**SENTENZE PER ESTESO**

Pubblicato il 10/04/2018
**N. 02183/2018REG.PROV.COLL.**
**N. 09264/2017 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 9264 del 2017, proposto da:
Marino Rent s.r.l., Marino Car Service s.r.l., A.F. Motori di Adriano Civitella s.a.s., Officina Antinucci Francesco, Euro Soccorso 2015 s.a.s. di Delle Cave Rosetta, EuroSoccorso Stradale s.a.s. di Colella Luciano, Palermo Daniele ditta individuale, Rev. Mad. s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall’avvocato Luigi Maria D’Angiolella, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Sergio Como, in Roma, via Giovanni Antonelli 49;
***contro***
Della Corte s.r.l., Da.Ma. s.r.l., Dimi s.r.l., Fratelli Valentino di Valentino Domenico e Valentino Paolo & C. s.n.c., Servizio Citroen di Iovene Giovanni & C. s.n.c., Desy Soccorso s.r.l.s., Espofer di Esposito Vincenzo & C. s.a.s., Lombardo s.r.l.s., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, la prima in proprio e quale capogruppo mandataria e le altre in proprio e in qualità di mandanti del raggruppamento temporaneo di imprese, tutte rappresentate e difese dagli avvocati Sergio Cenni e Marco Tiberii, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Angela Fiorentino, in Roma, via Visconti 11;
***nei confronti***
Ministero dell’Interno, Agenzia del Demanio Campania, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall’Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Prefettura di Caserta – Ufficio territoriale di governo, non costituita in giudizio;
***per la riforma***
della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE IV, n. 5516/2017, resa tra le parti, concernente le ammissioni alla procedura aperta per l’affidamento del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell’articolo 214-*bis* del codice della strada per l’ambito territoriale provinciale di Caserta

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell’Interno e dell’Agenzia del Demanio – Direzione della Campania;
Visto l’appello incidentale delle società Della Corte s.r.l., Da.Ma. s.r.l., Dimi s.r.l., Fratelli Valentino di Valentino Domenico e Valentino Paolo & C. s.n.c., Servizio Citroen di Iovene Giovanni & C. s.n.c., Desy Soccorso s.r.l.s., Espofer di Esposito Vincenzo & C. s.a.s. e Lombardo s.r.l.s.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell’udienza pubblica del giorno 22 marzo 2018 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Luigi Maria D’Angiolella, Sergio Cenni, Marco Tiberi e Davide Di Giorgio per l’Avvocatura generale dello Stato;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Le società indicate in epigrafe, facenti parte dei rispettivi raggruppamenti temporanei di imprese unici partecipanti alla procedura indetta dalla Prefettura di Caserta e dall’Agenzia del Demanio - Direzione regionale Campania per l’affidamento in appalto del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'articolo 214-*bis* del codice della strada per l’ambito territoriale provinciale di Caserta (bando pubblicato il 23 febbraio 2017), impugnano per quanto di rispettivo interesse la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania – sede di Napoli in epigrafe.
2. Con tale pronuncia il giudice di primo grado ha accolto i ricorsi incrociati, principale e incidentale, proposti ai sensi dell’art. 120, comma 2-*bis*, cod. proc. amm. dai due raggruppamenti temporanei contro l’altrui ammissione alla procedura di gara oggetto del presente giudizio (disposte entrambe nella seduta di gara di cui al verbale n. 6 del 21 luglio 2017 e comunicate con nota di prot. n. 10590 del 26 luglio 2017).
3. Più in particolare il Tribunale, in accoglimento del ricorso principale del raggruppamento facente capo alla Marino Rent s.r.l., ha ritenuto illegittima l’ammissione alla gara del raggruppamento temporaneo facente capo alla Della Corte s.r.l., perché:
- innanzitutto, in violazione dell’art. 89, comma 7, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, quest’ultima aveva assunto il ruolo di ausiliaria per le due referenze bancarie richieste quali requisiti economico-finanziari necessari ai fini della partecipazione alla gara nei confronti di più di una mandante (Desy soccorso s.r.l.s., la Lepore Giovanni s.r.l.s. e la Lombardo s.r.l.s.);
- quindi, la stazione appaltante aveva illegittimamente consentito di sanare questo vizio, attraverso l’invito a presentare «*distinte referenze bancarie per ciascuna delle imprese raggruppate*» (così in sentenza).
