltre i contratti sarebbero stati "eventuali".

11.- Il collegio, ribadito al riguardo che il ricorso all'istituto dell'avvalimento non era nel caso di specie consentito, osserva che comunque è da condividere l'assunto dell'appellante che, laddove i contratti di avvalimento in questione si limitavano ad prevedere la messa a disposizione dell'avvalente, con riguardo alla categoria OG1 (Co.Ce.R.) e alla categoria OG11 (Tecno service s.r.l.), l'"Attestazione SOA intesa come messa a disposizione dell'intera azienda ivi compreso il complesso di beni organizzato per l'esercizio dell'impresa" e "Ogni altro utile elemento" come "eventualmente minuteria betoniera, motocarriola, recinzioni e 1 autovettura", nonché, "ove necessario", "la direzione tecnica", non potevano considerarsi idonei a garantire l'affidabilità del concorrente, non essendo state adeguatamente specificate le risorse e i mezzi aziendali messi a disposizione tali da rendere concreto e verificabile dalla s.a. il requisito astratto prestato, soprattutto perché il loro conferimento non era assistito dal carattere della certezza, stanti gli avverbi "eventualmente" e "ove necessario" che ne subordinavano la prestazione.

Invero l'avvalimento deve comportare l'effettivo trasferimento all'impresa ausiliata delle specifiche competenze tecniche acquisite e delle concrete risorse messe a disposizione; trasferimento che, per sua natura, ne implica l'esclusività per tutto il periodo preso in considerazione dalla lex specialis di gara e non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario, anche alla luce del chiaro disposto dell'art. 88, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria di prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano

l'attribuzione del requisito di qualità, come i mezzi, il personale, la prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2016, n. 264). Ragionando diversamente, il contributo dell'ausiliario si risolverebbe nel prestare una sorta di garanzia per eventuali insufficienze nello svolgimento delle prestazioni, senza fornire alcun contributo oggettivo, affinché l'opera dell'ausiliato sia migliorata in virtù del concreto apporto dei requisiti di capacità tecnica considerati rilevanti dal bando di gara.

Anche l'esaminata censura deve quindi ritenersi fondata.

12.- Con il terzo motivo di gravame è stato sostenuto che sarebbe dovuta la reintegrazione in forma specifica e, in caso di impossibilità di subentro nel contratto, il riconoscimento, con riguardo ai lavori già eseguiti o all'intero ammontare dell'appalto di un risarcimento pari al 10% della base d'asta o di altra somma ritenuta di giustizia, da quantificarsi anche in via equitativa.

12.1.- Il Collegio, ex art. 122 del c.p.a., deve in proposito valutare lo stato di esecuzione del contratto, la possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e di subentrare nel contratto, nonché gli interessi di tutte le parti.

Nel caso di specie, essendo la ricorrente seconda classificata e non essendo stata dimostrata la non anomalia della sua offerta, non sussiste la certezza che essa avrebbe titolo a conseguire l'aggiudicazione e il contratto in luogo della TP Company s.r.l..

Comunque si tratta di contratto ad avanzato stato di esecuzione, rilevato che con la memoria di costituzione in giudizio detta s.r.l. ha evidenziato che, stante l'urgenza dei lavori legati alla tempistica per poter fruire dei finanziamenti comunitari, con

determinazione n. 23 del 4 dicembre 2014 la s.a. le aveva consegnato anticipatamente i lavori.

Pertanto il subentro nel contratto, stante il tempo trascorso e nonostante l'accoglimento, nelle more, della domanda di sospensione della efficacia della sentenza impugnata, non appare conforme all'interesse della stazione appaltante, né all'interesse generale, sicché appare corretto mantenere il contratto e accordare il risarcimento solo per equivalente, in termini di perdita di chance, che non si identifica con la perdita di un risultato utile sicuro, ma con il semplice venire meno di un'apprezzabile possibilità di conseguirlo, in particolare per essere stato l'interessato privato della stessa possibilità concreta di aggiudicarsi un appalto (Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2013, n. 2038).

L'accesso a quest'ultima opzione implica la necessità di provvedere alla determinazione di criteri valutativi astratti e presuntivi della misura del pregiudizio risarcibile, nella configurazione sopra tratteggiata.

Innanzitutto la risarcibilità della chance non può essere subordinata all'offerta in giudizio di una sua prova rigorosa, ciò essendo logicamente incompatibile con la natura di tale voce di danno, risultando invece sufficiente che gli elementi adottati consentano una prognosi concreta e ragionevole circa la possibilità di vantaggi futuri (Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1672 e 2 maggio 2013, n. 2399).

Tuttavia la misura del 10% invocata dalla parte appellante non è più considerata dalla giurisprudenza come parametro automatico in applicazione analogica del criterio del 10% del prezzo a base d'asta ai sensi dell'art. 345 della l. n. 2248/1865, All. F (Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 12, n. 2317).

Ciò sia perché tale criterio di liquidazione è riferito a disposizione in tema di lavori pubblici che riguarda un istituto specifico, quale l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'Amministrazione committente, sia perché, quando impiegato al mero fine risarcitorio residuale in una logica equitativa, conduce tuttavia, almeno di regola, all'abnorme risultato che il risarcimento dei danni finisce per essere, per l'imprenditore, più favorevole dell'impiego del capitale.

Occorre, quindi, distinguere la fattispecie in cui il ricorrente riesce a dimostrare che, in mancanza dell'adozione del provvedimento illegittimo, avrebbe vinto la gara (ad esempio perché, se fosse stata esclusa la società aggiudicataria, sarebbe stata selezionata la sua offerta) dai casi in cui non è possibile acquisire alcuna certezza su quale sarebbe stato l'esito della procedura in mancanza della violazione riscontrata.

La dimostrazione della spettanza dell'appalto all'impresa danneggiata risulta ovviamente configurabile nei soli casi in cui il criterio di aggiudicazione si fonda su parametri vincolati e matematici (come, ad esempio, nel caso del massimo ribasso in un pubblico incanto in cui l'impresa vincitrice avrebbe dovuto essere esclusa), mentre si rivela impossibile là dove la selezione del contraente viene operata sulla base di un apprezzamento tecnico-discrezionale dell'offerta (come nel caso di specie, in cui l'affidamento dell'appalto era basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Nella prima ipotesi spetta, evidentemente, all'impresa danneggiata un risarcimento commisurato all'utile che effettivamente avrebbe conseguito ove fosse risultata aggiudicataria, mentre, quando la parte ricorrente allega solo la perdita di una chance a sostegno della pretesa risarcitoria (e cioè quando, come nel caso di specie, non prova che l'aggiudicazione dell'appalto spettava proprio ad essa, secondo le regole di gara, in quanto, pur essendo seconda classificata, non è stata dimostrata la

non anomalia della sua offerta), la somma commisurata all'utile d'impresa deve essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria risultanti dagli atti della procedura.

Ciò posto va rilevato che nel caso di specie il risarcimento del danno da riconoscersi all'impresa appellante va limitato alla sola perdita di chance per quanto riguarda il lucro cessante, non essendo nella specie stato espressamente chiesto nulla a titolo di danno emergente e a titolo di impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori.

La perdita di chance va rapportata in termini percentuali all'utile in astratto conseguibile in ipotesi di aggiudicazione della gara rinnovata, presuntivamente quantificato nel 3 % dell'importo a base d'asta, come ribassato dall'offerta presentata, perché, nella fattispecie, l'impresa non ha dimostrato con certezza di aver titolo all'aggiudicazione, né di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze per l'espletamento di altri servizi.

12.2.- La misura presunta del lucro cessante può, ai fini della liquidazione di tale danno, essere stabilita mediante lo strumento previsto dall'art. 35, comma 2, del D. Lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000, che, appunto, consente al giudice amministrativo di stabilire i criteri in base ai quali l'Amministrazione deve proporre a favore dell'avente titolo il pagamento della somma entro un congruo termine, prevedendo che, qualora permanga il disaccordo, le parti possano rivolgersi nuovamente al giudice per la determinazione delle somme dovute nelle forme del giudizio di ottemperanza.