4. Del pari il giudice di primo grado ha ritenuto fondato il ricorso incidentale del raggruppamento temporaneo facente capo alla Della Corte e quindi illegittima la partecipazione alla gara del raggruppamento con capogruppo la Marino Rent, perché:
- quest’ultima, incaricata dell’esecuzione del 40% del servizio e dunque destinata a svolgere «*un ruolo essenziale*», era priva di un’area utilizzabile come autorimessa;
- inoltre, sia la mandataria che alcune mandanti erano iscritte alla Camera di commercio per attività di impresa non comprendenti il recupero, la custodia e l’acquisto di autoveicoli.
5. Le imprese facenti parte del raggruppamento con capogruppo la Marino Rent hanno quindi proposto appello, cui resistono con appello incidentale le imprese raggruppate con mandataria la Della Corte.
6. Si sono costituite in giudizio il Ministero dell’interno e l’Agenzia del Demanio, con comparsa di forma.

**DIRITTO**

1. Entrambi gli appelli principale ed incidentale delle società facenti parte dei raggruppamenti temporanei partecipanti alla procedura di affidamento in contestazione nel presente giudizio sono fondati, cosicché la loro ammissione alla gara deve ritenersi legittima.
2. Con riguardo alla partecipazione del raggruppamento temporaneo facente capo alla Marino Rent, ed in particolare per quanto concerne la disponibilità delle aree da adibire a deposito di autoveicoli, va affermato quanto segue:
- il disciplinare di gara richiede al concorrente, quale requisito di capacità tecnico-organizzativa per l’attività di custodia dei veicoli da dichiarare ai fini della partecipazione alla gara, di «*disporre di un’area adibita a depositeria con una superficie non inferiore a 500 mq e idonea al parcheggio di almeno 50 autoveicoli*», oltre che recintata e illuminata (§ IX, punto A2, lett. b, del disciplinare di gara);
- nella parte relativa ai raggruppamenti temporanei di imprese il disciplinare di gara prevede che «*i requisiti tecnico organizzativi di cui al punto A.2 lett. a) e b) dovranno essere posseduti nel loro complesso dal RTI/consorzio ordinario e andranno attestati da ciascuno degli operatori economici che compongono il RTI/Consorzio ordinario, limitatamente alle attività di propria competenza*» (§ X, punto 9);
- che il requisito in questione sia dunque riferibile al raggruppamento temporaneo nel suo complesso convengono del resto anche le imprese odierne appellanti incidentali (cfr. a pag. 23 e 24 dell’appello incidentale);
- ciò precisato, come risulta dagli atti di causa, il raggruppamento di cui fanno parte le imprese odierne appellanti principali hanno messa a disposizione complessivamente cinque depositi: della capogruppo Marino Rent, in Teverola, e delle mandanti Euro Soccorso 2015 s.a.s. di Delle Cave Rosetta, in San Felice a Cancello, impresa Palermo Daniele, in Vairano Patenora, e della Rev.Mad. s.r.l., in Maddaloni;
- non vi è contestazione sul fatto che i siti in questione soddisfino nel loro complesso i requisiti di superficie e la capacità di parcheggio dei veicoli richiesti dal disciplinare di gara;
- l’ampio dibattito tra le parti in causa sviluppatosi al riguardo, determinato a sua volta dalle ragioni che hanno portato il giudice di primo grado a ritenere illegittima la partecipazione alla gara del raggruppamento temporaneo appellante principale, concerne invece la conformità urbanistica ed edilizia dei medesimi siti;
- ciò premesso, tale dibattito trascura un profilo fondamentale, consistente nel fatto che il presente giudizio verte sull’ammissione alla gara;
- infatti le previsioni del disciplinare sopra richiamate sono relative alle modalità di presentazione delle offerte (cfr. la rubrica del § IX), ed in particolare alla documentazione amministrativa;