12.3.- In conclusione il collegio, premesso che la condanna al risarcimento deve essere pronunciata esclusivamente nei confronti dell'Amministrazione

soccombente, Fondazione San Giuseppe, in considerazione del comportamento che ha dato causa all'illecito, dispone che detta Fondazione corrisponda alla appellante, a titolo di lucro cessante e secondo i criteri appresso indicati, entro il termine massimo di sessanta giorni dalla data di comunicazione, o, se anteriore, da quella di notifica, della presente decisione, il risarcimento del danno da computarsi come segue:

a) Nulla è dovuto quanto al pregiudizio per danno emergente e per perdita di chance legata all'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori, non essendo stati espressamente richiesti.

b) Quanto al lucro cessante, vale a dire l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione non avvenuta per illegittimità dell'azione amministrativa, non può essere riconosciuta la spettanza nella di percentuale richiesta dall'impresa, non avendo essa dimostrato con certezza di aver titolo all'aggiudicazione e non avendo documentato di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, sicché può ritenersi che possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; in tale ipotesi il risarcimento può essere quantificato in via equitativa e può essere riconosciuto per perdita di chance in misura pari al 3% dell'importo a base d'asta come ribassato dall'offerta presentata.

c) Sulle somme dovute sulla base degli indicati criteri, che riguardano tutte il risarcimento del danno e che consistono, perciò, in un debito di valore, deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT, da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta illegittimamente

aggiudicataria e fino alla data di deposito della presente decisione (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta).

d) Sulle somme progressivamente e via via rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi nella misura legale secondo il tasso vigente all'epoca della stipulazione del contratto, a decorrere dalla data della stipulazione medesima e fino a quella di deposito della presente decisione; ciò in funzione remunerativa e compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno.

e) Su tutte le somme dovute ai sensi delle precedenti lettere decorrono, altresì, gli interessi legali dalla data di deposito della presente decisione e fino all'effettivo soddisfo.

13.- L'appello deve essere conclusivamente accolto e, in riforma della prima decisione, va accolto il ricorso introduttivo del giudizio e vanno annullati i provvedimenti con esso impugnati. La richiesta di risarcimento danni è accolta nei termini di cui in motivazione.

14.- Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo, tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R. ed annulla i provvedimenti con esso impugnati. La richiesta di risarcimento danni è accolta nei

termini di cui in motivazione.

Pone in solido a carico degli appellati Fondazione San Giuseppe e TP Company s.r.l., con ripartizione interna in parti uguali, le spese del doppio grado, liquidate a favore della Arco Edil s.r.l. nella complessiva misura di € 8.000,00 (ottomila/00), oltre ai dovuti accessori (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/06/2016

IL SEGRETARIO

N. 01336/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00788/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 788 del 2016, proposto da Meridiana Italia Società s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Giuliano Berruti, Marco Antonio Monaco, con domicilio eletto presso Francesco Paolo Rubbio in Palermo, Via Marchese di Villabianca 54;

contro

l'Assessorato Regionale dell'Istruzione e della Formazione Professionale, in persona dell'Assessore pro tempore, rappresentato e difeso ope legis dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui Uffici, siti in Palermo, via A. De Gasperi, n. 81, è domiciliato ex lege;

per l'annullamento:

- del decreto del Dirigente generale dell'Assessorato intimato, prot. n. 356 del 12/2/16, recante irrogazione di una sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, s.m.i.;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente;

e per la condanna- dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Assessorato intimato, con i relativi allegati;

Visti i documenti e le memorie depositati in giudizio dalle parti in vista della trattazione dell'istanza cautelare;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2016, il Pres. F.F., dott.ssa Federica Cabrini;

Visti gli artt. 55, 60, 74, 119 e 120 c.p.a.;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto che il ricorso possa essere deciso immediatamente nel merito con sentenza in forma semplificata, del che se ne è dato avviso alla parti presenti nel corso della camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Rilevato che con l'unico motivo di ricorso (violazione dell'art. 38, c. 2 bis, d.lgs. n. 163/2006 – violazione della lex specialis di gara – errore nei presupposti di diritto e di fatto – difetto di istruttoria e di motivazione – contraddittorietà e violazione dei principi in materia di autotutela dell'affidamento) l'impresa ricorrente lamenta l'illegittima irrogazione della sanzione prevista dalla norma citata, motivata in ragione del fatto che “non è stata resa da parte della sig.ra Anna Maria Gentile, in qualità di consigliere di amministrazione della Meridiana s.r.l., la dichiarazione di cui all'art. 38, c. 1, lett. b), c) ed m-ter) del d.lgs. n.163/2006 e ss.mm.ii”;

Rilevato che la soc. ricorrente assume che:

- si tratti di irregolarità non essenziale, ovvero di dichiarazione non indispensabile tenuto conto del fatto che il punto III.2.1 del bando non impone di attestare specificamente l'assenza delle condizioni ostative di cui all'art. 38, c. 1, lett. b), c) ed m-ter), d.lgs. n. 163/2006, ma solo (genericamente) l'assenza delle condizioni di esclusione previste dall'art. 38, c. 1, del d.lgs. n. 163/2006, s.m.i.;
- non può essere applicata alcuna sanzione nel caso di specie, non avendo la ricorrente aderito al soccorso istruttorio;
- la sanzione non può comunque essere irrogata in un momento successivo alla materiale conclusione delle operazioni di gara, il che è avvenuto nel caso di specie;

Visto il disposto di cui all'art. 38, c. 2 bis, d.lgs. n.163/2006, a norma del quale: "La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.";

Ritenuta la sussistenza della giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo e ciò ai sensi dell'art. 133, c. 1, lett. e), n. 1, d.lgs. n. 104/2010, trattandosi di controversia in materia di "sanzioni alternative", come tale dovendosi intendere anche quelle introdotte dalla norma in esame, sia pur entrata in vigore dopo l'entrata in vigore del c.p.a.;

Ritenuto che in base alla ratio e alla lettera della norma citata: "l'essenzialità dell'irregolarità determina in sé per sé l'obbligo del concorrente di pagare la sanzione pecuniaria prevista dal bando, a prescindere dalla circostanza che questi aderisca o meno all'invito, che la stazione appaltante deve necessariamente fargli, di sanare detta irregolarità. Solamente quando l'irregolarità non è essenziale, il concorrente non è tenuto al pagamento della sanzione pecuniaria e la stazione

appaltante al soccorso istruttorio” (v. T.a.r. L’Aquila 25/11/2015, n. 784);

Ritenuto che, in sostanza: “la sanzione di cui agli artt. 38, c. 2 bis, e 46, c. 1 ter, del d.lgs. n. 163 del 2006, può essere applicata non solo quando il concorrente che sia incorso in un'irregolarità essenziale decida di avvalersi del soccorso istruttorio, integrando o regolarizzando la dichiarazione resa, ma anche nell'ipotesi in cui questi, non avvalendosi del soccorso istruttorio, venga escluso dalla procedura di gara, poiché la sanzione pecuniaria ... colpisce l'irregolarità essenziale della documentazione in sé e per sé.” (v. T.a.r. Parma, 29 febbraio 2016, n. 66);

Ritenuto altresì che la norma citata non pone alcun limite temporale per l’esercizio del potere sanzionatorio da parte della stazione appaltante, di talché deve ritenersi applicabile il generale principio di cui all’art. 28 l. n. 689/1981, che fissa il termine di prescrizione quinquennale decorrente dal giorno in cui è stata commessa la violazione;

Ritenuto, d’altra parte, che la dichiarazione sostitutiva oggetto del presente ricorso non possa dirsi incompleta in quanto, nello specifico, è conforme alla lex specialis della procedura (punto III.2.1 del bando) che non imponeva di indicare in modo dettagliato le singole previsioni di cui all’art. 38, c. 1, d.lgs. n. 163/2006, ma richiedeva solo a ciascun concorrente di rendere la dichiarazione di non trovarsi “nelle condizioni di esclusione previste dall’art. 38, comma 1, del d.lgs. n.163/2006 e s.m.i.”;

Ritenuto pertanto che è la stessa s.a. ad essersi autovincolata ad accettare una dichiarazione resa in termini omnicomprensivi (arg. ex Cons. Stato. Ad. Plen. n. 16/2014), ferma restando, ovviamente, la necessaria verifica da parte della stazione appaltante della verità o meno della dichiarazione resa, con ogni conseguenza, anche in ambito penale in caso di falsità della stessa;

Ritenuto, ad abundantiam, che, se da un lato, ben avrebbe potuto la s.a. adottare un bando che imponesse una analitica indicazione delle cause di esclusione (con ogni conseguenza anche in termini di applicazione della sanzione alternativa di cui all’art.

38, c. 2 bis, d.lgs. n. 163/2006), il che non è avvenuto, dall'altro lato, appare oltremodo contraddittorio (e in violazione dei principi generali che impongono alla p.a. di comportarsi secondo buona fede) il comportamento della stessa s.a. la quale, con la nota prot. n. 31810 del 5/5/2015, aveva espressamente comunicato alla soc. ricorrente che la mancata produzione della dichiarazione di cui trattasi "si configura quale completamento e/o integrazione di dichiarazioni rese senza applicazione di sanzione", così evidentemente inducendo in errore l'impresa ricorrente sulla questione della sanzionabilità o meno della propria condotta;

Ritenuto in conclusione che, seppure nei ristretti limiti sopra specificati, il ricorso vada accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato; va invece rigettata la domanda di risarcimento del danno non solo in ragione della satisfattività del provvedimento di annullamento, ma anche in quanto si tratta di domanda del tutto sprovvista di prova;

Ritenuto, quanto alle spese del giudizio, che esse possano eccezionalmente compensarsi tra le parti attesa la parziale novità delle questioni trattate, fermo restando l'obbligo per l'Amministrazione regionale intimata di rimborsare alla soc. ricorrente l'intero importo del contributo unificato, che si rettifica in € 2000,00 (Euro duemila virgola zero centesimi), trattandosi di controversia ex art. 119, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 163/2006 (v. art. 13, c. 6 bis, lett. d), d.p.r. n. 115/2002). Detto importo dovrà essere rimborsato solo dopo che la soc. ricorrente avrà fornito la prova all'Assessorato e alla Segreteria del T.a.r. di aver provveduto all'integrazione come sopra determinata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Compensa tra le parti le spese del giudizio, salvo l'obbligo in capo all'Assessorato Regionale dell'Istruzione e della Formazione Professionale, in persona dell'Assessore

pro tempore, di provvedere alla rifusione dell'importo del contributo unificato versato dalla soc. ricorrente (per come rettificato dal T.a.r. e successivamente integrato dall'interessata).

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Federica Cabrini, Presidente FF, Estensore

Anna Pignataro, Primo Referendario

Sebastiano Zafarana, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/05/2016

N. 02359/2016REG.PROV.COLL.

N. 05947/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5947 del 2012, proposto da:

Rag. Luigi e Gerolamo Colombo di Rag. Luigi Colombo & C. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Gaetano Scoca e Alessandro Gigli, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, Via G. Paisiello, n. 55;

contro

Comune di Ventimiglia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Daniela Anselmi, Daniela Adamo e Alessio Anselmi, con domicilio eletto presso lo studio della prima, in Roma, Via G. Amendola n. 46/6;

nei confronti di

Duomo g.p.a. s.r.l., Aipa s.p.a., e Neopolis Società Cooperativa Onlus, in persona dei

rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Liguria – Genova, Sezione II, n. 00813/2012, resa tra le parti;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ventimiglia;

Vista la memoria prodotta dalla parte resistente a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2015 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Alessandro Gigli e Giulio Bertone su delega dell'Avv. Daniela Anselmi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- Il Comune di Ventimiglia con d.d. n. 108 del 30 dicembre 2011 ha indetto una procedura negoziata senza bando, ai sensi dell'art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006, per la concessione, dalla data di aggiudicazione e comunque fino alla data del 31 luglio 2012, del servizio di gestione dei parcheggi pubblici a pagamento, cui è stata invitata

anche la s.r.l. Rag. Luigi e Gerolamo Colombo di Rag. Luigi Colombo & C..

Detta società, già concessionaria del servizio, avendo ricevuto l'invito solo due giorni prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, ha presentato ricorso con richiesta di decreto cautelare ante causam al T.A.R. Liguria, che ha sospeso il termine di presentazione delle offerte per 15 giorni.

Il Comune si è adeguato al provvedimento giurisdizionale ed ha disposto la riapertura del termine di presentazione delle offerte sino al giorno 30 gennaio 2012 con d.d. n. 5/VI Rep. del 13 gennaio 2012; con d.d. n. 6 in pari data il Comune ha prorogato la gestione in capo ad essa società fino al 31 gennaio 2012 e comunque fino all'avvenuta aggiudicazione del servizio in oggetto.

La citata società, che aveva presentato la propria offerta, ha tuttavia impugnato presso detto T.A.R. la procedura indetta, ritenendola in contrasto con la normativa disciplinante l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, oltre che indeterminata ed antieconomica.

Il Comune, con d.d. n. 37/I del 6 marzo 2012, ha aggiudicato definitivamente alla citata società la procedura negoziata e, con d.d. n. 27 del 6 marzo 2012, ha prorogato la gestione alla società stessa nelle more delle verifiche di legge e sino alla stipulazione del contratto.

La società ha impugnato detta d.d. n. 37/I del 2012 con motivi aggiunti, sostanzialmente reiterando le già proposte censure.

2.- Il T.A.R. con la sentenza in epigrafe indicata ha dichiarato improcedibile il ricorso

nella parte relativa all'impugnazione del termine minimo per la presentazione delle offerte e lo ha dichiarato inammissibile nella restante parte, perché sostanzialmente volto a rimettere in discussione il rapporto contrattuale irretrattabilmente definito con gli atti impugnati.

3.- Con il ricorso in appello in esame la società interessata ha chiesto l'annullamento di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

a) Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006 e dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, ragionevolezza, proporzionalità ed efficacia. Violazione e falsa applicazione dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138 convertito in legge 14 settembre 2011 n. 148.

Premessa la condivisibilità del capo di sentenza nella parte in cui è stato dichiarato improcedibile il primo motivo del ricorso introduttivo relativo all'insufficienza del termine di presentazione delle offerte (a seguito dell'adozione di decreto cautelare di sospensione di detto termine), è stata censurata la reiezione da parte del primo giudice del secondo motivo di gravame, nonché delle ulteriori censure, per indivisibilità dell'assunto che la partecipazione senza alcuna condizione della ricorrente alla gara e l'aggiudicazione di questa alla stessa avrebbe determinato l'inammissibilità delle censure volte a rimettere in discussione il rapporto contrattuale definito con gli atti impugnati; ciò in quanto la ricorrente avrebbe coltivato l'interesse a partecipare ad una rinnovata procedura negoziata priva delle condizioni antieconomiche proprie di quella impugnata che avrebbero inciso sulla sua possibilità di presentare una domanda congrua e ragionevole.

Con la seconda parte del motivo è stato dedotto che il Comune avrebbe dovuto applicare, in luogo dell'art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006, l'allora vigente art. 4 del

d.l. n. 138 del 2011, convertito in l. n. 148 del 2011, il cui comma 30 prevedeva la prevalenza sulle relative discipline di settore con esso incompatibili, verificando la realizzabilità o meno di una gestione concorrenziale e dandone idonea pubblicità.

Inoltre la disciplina di settore effettivamente applicabile alla fattispecie sarebbe stata incompatibile con la procedura negoziata posta in essere, in quanto l'affidamento avrebbe dovuto essere disposto attraverso procedure competitive ad evidenza pubblica, e comunque non sarebbero sussistiti i presupposti di urgenza giustificanti il ricorso alla procedura negoziata in assenza degli ampi presupposti istruttori richiesti dalla norma per escludere il ricorso al libero mercato ed essendo possibile prorogare i contratti con i concessionari in corso ex art. 10, comma 13 nonies, del d. l. n. 201 del 2011.