- quindi, con specifico riguardo alle aree adibite a deposito dei veicoli, nell’ambito di questa documentazione i concorrenti erano richiesti di produrre una relazione di un tecnico abilitato, attestante la conformità delle stesse «*al piano regolatore corrente nonché alle leggi vigenti, alle norme urbanistiche*» e la presenza di «*vie di accesso e di esodo*»;
- la fase dell’ammissione era quindi deputata alla verifica della conformità e completezza della documentazione amministrativa rispetto a quanto richiesto dal disciplinare di gara ed in questa linea si è correttamente posta la stazione appaltante;
- per contro, ai sensi del § XII del medesimo documento la verifica in ordine al possesso effettivo del requisito di capacità tecnico-organizzativa in questione è demandata alla fase di efficacia dell’aggiudicazione (cfr. il penultimo cpv. del paragrafo ora citato);
- deve peraltro evidenziarsi che il giudice di primo grado ha errato nel ritenere inidonea l’area situa nel Comune di Castel Volturno messa a disposizione dalla mandante Marino Car Service (poi nel prosieguo attribuita alla mandataria Marino Rent);
- la statuizione si fonda sul provvedimento di archiviazione della s.c.i.a. adottato dal medesimo Comune per l’esercizio dell’attività di autorimessa, che tuttavia è stato annullato dallo stesso Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – sede di Napoli, all’esito del giudizio instaurato contro tale provvedimento dall’odierna appellante (sentenza 12 marzo 2018, n. 1536; prodotta nel presente giudizio da quest’ultima);
- nella pronuncia in questione viene statuito che l’archiviazione – fondata sul mancato accatastamento dell’area nella categoria D/8 (Fabbricati costruiti o adattati per le speciali esigenze di un’attività commerciale e non suscettibili di destinazione diversa senza radicali trasformazione), non idonea secondo l’amministrazione allo svolgimento dell’attività in questione – è illegittima;
- ciò sul rilievo che la stessa «*non è sottoposta ad alcun vincolo, è completamente scoperta e, soprattutto, al suo interno non vi sono locali chiusi o manufatti di qualsivoglia genere*» ed inoltre «*è solo recintata con muro e sovrastanti paletti e rete metallica per un’altezza non inferiore a mt. 2,50 ed è illuminata da un’altezza non inferiore a mt. 5*», per cui il motivo ostativo addotto dal Comune di Castel Volturno è insussistente;
- il medesimo Tribunale amministrativo ha anche dato atto che la Marino Car Service ha successivamente ottenuto la classificazione dell’area nella categoria D/8 «*a seguito di cambio della destinazione d’uso da deposito scoperto ad autorimessa scoperta*» e che sulla base di questo nuovo classamento l’amministrazione «*ha in sostanza prestato acquiescenza, rimuovendo in*
*definitiva, l’ostacolo all’assentimento della SCIA*»;
- in contrario le società facenti parte del raggruppamento temporaneo con capogruppo la Della Corte deducono che la variazione della destinazione d’uso in questione è successiva al termine di presentazione dell’offerta;
- sennonché nella sentenza poc’anzi esaminata il Tribunale amministrativo di Napoli ha comunque ritenuto illegittima l’archiviazione della s.c.i.a. sulla base di un più ampio accertamento della conformità dell’area dal punto di vista urbanistico ed edilizio, laddove la classificazione catastale non ha rilievo determinante a questo scopo;
- per tutte le ragioni finora esposte anche le ulteriori contestazioni riproposte nel presente giudizio d’appello ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. dalle appellanti incidentali in relazione agli altri siti messi a disposizione del raggruppamento temporaneo con capogruppo la Marino Rent vanno disattese (motivo VI dell’appello incidentale).