La motivazione dedotta dalla difesa comunale, che il ricorso all'art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006 sarebbe stato reso necessario dalla ritenuta inapplicabilità dell'art. 4 della l. n. 148 del 2011, sarebbe non solo inammissibile perché postuma ed esterna al provvedimento impugnato, ma anche infondata, in primo luogo perché la norma avrebbe contenuto già in se i criteri essenziali da seguire per l'analisi del mercato e il Comune avrebbe potuto svolgere comunque un'autonoma attività istruttoria; in secondo luogo perché l'assenza dei criteri e della delibera di cui al comma 2 di detto articolo non avrebbe generato la necessità di realizzare una procedura negoziata contraria alla ratio della norma, ma avrebbe rappresentato il presupposto per l'applicazione di quanto espressamente statuito dal comma 32 ter del citato articolo (che prevede che nelle more del passaggio tra la precedente e la nuova disciplina le gestioni in corso dovevano garantire continuità nell'erogazione del servizio anche oltre le scadenze, fino al subentro del nuovo gestore alle condizioni di cui ai rispettivi contratti di servizio). Ciò dimostrerebbe anche l'attualità dell'interesse a ricorrere della deducente, nonostante l'aggiudicazione della gara, al fine di ottenere,

mediante l'annullamento della stessa, la riviviscenza delle precedenti migliori condizioni contrattuali fino al subentro del nuovo gestore mediante proroga del contratto (come consentito dall'art. 10, comma 13 nonies, del d.l. n. 201 del 2011, convertito in l. n. 214 del 2011).

b) Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006 e dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, ragionevolezza, proporzionalità ed efficacia. Violazione e falsa applicazione dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011 n. 148. Violazione e falsa applicazione dei principi generali relativi ai contratti pubblici.

Il primo giudice, affermando il difetto di interesse della parte ricorrente, avrebbe ommesso di pronunciarsi su terzo motivo di ricorso, con il quale era stata lamentata la palese indeterminatezza della base d'asta e dell'oggetto della concessione, nonché l'antieconomicità della gara.

Il motivo è stato quindi riproposto, in via gradata e subordinata, in ragione dell'interesse a partecipare comunque ad una procedura negoziata che non ponesse condizioni capestro tali da renderla antieconomica, previa acquisizione della legittimazione al ricorso, al fine di ottenere l'annullamento delle clausole lesive che sarebbe stata costretta a rispettare presentando una offerta a condizioni svantaggiose, nonché di conseguire una più idonea riformulazione della base d'asta e una più rigorosa precisazione dell'oggetto e dei costi di concessione.

Anche a prescindere dall'indeterminatezza della base d'asta e se si prendesse a riferimento l'importo indicato di € 192.000,00 stimato su base annua, questo sarebbe stato del tutto incongruo anche solo in relazione al costo del personale necessario per lo svolgimento del servizio e richiesto dall'art. 2 del capitolato (che

prevedeva il mantenimento della stessa quantità di personale attualmente in servizio), ammontante ad € 200.698,04; peraltro il risultato non sarebbe molto diverso anche tenendo conto del parametro indicato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, sulla base dei valori previsti dalla contrattazione collettiva, in quanto così facendo il costo complessivo annuo sarebbe ammontato ad € 186.889,34 (senza tenere conto degli aumenti del costo del lavoro previsti dall'intervenuto contratto del 2011).

Considerato che l'affidatario deve sopportare, oltre a detti costi, anche tutti gli altri costi del servizio, sarebbe illogica la relativa previsione del capitolato, tenuto anche conto che l'importo indicato a base d'asta sarebbe stato lo stesso di quello previsto in un'altra gara per sole attività di supporto a quelle principali.

La veridicità delle anzidette censure sarebbe dimostrata anche dal tenore dei bandi pubblicati nel 2011 presso altre amministrazioni comunali per servizi analoghi, da cui si evincerebbe che le basi d'asta previste si aggirerebbero intorno ad un aggio percentuale in favore del gestore non inferiore all'80%.

L'incongruità sopra delineata sarebbe quindi in contrasto con il disposto sia dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, sia dell'art. 89 del d. lgs. n. 163 del 2006 e sia dell'art. 30 di detto d. lgs. (e con i principi di economicità, di non discriminazione, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità ivi indicati).

La scarsa chiarezza ed indeterminatezza della base d'asta sarebbe dimostrata anche dal compenso utilizzato quale base d'asta fissato su base annua, mentre l'offerta doveva essere parametrata ad un periodo di sette mesi, in violazione dell'art. 29, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011.

Vi sarebbero poi elementi nella lettera di invito e nel capitolato talmente confusi e contraddittori da dimostrare che l'oggetto stesso della concessione sarebbe stato indeterminato, con impossibilità di presentazione di un'offerta realmente consapevole e determinata. Ad esempio alle lettere d) ed e) dell'art. 2 del capitolato sarebbe ripetuta due volte l'indicazione del parcometro in via Roma IV n. 69, come se fossero due i parcometri, mentre era uno solo; inoltre in detto articolo dapprima sarebbero escluse spese di investimenti su beni strumentali a carico del concessionario e poi sarebbe previsto che questo avrebbe dovuto garantire la funzionalità del servizio con risorse umane e strumentali. Ulteriori contraddittorietà sarebbero rappresentate dalla previsione dell'obbligo di mantenere i parcometri oggetto di noleggio senza indicazione delle necessarie specifiche tecniche, ed essi sarebbero indicati nel numero di 13, mentre in realtà sarebbero 15.

Sarebbe infine illegittima la previsione di cui all'art. 12 del capitolato (che imponeva, a pena di esclusione, la produzione di una cauzione provvisoria, ex art. 75 del d. lgs. n. 163 del 2006, pari al 2% dell'importo complessivamente previsto a base d'asta ed una cauzione definitiva, ai sensi del successivo art. 11, del 10%) avendo l'art. 30, comma 1, del d. lgs. stesso, limitato la fase di scelta del concessionario al rispetto di principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità, non rinvenibile in detto art. 75.

4.- Con memoria depositata il 6 novembre 2015 si è costituito in giudizio il Comune di Ventimiglia, che ha eccepito l'irricevibilità e l'inammissibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto l'infondatezza, concludendo per la reiezione.

4.- Con memoria depositata il 27 novembre 2015 l'Amministrazione resistente ha eccepito l'improcedibilità dell'appello, stante la sostanziale acquiescenza della ricorrente all'operato del Comune, e ne ha eccepito l'inammissibilità, stante

l'avvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale (con sentenza n. 199 del 2012 della Corte Costituzionale) dell'art. 4 del d.l. 138 del 2011, convertito in l. n. 148 del 2011, nonché stante la strumentalità dell'effettuata impugnazione all'ottenimento di una proroga del contratto scaduto; inoltre ha dedotto l'infondatezza del gravame, concludendo per la reiezione.

5.- Alla pubblica udienza del 15 dicembre 2015 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

6.- Il collegio, stante l'infondatezza dell'appello, ritiene innanzi tutto di poter esimersi dalla disamina della fondatezza delle eccezioni di improcedibilità ed inammissibilità del ricorso formulate dalla difesa del resistente Comune di Ventimiglia.

7.- Con il primo motivo d'appello è stata in primo luogo censurata l'impugnata sentenza nella parte in cui ha dichiarato inammissibile il secondo motivo di gravame (con cui era stato dedotto che, vertendosi in materia di servizi pubblici locali soggetti alla l. n. 148 del 2011, l'affidamento della gestione del servizio parcheggi era sottratto all'applicazione dell'art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006), nonché le ulteriori censure (con cui era stato lamentato che la procedura non garantiva l'utile di gestione) nell'assunto che la partecipazione senza alcuna condizione della ricorrente alla gara e l'aggiudicazione di questa alla stessa, avrebbe determinato l'inammissibilità di tali impugnazioni, volte a rimettere in discussione il rapporto contrattuale definito con gli atti impugnati.

Non avrebbe infatti considerato il T.A.R. che, come evidenziato nel ricorso introduttivo, la ricorrente aveva sostenuto con il secondo motivo l'illegittimità della

gara a causa dell'erronea applicazione di una disciplina estranea a quella effettivamente applicabile e della indeterminatezza ed incongruità della base di gara, che non avrebbe garantito l'utile di gestione all'affidataria, al fine di ottenerne l'annullamento e di ottenere la conservazione delle condizioni contrattuali in corso; inoltre non avrebbe tenuto conto della circostanza che con il terzo motivo, in via gradata, era stato fatto valere all'interesse ad aggiudicarsi una gara che non fosse antieconomica.