3. Per quanto riguarda invece l’ulteriore elemento ritenuto dal giudice di primo grado ostativo alla partecipazione alla gara del medesimo raggruppamento temporaneo, consistente nella mancanza dei requisiti di idoneità professionale ex art. 83, commi 1 lett. a) e 3, del codice dei contratti pubblici per lo svolgimento del servizio di recupero e custodia dei veicoli, va osservato quanto segue:
- come risulta dagli estratti dello statuto relativi all’oggetto sociale indicati dagli statuti delle società:
1) la mandataria Marino Rent esercita l’attività di traino e soccorso stradale nonché quella di deposito di beni per conto terzi, oltre che di commercio di veicoli in genere;
2) la Marino Car Service esercita l’attività di soccorso stradale con autorimessa e quella di demolizione di veicoli;
3) la Euro Soccorso 2015 s.a.s. di Delle Cave Rosetta esercita l’attività di soccorso stradale e di deposito e custodia giudiziale di veicoli su disposizione e affidamento di enti pubblici;
4) la Rev.Mad. svolge l’attività di soccorso stradale e di autorimessa di veicoli anche in custodia giudiziale;
- al riguardo, il § IX del disciplinare di gara impone ai concorrenti di essere iscritti alla Camera di commercio «*per l’attività oggetto dell’appalto*»;
- come si sottolinea nell’appello principale l’attività cui si riferisce questa previsione del disciplinare si sostanzia in un servizio unitario suddiviso al suo intero in più attività (recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto di sequestro, confisca o fermo amministrativo), che pertanto vanno ancora una volta considerate frazionabili nell’ambito di un raggruppamento temporaneo di imprese;
- in considerazione di quanto ora rilevato, ed in particolare in ragione del fatto che tra le attività per le quali le imprese odierne appellanti principali sono iscritte vi è anche la custodia di veicoli, non vi è dubbio che il raggruppamento temporaneo di cui le stesse fanno parte è nel suo complesso in possesso del requisito di idoneità professionale in questione;
- è in particolare incontestabile quella congruenza contenutistica tra iscrizione camerale e oggetto di appalto che consente di ritenere le attività oggetto della prima rispondenti alla finalità di verifica dell’effettiva idoneità professionale dell’operatore, da valutare in modo non formalistico, rispetto alle prestazioni da affidare (cfr. Cons. Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170, 10 novembre 2017, n. 5182; V, 7 febbraio 2018, n. 796);
- per le medesime ragioni ora esposte va respinto il motivo di impugnazione riproposto dalle appellanti incidentali ai sensi dell’art. 101, comma 2, cod. proc. amm. con il quale si assume che le imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo di cui la Marino Rent è mandataria avrebbero reso nel D.G.U.E. false dichiarazioni sul punto (motivo V dell’appello incidentale).
4. Quanto al restanti motivi di ricorso incidentale riproposti dalle imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo con capogruppo la Della Corte, nel quale queste ultime assumono che le imprese del raggruppamento temporaneo concorrente non avrebbero specificato le quote del servizio da ciascuna assunto (motivo VII), lo stesso è infondato.
Tale censura si basa sulla non corretta premessa per cui la specificazione delle quote di esecuzione avrebbe dovuto riguardare le singole attività di cui il servizio posto a gara si compone: recupero, custodia e acquisto dei veicoli. Si è invece precisato *supra*che il servizio in questione va considerato in modo unitario, per cui deve ritenersi legittima l’indicazione cumulativa delle percentuali da parte degli operatori facenti parte del raggruppamento con capogruppo la Marino Rent.
5. Esaurite le questioni relative alla partecipazione alla gara di quest’ultima, vanno ora esaminate quelle concernenti il raggruppamento temporaneo con capogruppo la Della Corte.
6. Sul punto, sono fondate le censure che queste ultime formulano all’indirizzo del capo della sentenza di primo grado in cui è stato ritenuto illegittimo l’avvalimento plurimo inverso infra raggruppamento temporaneo delle referenze bancarie (richieste dal § IX, punto A4 del disciplinare di gara in numero di due e recanti l’attestazione del«*la solidità economica e finanziaria dell’offerente*»).
Come infatti si deduce nell’appello incidentale, il divieto sancito dall’art. 89, comma 7, del codice dei contratti pubblici – il quale recita «*in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l’impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti*» - pone nella prima parte un divieto che operatori economici in competizione in gara facciano si avvalgano della stessa impresa per qualificarsi. Il divieto in questione ha la funzione di assicurare la lealtà del confronto concorrenziale ed impedire che della stessa capacità tecnico-organizzativa o economico-finanziaria si avvalgano più partecipanti alla medesima gara, oltre che di prevenire che anche le offerte possano essere alterate. Per ragioni analoghe la disposizione in esame vieta all’impresa ausiliaria di assumere la veste del concorrente nella medesima procedura di affidamento.
7. Per contro, l’avvalimento all’interno dei partecipanti ad un raggruppamento temporaneo di imprese è espressamente consentito nella (art. 89, comma 1), così come è riconosciuto l’avvalimento «*di più imprese ausiliarie*» (comma 6), a differenza dell’avvalimento “a cascata”, invece vietato dal medesimo comma 6. Nella sua prima parte questa disposizione recepisce l’orientamento della Corte di giustizia dell’Unione europea, espresso nel vigore del previgente codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, con la sentenza 10 ottobre 2013, C-94/12 e poi riaffermato con la sentenza 2 giugno 2016, C-27/15.