Invero la partecipazione alla gara non avrebbe comportato acquiescenza, perché, in caso di mancata partecipazione, il ricorso non volto a contestare i requisiti di ammissione sarebbe divenuto inammissibile per carenza di interesse e comunque, secondo quanto stabilito dagli artt. 4 e 6 della lettera di invito, la presentazione di riserve avrebbe comportato l'esclusione dalla procedura. Inoltre la ricorrente avrebbe posto in essere comportamenti espliciti e formali escludenti qualsiasi acquiescenza, avendo contestato con nota dell'11 gennaio 2012 la sussistenza dei vizi della procedura poi fatti valere con il ricorso giurisdizionale, nonché avendo formulato, dopo la partecipazione, esplicite riserve (come da verbale della commissione di gara del 31 gennaio 2012), chiedendo la sospensione della procedura in attesa dell'esame della richiesta giurisdizionale di sospensiva, ed avendo invitato l'Amministrazione in data 29 febbraio 2012 a soprassedere alla conclusione del procedimento.

In sostanza la ricorrente avrebbe coltivato l'interesse a partecipare ad una rinnovata procedura negoziata priva delle condizioni antieconomiche proprie di quella impugnata, che avevano inciso sulla sua possibilità di presentare una domanda congrua e ragionevole.

7.1.- Osserva la Sezione che, secondo il primo giudice, la ricorrente ha partecipato

senza alcuna condizione alla gara, ne è rimasta aggiudicataria e, nel periodo intercorrente tra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva ha riformulato una proposta di miglioria economica in corrispettivo della proroga del servizio fino al 31 dicembre 2012; solo a seguito del diniego comunale ha proposto motivi aggiunti lamentando che la procedura non avrebbe garantito l'utile di gestione, così dimostrando che aveva coltivato l'interesse sostanziale non alla legittimità della procedura, ma alla revisione del contenuto delle offerte, con l'intento di rimettere in discussione il rapporto contrattuale irrimediabilmente definito con gli atti impugnati.

7.2.- Va preliminarmente rilevato in proposito che, di norma, nelle gare pubbliche l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura di gara che siano, in ipotesi, illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza alle clausole del procedimento, che per un verso si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e, 113 comma 1, Cost., e, per altro verso, condurrebbe all'inaccettabile conclusione che, per poter partecipare alla gara, l'operatore economico dovrebbe necessariamente prestare acquiescenza a tutte le clausole, con conseguente esclusione della relativa possibilità di tutela giurisdizionale.

Peraltro, in via di principio, l'intenzione di prestare acquiescenza ad un atto amministrativo deve risultare in modo chiaro ed irrefutabile dal compimento di atti ovvero da comportamenti assolutamente inconciliabili con una volontà del tutto diversa.

Va rilevato inoltre che sussiste l'onere d'immediata impugnazione del bando di gara pubblica in caso di contestazione di clausole che siano ex se ostative all'ammissione

dell'interessato o impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, ovvero rendono ingiustificatamente più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara.

7.3.- Nel caso che occupa la attuale appellante, dopo aver presentato istanza, ex art. 61 del c.p.a., al T.A.R. Liguria, notificata il 12 gennaio 2012, di adozione di misure cautelari interinali e provvisorie nei riguardi della d.d. n. 108 del 20 dicembre 2011 (di indizione della procedura negoziata senza bando fino al 31 luglio 2012 per la gestione del servizio parcheggi pubblici a pagamento), nella parte in cui era prevista la data del 12 gennaio 2012 di scadenza dei termini di presentazione dell'offerta, ha ottenuto la proroga del termine in esecuzione di decreto cautelare n. 3 del 2012. Successivamente ha notificato in data 26 gennaio 2012 ricorso per l'annullamento di detta d.d. e del relativo capitolato speciale d'appalto, contestando, con il secondo motivo di ricorso, l'inapplicabilità dell'art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006 alla procedura di affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, invece di una procedura competitiva ad evidenza pubblica, nonché, con il terzo motivo di gravame, la previsione di un importo a base di gara del tutto incongruo ed antieconomico in relazione alle caratteristiche del servizio da svolgere, ai costi che l'impresa doveva sostenere ed alla durata della concessione, nonché la scarsa chiarezza e quindi l'indeterminatezza della base d'asta che comportava indeterminatezza dell'offerta.

Successivamente, con lettera inviata al Comune il 28 febbraio 2012, la società ha contestato al Comune la antieconomicità delle condizioni previste nella procedura negoziata ed ha proposto migliorie economiche in corrispettivo di una proroga del servizio.

Dopo l'aggiudicazione della gara disposta con d.d. n. 37/I Rip. del 6 marzo 2012, comunicata con nota in pari data, la società ha riproposto con motivi aggiunti le contestazioni circa l'inapplicabilità dell'art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006, nonché circa l'antieconomicità e la scarsa chiarezza dell'offerta e dell'importo a base di gara, che non avrebbero garantito la realizzazione del servizio e avrebbero prodotto incertezze sulla formulazione dell'offerta.

In data 31 luglio 2012 è stato stipulato il relativo contratto, con la clausola che il Comune aveva ancora "interesse alla stipulazione del contratto di cui all'oggetto derivante dalla precedente procedura negoziata, e che oggi si deve intendere dal 01.08.2012 fino al 28.02.2013 compreso, fatta salva la facoltà di cui al successivo articolo 2", con apposizione da parte della legale rappresentante della società della riserva che la firma non valeva quale rinuncia al contenzioso relativo alla legittimità della d.d. n. 108 del 2011 e degli atti connessi.

7.4.- Posto che, per le considerazioni in precedenza espresse, non può ritenersi che la attuale appellante, partecipando alla gara di cui trattasi, abbia fatto acquiescenza alle prescrizioni contenute nella lex specialis, la Sezione deve verificare se la società, già concessionaria del servizio di cui trattasi, abbia coltivato con il giudizio in esame l'interesse sostanziale non alla legittimità della procedura, ma alla revisione del contenuto delle offerte, con l'intento di rimettere in discussione il rapporto contrattuale, come sostenuto nell'impugnata sentenza, ovvero se potesse, nonostante la partecipazione senza riserve alla procedura di gara, far ammissibilmente valere l'erronea applicazione di una disciplina estranea a quella effettivamente applicabile e l'indeterminatezza e l'incongruità della base di gara, che assuntamente non garantiva l'utile di gestione all'affidataria, al fine di ottenerne l'annullamento e la conservazione delle condizioni contrattuali in corso, o, in via gradata al fine di aggiudicarsi una gara che non fosse antieconomica.

E' pacifico in giurisprudenza il principio che la par condicio dei partecipanti ad una gara pubblica non consente ad essi di modificare la propria offerta.

Pure deve ritenersi che l'interesse strumentale all'annullamento di una gara ed ad ottenerne la rinnovazione da parte del precedente concessionario di un servizio che abbia ad essa partecipato e ne sia divenuto aggiudicatario, sia pure impugnandone tempestivamente il bando, non rivesta con certezza il carattere della concretezza ed attualità, non essendo scontato l'affidamento alla stessa del servizio in regime di prorogatio.

Appare quindi condivisibile la tesi del primo giudice che il ricorso introduttivo del giudizio fosse sostanzialmente volto ad ottenere la rimodulazione dell'offerta, dal momento che la società di cui trattasi ha proposto il ricorso giurisdizionale al dichiarato fine di ottenere l'annullamento della gara, cui ha comunque partecipato, o il riconoscimento della antieconomicità delle condizioni previste dal bando, ma senza considerare: a) che l'eventuale accoglimento del ricorso giurisdizionale non avrebbe potuto automaticamente e sicuramente comportare la prorogatio del servizio di cui era concessionaria; b) che comunque non sarebbe stato possibile mutare l'offerta presentata e aggiudicarsi la gara a condizioni non antieconomiche, ma solo ottenere l'annullamento della gara (di cui tuttavia era nelle more divenuta aggiudicataria); c) che non era attuale e concreto l'interesse a partecipare ad una rinnovata procedura negoziata priva delle condizioni antieconomiche proprie di quella impugnata, stante la limitata durata sino al 31 luglio 2012 della procedura in corso e stante la stipula del contratto proprio nel giorno di scadenza previsto, con acquiescenza ed accettazione da parte della società della clausola che la durata di sette mesi originariamente prevista non decorresse dalla data di aggiudicazione, come previsto dal bando, ma proprio da detta data di scadenza.

Il petitum effettivo e concreto del gravame e dei motivi aggiunti presentati in primo grado, non sussistendo alcuna sicura possibilità di ottenere a seguito dell'annullamento della gara la proroga del servizio di cui era concessionaria l'attuale appellante né il rinnovo a condizioni più favorevoli della gara già aggiudicata alla appellante e con contratto stipulato il giorno di scadenza del servizio (con acquiescenza alla clausola contrattuale che ne prolungava la durata per ulteriori sette mesi), era quindi solo quello, non ammissibile, di ottenere il mutamento delle condizioni dell'offerta presentata.

Deve quindi il collegio confermare il sostanziale giudizio di non ammissibilità del ricorso pronunciato dal primo giudice.

Tanto comporta l'assorbimento delle censure di primo grado riproposte in appello.

8.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

9.- Nella parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a. e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello in esame.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2015 con
l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/06/2016

IL SEGRETARIO

N. 02426/2016REG.PROV.COLL.

N. 00533/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 533 del 2014, proposto da Rugby Roma Club s.r.l. Sportiva Dilettantistica in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, Via Emilia, 88;

contro

A.S.D. Nuova Rugby Roma in persona del legale rappresentante in proprio e quale mandante di RTI con Profit N.G. s.r.l. (mandataria), Società Pol. Dil. a r.l., A.S.D. *All Volley* (mandanti) rappresentata e difesa dall'avvocato Nino Paolantonio, con domicilio presso lo studio del medesimo in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

nei confronti di

Roma Capitale, in persona del sindaco in carica, rappresentata e difesa dall'Avv. Enrico Maggiore, domiciliatario in Roma, Via del Tempio di Giove, 21;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II n. 11129/2013, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei lavori per il ripristino funzionale, ampliamento e gestione dell'impianto sportivo denominato Tre Fontane Esedra Destra;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2016 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Vinti, e Rocchi per delega di Maggiore; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la determinazione dirigenziale di approvazione degli atti di gara n. 159/2013, Roma Capitale aggiudicava il 13 maggio 2013 in favore della Rugby Roma Club s.r.l. la gara *“per il ripristino funzionale, ampliamento e gestione dell’impianto sportivo denominato Tre Fontane Esedra Destra – area rugby di cui alla determinazione dirigenziale n. 305 del 28 giugno 2012”*.

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, la A.S.D Nuova Rugby Roma impugnava tale aggiudicazione unitamente ai verbali di gara e gli atti presupposti, dolendosi preliminarmente della mancata esclusione dell’aggiudicataria Rugby Roma Club s.r.l. per aver reso la dichiarazione prevista a pena di esclusione in ordine al possesso della capacità di contrarre con la p.a. per il solo presidente del consiglio d’amministrazione e non per gli altri due componenti lo stesso consiglio, anch’essi legali rappresentanti.

Inoltre la ricorrente A.S.D Nuova Rugby Roma lamentava che i criteri di aggiudicazione previsti dal bando non soddisfacessero l’esigenza di specificità cui si riferisce l’art. 83 del *Codice dei contratti pubblici*, in quanto generici e con la seguente attività valutativa svincolata da specifici parametri o sottocriteri e perciò arbitraria; il vizio era aggravato dalla mancata graduazione dei punteggi da attribuire ad ognuno dei cinque criteri previsti dalla *lex specialis*, essendo previsto per ciascuno di essi solo il punteggio massimo.

Tra l’altro sarebbe stato illegittimo il punteggio attribuito alla Rugby Roma Club s.r.l. per il criterio *“precedente esperienza”* - 14 punti su un massimo di 20 – che non permetteva di comprendere quali fossero gli elementi presi in considerazione per attribuire detto punteggio e soprattutto come e perché era stata valutata *“dettagliata”* l’esperienza nell’organizzazione delle varie discipline sportive e *“poco*

esaustiva” quella in merito alla gestione di impianti sportivi.

Ancora, l’Amministrazione avrebbe operato una commistione tra requisiti soggettivi e criteri di valutazione dell’offerta tecnica, visto che la “precedente esperienza” è elemento che rientra tipicamente nei requisiti soggettivi.

L’ultima censura concerneva la partecipazione alla commissione di gara di tre componenti esterni all’amministrazione, senza motivazione sulle ragioni della nomina e sulla carenza in organico di funzionari in possesso di professionalità adeguate in relazione all’oggetto della gara.

Con atto di motivi aggiunti, seguito all’accesso consentito dall’Amministrazione anche alla offerta tecnica dell’aggiudicataria, la ricorrente si doleva dell’illogicità del punteggio attribuito alla Rugby Roma Club s.r.l. per la voce “precedente esperienza” già investito dal difetto di motivazione in sede di ricorso principale, poiché Rugby Roma Club s.r.l. era stata costituita nel 2011 ed era rimasta “inattiva”, senza avere a che fare con la storia e l’esperienza della ricorrente. Venivano poi contestati i punteggi attribuiti al criterio di valutazione “programma di gestione operativa ... accompagnato da un esauriente piano economico – finanziario...” ed al criterio di valutazione “qualità del progetto per gli interventi aggiuntivi eventualmente proposti dal concorrente di propria iniziativa”, il primo perché l’offerta tecnica della controinteressata sarebbe stata priva degli elementi richiesti dal bando, il secondo perché identico, ma non preminente rispetto al progetto della ricorrente.

Si costituivano in giudizio l’amministrazione comunale, eccependo il difetto di legittimazione attiva della ricorrente e affermando l’infondatezza del ricorso, e la controinteressata aggiudicataria Rugby Roma Club s.r.l. Sportiva Dilettantistica, la quale proponeva ricorso incidentale con cui lamentava l’omessa esclusione della ricorrente principale per non aver prodotto l’impegno al successivo rilascio della cauzione definitiva, in violazione quindi dell’art. 75, comma 8, del *Codice dei contratti pubblici* e l’illegittimità della dichiarazione di questa, quanto a capacità a contrarre con la p.a., del solo presidente e non anche del suo vice presidente,

munito anch'egli di legale rappresentanza.

Con la sentenza 23 dicembre 2013, n. 11129, il Tribunale amministrativo del Lazio svolgeva dapprima alcune considerazioni sulla procedura in controversia ed evidenziava che investiva tanto un affidamento in concessione di un impianto sportivo, quanto il suo "ripristino funzionale ampliamento e gestione" e dunque si veniva a trattare anche "interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria e ripristino funzionale" (fase 1) e quindi di "ristrutturazione ed ampliamento dell'impianto" (fase 2) (v. allegato C dell'avviso pubblico) per un importo presunto totale dei lavori pari ad euro 2.112.704,00, in rispetto al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Dunque non si trattava di una *concessione di servizi* pura e semplice, per la quale comunque vanno applicati i principi derivanti dal Trattato dell'Unione europea e le disposizioni del d.lgs. 12 aprile **2006**, n. **163**, ai sensi dell'art. 30, comma 3, ma anche i principi dell'evidenza pubblica di una procedura competitiva e concorrenziale validi anche per gli affidamenti sotto soglia.

La sentenza nel merito respingeva dapprima il ricorso incidentale: era infondata in fatto la censura concernente l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva, poiché tale impegno era contenuto nella copia della polizza prodotta in giudizio e ciò a prescindere dall'assenza nella legge di gara dei modi e dei tempi della produzione di tale impegno, assenza che permetteva tra l'altro anche il cd. soccorso istruttorio.

Quanto alla dichiarazione del solo presidente e non anche del vice presidente, per la sentenza andava rilevato che per visura camerale, l'unico legale rappresentante della ricorrente era il suo presidente.

La sentenza sgombrava poi il campo dall'eccezione di inammissibilità sollevata dalla resistente amministrazione comunale per difetto di legittimazione a ricorrere della ricorrente, per essere essa ricorrente solo una mandante della costituenda ATI Profit N.G. che aveva concorso.