8. In linea con le pronunce della Corte di giustizia ora richiamate, la giurisprudenza nazionale ha affermato che in caso di avvalimento frazionato ciò che rileva è la dimostrazione da parte del concorrente che si avvale delle capacità di più imprese di potere disporre effettivamente dei mezzi di questi ultimi necessari all’esecuzione dell’appalto (cfr., Cons. Stato, V, 28 aprile 2014, n. 2200, 17 marzo 2014, n. 1327). La stessa Corte di giustizia nella sentenza 10 ottobre 2013, C-94/12 ha precisato che l’applicazione dell’avvalimento plurimo o frazionato non è senza limiti e che in particolare questa forma di prestito può legittimamente essere vietata quando l’appalto da affidare presenti caratteristiche «*tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori*» (§ 35 della sentenza).
In altri termini, dai precedenti giurisprudenziali in esame si desume che le finalità di massima partecipazione sottese all’istituto dell’avvalimento non devono andare a discapito dell’interesse della stazione appaltante a contrarre con operatori economici affidabili ed effettivamente in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dalla normativa di gara.
9. Ciò precisato, nel caso di specie viene in rilievo un requisito di capacità economico-finanziaria, finalizzato ad assicurare la stazione appaltante circa l’idoneità del concorrente a sostenere le obbligazioni derivanti dal contratto sul piano patrimoniale, in relazione alla quale a tutela della stazione appaltante vi è la previsione di responsabilità solidale tra concorrente e ausiliaria di cui all’art. 89, comma 5, del codice dei contratti pubblici. Sotto questo profilo deve quindi ritenersi che l’avvalimento del requisito in questione a favore di più mandanti dello stesso raggruppamento temporaneo non sia di per sé ostativo alla partecipazione alla gara, se e nella misura in cui questa modalità di prestito plurimo non si risolva in una elusione dei requisiti previsti, e si consenta quindi ad imprese non qualificate di essere ammesse alla procedura di affidamento oppure si privi l’ausiliaria del requisito stesso.
10. Questa evenienza non risulta nel caso di specie, in cui la mandataria Della Corte ha dichiarato di prestare le proprie referenze bancarie a tre mandanti: s.r.l.s. Lombardo, Desy e Lepore Giovanni. I rilievi formulati sul punto dalla stazione appaltante si incentrano invece sul rispetto di una specifica previsione del disciplinare di gara secondo cui le due referenze bancarie avrebbero dovuto essere presentate «*da ciascun operatore raggruppato*» (§ X, punto 10)
11. Tuttavia, con riguardo a tale profilo risulta legittimo il soccorso istruttorio consentito al raggruppamento temporaneo tra le imprese odierne appellanti incidentali. Infatti, come sostengono queste ultime, l’applicazione nel caso di specie di questo istituto risulta conforme alla norma di cui all’art. 86, comma 7, del codice dei contratti pubblici, secondo cui l’operatore economico «*che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall’amministrazione aggiudicatrice, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*».
12. Nel caso di specie i fondati motivi per i quali queste tre mandatarie avevano inizialmente presentato una sola referenza bancaria sono stati poi chiariti dal raggruppamento temporaneo con capogruppo la Della Corte, in riscontro alle richieste di regolarizzazione della stazione appaltante (relative alle sole società Desy e Lepore Giovanni, poiché per la Lombardo si è ritenuto valido l’avvalimento della mandataria Della Corte). Le ragioni in questione sono consistite nella «*recente costituzione aziendale*»e nella scelta di non aprire nuovi rapporti con altri istituti di credito (così nella nota in data 19 luglio 2017 della medesima mandataria).
13. Ebbene, deve affermarsi al riguardo che si tratta di motivi legittimi ai sensi della disposizione del vigente codice dei contratti pubblici da ultimo menzionata, tenuto conto della libertà di impresa e dell’idoneità – non contestata – della sola referenza bancaria inizialmente prodotta da ciascuna di queste due mandanti, oltre che del fatto che tali referenze costituiscono «*mezzi di prova*» dei requisiti di capacità economico-finanziaria (così la rubrica del sopra citato art. 86 d.lgs. n. 50 del 2016), per cui occorre avere riguardo all’idoneità delle stesse e non già al loro numero a provare la capacità in questione. In termini si è del resto espressa la giurisprudenza amministrativa nel rigore del previgente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (cfr. Cons. Stato, V, 16 marzo 2016, n. 1068, secondo cui non è applicabile la sanzione espulsiva quando la mancata presentazione della seconda referenza sia giustificata da idonea ragione ostativa, come la sussistenza di rapporti con un solo istituto bancario, e sia supplita dalla produzione di documentazione equipollente a fini dimostrativi).
14. Al medesimo riguardo va poi sottolineato che con la citata nota di riscontro alla richiesta di regolarizzazione la Della Corte ha prodotto per ciascuna delle due mandanti Desy e Lepore Giovanni due referenze bancarie, che comprovano ulteriormente la capacità economica e finanziaria di queste due società. Capacità che – giova ribadire, in relazione alle ulteriori contestazioni formulate sul punto dalle imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo con capogruppo la Marino Rent – è stata comprovata sin dalla presentazione dell’offerta del raggruppamento temporaneo concorrente e che le referenze bancarie prodotte in riscontro al soccorso istruttorio hanno ulteriormente confermato.
15. Nell’appello principale sono peraltro riproposte altre censure che in ipotesi renderebbero illegittima la partecipazione alla gara del raggruppamento con capogruppo la Della Corte, che pertanto vanno esaminati.
16. Si sostiene innanzitutto che la mandante Lepore Giovanni era priva del requisito di idoneità professionale già esaminato in precedenza, perché risultante inattiva dalla certificazione camerale prodotta in gara.
17. Il motivo va respinto per le ragioni espresse dal Tribunale amministrativo, ed in particolare in considerazione del fatto che la pretesa inattività consisteva in realtà in una mera sospensione dell’iscrizione camerale, poi superata da documentazione successiva in virtù della quale il procedimento si è poi concluso positivamente. La circostanza che l’integrazione documentale sia avvenuta in epoca successiva al termine di presentazione delle offerte, come sottolineano le appellanti principali, non si traduce sulla partecipazione alla gara dell’impresa, stante il carattere meramente interinale della medesima sospensione e l’effetto retroattivo dell’iscrizione conseguente al superamento delle ragioni a base di quest’ultimo provvedimento.
18. Da ultimo le appellanti principali ripropongono il motivo diretto a sostenere che l’inidoneità delle aree di deposito dei veicoli messe a disposizione per l’esecuzione del servizio dalle imprese facenti parte del raggruppamento con capogruppo la Della Corte, che tuttavia va respinto per le stesse ragioni espresse con riguardo alla censura speculare censura di queste ultime nei confronti delle prime.
19. In conclusione, in accoglimento di entrambi gli appelli la sentenza di primo grado va riformata, dovendo essere respinti sia il ricorso principale che il ricorso incidentale di primo grado.
La reciproca soccombenza delle parti giustifica compensazione integrale delle spese del doppio grado di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli principale e incidentale, come in epigrafe proposti, li accoglie entrambi e per l’effetto, in riforma della sentenza di primo, respinge i ricorsi principale e incidentale.
Compensa tra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2018 con l’intervento dei magistrati:
Francesco Caringella, Presidente
Claudio Contessa, Consigliere
Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore
Valerio Perotti, Consigliere
Federico Di Matteo, Consigliere

Pubblicato il 09/04/2018
N. 00218/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00503/2017 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 503 del 2017, proposto da:
Im.Co. Immobiliare Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato Patrizio Parziale, con domicilio presso il T.A.R. Umbria in Perugia, via Baglioni, 3;
contro
Unione dei Comuni – Terre dell'Olio e del Sagrantino (Provincia di Perugia) – Centrale Unica di Committenza non costituito in giudizio;
Comune di Montefalco, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avvocato Giovanni Ranalli, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Lietta Calzoni in Perugia, via Bonazzi n. 9;
nei confronti
Emili Costruzioni S.a.s. di Emili Moreno & C., Ge.Ar. S.a.s. di Arcangeli Giorgio, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall’avvocato Barbara Bracarda, con domicilio eletto presso il suo studio in Perugia, piazza B. Michelotti n. 1;
per l’annullamento
previa sospensione dell’efficacia
1) della determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Montefalco n. 454 del 16/11/2017, comunicata in data 20.11.2017, con la quale venivano affidati in via definitiva, tramite procedura di gara prevista dall'art. 36, co. 2, lett.c), del d.lgs. n. 50/2016, i lavori di*“Sistemazione e riqualificazione di via Antonio Gramsci in Montefalco capoluogo con previsione della moderazione del traffico e realizzazione di un percorso finalizzato al miglioramento della sicurezza dei pedoni - I° stralcio funzionale”* al costituendo RTI tra le società Emili Costruzioni s.a.s. di Emili
Moreno & Co. (impresa mandataria), P.I. 02401080540, e GE.AR. s.a.s. di
Arcangeli Giorgio (impresa mandante), P.I. 00780590550, per l'importo di € 303.472,68, oltre IVA;
2) di qualsiasi altro atto presupposto, collegato e/o comunque connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto, compresa la lex specialis nella parte in cui ha omesso di richiedere ai concorrenti la quantificazione puntuale dei costi relativi alla manodopera ai sensi dell’art. 95 co. 10 del d. lgs. n. 50/2016, così come modificato dal d.lgs. n. 56/2017, nonché dei verbali di gara della commissione della prima seduta del 04.09.2017, della seconda seduta del 13.10.2017 e della terza seduta del 25.10.2017, nella parte in cui si valuta l'offerta economica, con relativa attribuzione del punteggio, del costituendo RTI tra le società Emili Costruzioni s.a.s. di Emili Moreno & Co. e GE.AR. s.a.s. di Arcangeli Giorgio e del contratto d'appalto eventualmente nelle more stipulato.