La legittimazione ad agire in giudizio della singola impresa in associazione – sia essa

mandante o mandataria e sia che il raggruppamento sia stato già costituito al momento dell'offerta o debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione – era riconosciuta dal consolidato e pressoché univoco indirizzo della giurisprudenza amministrativa. Se il raggruppamento temporaneo di imprese non istituzionalizza un soggetto diverso dalle singole imprese che aggregano le proprie potenzialità economiche, la singola impresa è titolare in corso di gara di una posizione di interesse legittimo al regolare svolgimento della procedura, che può tutelare anche in caso di inerzia delle altre imprese associate a proporre congiunta impugnativa. La sentenza riteneva poi fondati il ricorso e l'atto recante motivi aggiunti nei sensi sottoindicati.

Preliminarmente veniva rilevata la fondatezza del motivo di ricorso proposto con l'atto di motivi aggiunti, che contestava il punteggio dato alla controinteressata per il criterio di valutazione della “precedente esperienza”: era incontestabile che questa fosse stata costituita solo nel 2011 e che risultasse “inattiva” da visura camerale. Non vi era quindi luogo neanche ad una comparazione con la vasta e significativa esperienza rugbistica della Rugby Roma Olympic in assenza di qualsivoglia continuità tra le due società in questione: pur essendo presenti nell'organigramma della aggiudicataria Rugby Roma Club s.r.l. soggetti che in passato avevano ricoperto ruoli nella Rugby Roma Olympic, si trattava in ogni caso di soggetti distinti senza continuità tra essi e senza comunanza titoli presso il CONI. In definitiva, l'aggiudicataria non ha mai gestito un impianto sportivo e non ha una comprovata esperienza nell'organizzazione della disciplina rugbistica ed era quindi patente l'erroneità del punteggio attribuitole per il criterio di valutazione “precedente esperienza”. L'accoglimento della censura dava alla ricorrente il risultato maggiormente soddisfacente, potendone conseguire l'aggiudicazione della gara, tenuto conto che la differenza tra i concorrenti è stata solo di 5 punti e consentiva l'assorbimento delle altre censure, tra l'altro prospettate solo in via subordinata.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 14 gennaio 2014, la Rugby Roma Club s.r.l. impugnava la sentenza, ribadendo le censure proposte con il ricorso incidentale di primo grado, censurando gli assunti del primo giudice e contestando tanto le censure dell'appellata, quanto le conclusioni del giudice. In primo luogo sosteneva la rappresentanza legale del solo proprio presidente; in secondo luogo si doleva dell'estensione delle norme del d.lgs. 16 aprile **2006**, n. **163** alla gara in questione e anche in merito alla composizione della commissione, visto che l'oggetto principale era una *concessione* e che questa doveva essere governata da norme regolamentari comunali; più in particolare si doleva della parte della sentenza da cui era derivato l'accoglimento del ricorso, sulla base di un presupposto asseritamente erroneo che applicato in linea generale veniva a escludere tutte le aggregazioni di costituzione recente recentissima, oltre a invocare la discrezionalità tecnica dell'amministrazione e la non adattabilità del progetto dell'A.S.D. Nuova Rugby Roma al complesso dell'impianto.

L'appellante concludeva per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese.

Si costituivano in giudizio l'A.S.D. Nuova Rugby Roma e Roma Capitale, sostenendo la prima l'infondatezza dell'appello e chiedendo invece la seconda la conferma della legittimità delle proprie scelte.

All'odierna udienza del 12 maggio 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio non intravede ragioni per discostarsi dalle osservazioni e dalle conclusioni tratte dal giudice di primo grado.

In linea astratta trovano corrispondenza le censure di Rugby Roma Club s.r.l. in merito alla questione che la gara era sottratta alla dettagliata disciplina di cui al *Titolo I* della *Parte II* del d.lgs. 12 aprile **2006**, n. **163**, mentre andava applicata la disciplina del *Titolo III, Capo II*, sulle concessioni di lavori pubblici, laddove il procedimento investe tanto la realizzazione di lavori, quanto la gestione dell'impianto sportivo.

Ne consegue che vanno applicati gli artt. 142 e seguenti: e la procedura era governata dai principi in materia di pubbliche gare. In particolare era da rispettare l'art. 30, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, laddove stabilisce: *«La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi disponibili al trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi»*.

Tale previsione, oltre quanto prima richiamato circa gli artt. 142 e seguenti, è posta a garantire il rispetto dei nominati principi di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità e soprattutto parità di trattamento, i quali impongono all'amministrazione procedente scelte procedurali rispondente a regole di aperta e piana logica concorrenziale e ad inverare in concreto il criterio di imparzialità e buon andamento dei pubblici uffici: anche senza giungere all'applicazione dettagliata delle regole di cui al *Titolo I della Parte II d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163*. Infatti la normativa di principio di derivazione comunitaria va applicata non solo agli appalti di lavori, servizi e forniture, perché ha una valenza quasi generalizzata nel settore dei contratti pubblici; perciò l'art. 30 risponde a una progressiva assimilazione delle concessioni agli appalti al fine, di matrice europea, di vincolare i soggetti aggiudicatori a rispettare anche nelle procedure di affidamento delle prime i principi dell'evidenza pubblica comunitaria, tra cui i canoni di trasparenza invalsi nelle seconde attraverso una procedura tipica di gara, dove si impone l'esigenza che il confronto competitivo sia effettivo e leale, pena altrimenti la vanificazione delle finalità stesse del procedimento selettivo di stampo concorsuale (cfr. ad es. Cons. Stato, C. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13.; V, 2 ottobre 2014, n. 4913; VI, 18 luglio 2014, n. 3864; 11 marzo 2015, n. 1250; 4 giugno 2015, n. 2755).

Assume rilievo fondamentale ai fini della risoluzione della presente controversia la fondatezza del motivo aggiunto, con cui la ricorrente di primo grado A.S.D. Nuova Rugby Roma contestava il punteggio attribuito alla Rugby Roma Club s.r.l. per il criterio di valutazione della “precedente esperienza”.

Non è contestato che l'appellante Rugby Roma Club s.r.l. sia stata costituita nel 2011 e che da misura camerale risulti “inattiva”, senza avere a che fare con l'antica esperienza rugbistica della Rugby Roma Olympic, creata nel 1930 e di recente ritiratasi delle competizioni sportive per difficoltà. Nemmeno può ammettersi una qualche continuità societaria tra le due, pur omonime, società in questione. Anche se figurano presenti nell'organigramma della Rugby Roma Club s.r.l. soggetti che in passato avevano ricoperto ruoli nella storica Rugby Roma Olympic, si trattava comunque di figure organizzative distinte senza continuità organica e senza comunanza di titoli presso il CONI. Né poteva aver valore la detenzione dei titoli e dei trofei *dicampione d'Italia* vinti dalla Rugby Roma Olympic nei decenni passati, comunque tra i 70 e i 50 anni or sono.

In base dunque a questi elementi e al principio generale dell'apparenza giuridica, il cui rispetto è essenziale ai fini dell'affidamento nelle relazioni intersoggettive, risulta che l'appellante Rugby Roma Club s.r.l. è una nuova società sportiva che solo reca alcune tracce riflesse di continuità rispetto alla storica Rugby Roma Olympic, comunque ininfluenti per quanto concerne il rapporto amministrativo di cui qui si verte, e in relazione al quale ciò che rileva è che la nuova società sportiva mai ha gestito un impianto sportivo ed è quindi priva di una comprovata esperienza nell'organizzazione della disciplina rugbistica. L'erroneità del punteggio attribuitole per il criterio di valutazione “precedente esperienza” resta allora insuperabile, non essendo certo sufficienti a costituirle le “trasmigrazioni” meramente personali di alcuni soci ed una rivendicazione morale di continuità : la presenza di un'esperienza siffatta postula infatti non solo alcune persone fisiche presenti nell'una e nell'altra compagine, ma un *continuum* fatto di rapporti organizzativi e logistici inerenti la

quotidiana pratica sportiva. Il che qui patentemente difetta.

Per completezza va rammentata la clausola della *lex specialis* sulla valutazione del criterio della precedente esperienza, la gestione di impianti sportivi pubblici e privati con particolare riguardo al territorio romano e dalla tipologia dell'impianto posto in gara e nell'organizzazione di discipline sportive da praticarsi dell'impianto stesso.

Alla luce di quanto esaminato, la motivazione dell'assegnazione di 14 punti all'appellante Rugby Roma Club s.r.l. in luogo di 0, con la quale si assume che *"la documentazione presentata (?) indica in maniera dettagliata l'esperienza nell'organizzazione delle varie discipline sportive da praticarsi nell'impianto nonché la realizzazione di iniziative e manifestazioni sportive"*, appare estranea alla realtà dei fatti alla luce di una società costituita nel 2011 e risultante *"inattiva"* secondo la visura camerale.

Sono poi infondati i residui motivi.

Dalla misura camerale della A.S.D Nuova Rugby Roma si desume senza difficoltà che il legale rappresentante è il presidente, Roberto Barilari. Quindi l'offerta dell'appellata A.S.D. Nuova Rugby Roma non è qualificabile come incompleta, posto che l'attivazione di supplenze da parte del vicepresidente o di altri è fatto meramente eventuale che non rileva ai fini in esame.

Quanto alla censura di presentazione di una polizza fideiussoria senza l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva in caso di aggiudicazione va considerato che, a prescindere dai rilievi difensivi della A.S.D Nuova Rugby Roma sulla formazione del giudicato sulla questione ed alla loro comprensione tra le cause di esclusione di una cauzione incompleta, si deve confermare quanto osservato dal Tribunale amministrativo sulla definitiva regolarizzazione della garanzia grazie al soccorso istruttorio, il cui intervento anche ai sensi dell'art. 46 d.lgs. n. 153 del 2006 appare ben corretto.

La fondatezza della censura è comunque fatta dalle conseguenze soddisfattive per la ricorrente in primo grado, permettendole l'aggiudicazione della gara, vista la minima

differenza in graduatoria.

La parte residua della controversia può essere assorbita.

Va aggiunto, per completezza, che quanto rappresentato dall'appellante in udienza pubblica sulla pretesa infedeltà dell'appellata nella gestione dell'impianto appartiene a una fase successiva all'aggiudicazione e attiene in sostanza ad un rapporto di tipo interprivato: spetta allora al concedente curare i propri compiti circa tali asseriti inadempimenti. Si tratta comunque di questione estranea a quella ora esaminata.

Vista la peculiarità della lite e anche dei soggetti che abbiano preso parte, appare opportuna la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/06/2016

N. 00564/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00220/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 220 del 2016, proposto da:

SDS s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Nilo e Dario Dedonno, con domicilio legale presso la Segreteria del TAR Emilia Romagna in Bologna, Strada Maggiore 53;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Argnani e Arianna Cecutta, con domicilio presso l'Ufficio Legale dell'ente, via Castiglione 29;

nei confronti di

Società BT Enia Telecomunicazioni di Parma, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giancarlo Cantelli, con domicilio eletto presso Giuseppe Germano in Bologna, via L. degli Andalò 3/2;

per l'annullamento

– della determinazione del Direttore USO Servizi Acquisti Metropolitano n.459 del 15.02.2016 comunicata a mezzo pec del 16 febbraio 2016;

per quanto di interesse

– degli atti di gara e del modulo di formulazione della offerta economica, laddove non è stato previsto l'obbligo di indicare i costi di sicurezza aziendale;

nonché

– di tutti i verbali di gara, per quanto di interesse della ricorrente, e di ogni atto presupposto, conseguente e derivato ancorché non conosciuto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna e della società BT Enia Telecomunicazioni di Parma;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2016 la dott.ssa Rosalia Maria Rita Messina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame la società SDS s.r.l. ha impugnato gli atti della procedura di individuazione del contraente indetta dalla AUSL di Bologna per l'affidamento del servizio di call center. La ricorrente è stata invitata, insieme ad altre ditte, a partecipare alla gara per il cottimo fiduciario avente per oggetto detto servizio, della durata di un anno e fino al raggiungimento della spesa massima di € 200.000,00. La procedura di affidamento è regolata (si veda la lettera di invito, in atti) dall'art. 125 d. lgs. n. **163/2006**.

Il criterio di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, la ricorrente contesta la mancata esclusione dalla gara della controinteressata società BT Enia Telecomunicazioni s.p.a. di Parma, graduatasi come prima all'esito della procedura selettiva oggetto della controversia, nella quale la ricorrente si è invece graduata come seconda.

Parte ricorrente sostiene l'illegittimità della mancata esclusione della predetta società in quanto questa aveva ommesso di indicare i costi relativi alla sicurezza per i rischi aziendali.

Va precisato che nella lettera di invito e nel capitolato speciale non si faceva menzione dell'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza; nemmeno nella scheda fornita come modello per la formulazione dell'offerta se ne faceva cenno.

In giurisprudenza si registra un orientamento, sia in primo sia in secondo grado, secondo il quale nelle ipotesi di cottimo fiduciario non si applica la previsione dell'obbligo di indicare il costo relativo alla sicurezza sancito in via generale dall'art. 86, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, ove in particolare, come nel caso di specie, tale obbligo non sia stabilito dalla *lex specialis* della gara. Si veda, in proposito, la decisione della III Sezione del Consiglio di Stato n. 4810/2015, in cui, facendosi leva sulla peculiare natura del cottimo fiduciario – che non è una vera e propria gara, ma una trattativa privata, connotata da lata discrezionalità nel rispetto dei soli principi di trasparenza e imparzialità, nonché dei requisiti minimi di concorrenzialità – si esclude l'applicabilità delle rigide regole dettate per gli appalti soprasoglia; pertanto, nonostante lo scopo altamente sociale che la norma si propone, è fortemente discutibile che possa trovare rigida applicazione l'obbligo discendente dall'art. 87, comma quarto, del codice dei contratti pubblici, invocato dall'appellante, che concerne la dichiarazione specifica degli oneri sostenuti per la sicurezza aziendale, quantomeno nel senso di imporre una tale dichiarazione a pena di esclusione. Ovviamente, la lettera di invito può invece prevedere l'indicazione degli oneri di sicurezza e, in tal caso, la mancata specificazione degli stessi comporta l'esclusione dalla gara.

Questa Sezione è giunta a conclusioni simili seguendo un altro percorso argomentativo. In una recentissima decisione (n. 418/2016), resa su analoga controversia (alla quale si rimanda per ulteriore ragguaglio di precedenti giurisprudenziali), si è stabilita – sulla falsariga di una pronuncia della VI Sezione del Consiglio di Stato (n. 1798/2015) – e in relazione agli appalti di forniture e di servizi intellettuali (nel cui ambito il rischio cosiddetto specifico o aziendale ha minore possibilità di incidenza), l'insussistenza dell'obbligo delle imprese partecipanti di

indicare già in sede di offerta – a pena di esclusione – i predetti oneri per la sicurezza. Tali elementi devono essere in simili ipotesi specificati e verificati ai soli fini del giudizio di anomalia; e ciò in quanto la *ratio* della disposizione contenuta nell'articolo 87, comma quarto, secondo periodo, del codice dei contratti pubblici, appare individuabile, in relazione agli appalti di servizi e forniture, con riguardo alla particolare tipologia delle prestazioni richieste per questi appalti rispetto a quelli per lavori e alla rilevanza di ciò nella fase della valutazione dell'anomalia (cui la norma è espressamente riferita).

Anche nel caso dal quale è scaturito il presente giudizio il servizio oggetto della procedura selettiva è un servizio di natura intellettuale per il suo intrinseco contenuto (attività di call center), che del resto come tale è stato qualificato dalla stazione appaltante nella lettera di invito, in cui si specifica (pag. 3, ultimo periodo della parte dedicata all'offerta economica) che il committente, valutate le attività oggetto dell'appalto, non elabora il DUVRI in quanto non richiesto per servizi di natura intellettuale.

In assenza dunque di clausole nella disciplina della gara che imponessero, per di più a pena di esclusione, l'indicazione dei costi per la sicurezza, e in presenza, al contrario, di clausole che escludevano tale obbligo, il ricorso va respinto.

Le spese si liquidano in dispositivo secondo il principio di soccombenza.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) respinge il ricorso in epigrafe.

Pone le spese di lite a carico della parte ricorrente, liquidandole, in favore delle parti resistenti, in € 8.000,00 (ottomila/00), in ragione di € 4.000,00 (quattromila/00) per ciascuna di esse, oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Rosalia Maria Rita Messina, Consigliere, Estensore

Laura Marzano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/06/2016

IL SEGRETARIO

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