Per accertare e dichiarare il diritto della società Im.Co. Immobiliare Costruzioni s.r.l. a conseguire l'aggiudicazione, eventualmente dichiarando l'inefficacia del contratto nel caso sia stato stipulato medio tempore, con conseguente declaratoria del diritto della stessa ricorrente al subentro nel rapporto contrattuale; con condanna dell'Unione dei Comuni – Terre dell'Olio e del Sagrantino (Provincia di Perugia) – Centrale Unica di Committenza e del Comune di Montefalco al risarcimento di tutti i danni patiti e patendi, anche a seguito di liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c., oltre interessi e rivalutazione monetaria.
Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Montefalco, di Emili Costruzioni S.a.s. di Emili Moreno & C. e di Ge.Ar. S.a.s. di Arcangeli Giorgio;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell’udienza pubblica del giorno 13 marzo 2018 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Con il ricorso in epigrafe Im.Co. Immobiliare Costruzioni s.r.l. ha adito l’intestato Tribunale per chiedere l’annullamento degli atti inerenti la procedura di gara indetta dal Comune di Montefalco per l’affidamento dei lavori di *“Sistemazione e riqualificazione di via Antonio Gramsci in Montefalco capoluogo con previsione della moderazione del traffico e realizzazione di un percorso finalizzato al miglioramento della sicurezza dei pedoni - I° stralcio funzionale”*, all’esito della quale la ricorrente suddetta si classificava al secondo posto della graduatoria di merito e i lavori in questione venivano aggiudicati in favore del r.t.i. composto tra Emili Costruzioni S.a.s. di Emili Moreno & C. e di Ge.Ar. S.a.s. di Arcangeli Giorgio, odierno controinteressato.
2. Nel merito l’impugnativa è stata affidata al seguente motivo:
I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83, co. 9 e 95, co. 10 del d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della lettera di invito posta a base di gara. Violazione dell'art. 3 della l. 241/90. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione – buon andamento della P.A., imparzialità e par condicio. Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione e di istruttoria. Illogicità manifesta.
Sostiene al riguardo la società ricorrente che il r.t.i. aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara ex art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici per non aver indicato nella propria offerta economica il costo della manodopera.
3. Conclude la ricorrente per l’accertamento del proprio diritto a conseguire l’aggiudicazione dei lavori oggetto di gara previa declaratoria di inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato con il r.t.i. aggiudicatario nonché per il subentro nel relativo rapporto contrattuale, ovvero, in subordine, per il risarcimento del danno subito.
4. Il Comune di Montefalco si è costituito in giudizio eccependo in via preliminare l’inammissibilità del ricorso perché notificato ad un indirizzo pec non contenuto nell’elenco formato dal Ministero della Giustizia di cui all’art. 16, comma 12, del d.l. 179/2012 convertito in legge 221/2012, nonché per mancata impugnazione delle prescrizioni della *lex specialis* inerenti il costo della manodopera e dell’atto della centrale unica di committenza in data 9 ottobre 2017 con cui è stata dichiarata l’ammissione del r.t.i. controinteressato alla gara in argomento.
4.1. Sempre in via preliminare l’amministrazione eccepisce la tardività del gravame in quanto notificato oltre il termine di legge decorrente dalla succitata data del 9 ottobre 2017 in cui la stazione appaltante ha comunicato alla ricorrente di ammettere l’offerta del r.t.i. controinteressato, concludendo poi nel merito per il rigetto della doglianza proposta.
5. Si è altresì costituito in giudizio il r.t.i. odierno controinteressato, riproponendo nella sostanza le medesime difese svolte dall’amministrazione resistente.
6. Con ordinanza cautelare n. 10 del 17 gennaio 2018 il Collegio ha respinto la domanda di sospensione degli atti impugnati in considerazione dell’assenza nella lettera di invito di alcun obbligo per i concorrenti di indicare separatamente nell’offerta economica il costo della manodopera, peraltro non ribassabile per espressa previsione della legge di gara.
7. Alla pubblica udienza del giorno 13 marzo 2018, uditi i difensori, la causa è passata in decisione.

**DIRITTO**

1. È materia del contendere la legittimità degli atti riguardanti la procedura di gara indetta dal Comune di Montefalco per l’affidamento dei lavori di *“Sistemazione e riqualificazione di via Antonio Gramsci in Montefalco capoluogo con previsione della moderazione del traffico e realizzazione di un percorso finalizzato al miglioramento della sicurezza dei pedoni - I° stralcio funzionale”*, all’esito della quale l’odierna ricorrente si classificava al secondo posto della graduatoria di merito e i lavori in questione venivano aggiudicati in favore del r.t.i. composto tra Emili Costruzioni S.a.s. di Emili Moreno & C. e di Ge.Ar. S.a.s. di Arcangeli Giorgio.
2. Ritiene in via preliminare il Collegio di poter prescindere dalle eccezioni in rito formulate dall’amministrazione resistente e dal r.t.i. controinteressato, attesa l’infondatezza nel merito della doglianza proposta da parte ricorrente a mezzo della quale si sostiene che il r.t.i. aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara ex art. 95, comma 10, codice dei contratti pubblici, per non aver indicato nella propria offerta economica il costo della manodopera.
3. Osserva infatti il Collegio che nella fattispecie la lex specialis di gara non ha disposto alcuna sanzione espulsiva per la mancata indicazione del costo della manodopera, prevedendo viceversa la pena dell’esclusione dalla gara solo in caso di mancata indicazione nell’apposito campo*“dell’importo dei costi per la sicurezza aziendale”* (cfr., art. 18 lettera d’invito).
4. A ciò deve aggiungersi che per espressa previsione degli artt. 3 e 4 della lettera di invito, il costo della manodopera era stato predeterminato dalla stazione appaltante nell’importo non ribassabile pari ad € 93.811,48.
4.1. In virtù di tale disposizione della legge di gara - che aderisce sul punto a quanto imposto sia dalla normativa nazionale (cfr., art. 95, comma 10, del codice del contratti pubblici) che dalla normativa regionale (cfr. art. 23 della legge regionale n. 3 del 2010, che ne prescrive, altresì, la non ribassabilità) - l’ammontare di tale costo è comunque estrapolabile dall’importo complessivo dell’offerta economica presentata dal r.t.i. odierno controinteressato, con la conseguenza che la sua mancata menzione nell’ambito delle voci componenti l’offerta medesima, si risolve in una semplice irregolarità formale, in relazione alla quale l’invito di regolarizzazione in sede di soccorso istruttorio non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell’offerta (cfr., in termini, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, ord. caut. 7 febbraio 2018, n. 73), ma solo in una mera specificazione e/o conferma di un dato che, pur considerato nel prezzo finale, non è stato riportato separatamente, anche a causa dell’affidamento generato in tal senso dalla sua mancata previsione nel modello di domanda predisposto e *“vivamente”* raccomandato dalla stazione appaltante (cfr., art. 18 della lettera d’invito).
4.2. Ciò consente di superare la giurisprudenza *ex adverso* invocata con la quale è stata riconosciuta la legittimità dell’esclusione di una concorrente per omessa indicazione dei costi della manodopera, trattandosi di diversa fattispecie in cui *“nella lettera d’invito era chiaramente detto che i partecipanti avrebbero dovuto (a pena di esclusione) indicare separatamente, nell’offerta economica, i propri costi della manodopera”*(T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 14 settembre 2017, n. 4384).
5. Le considerazioni che precedono impongono il rigetto della domanda di annullamento degli atti impugnati e delle connesse domande di inefficacia e subentro nel contratto eventualmente stipulato con il r.t.i. aggiudicatario, ovvero di risarcimento del danno per equivalente.
6. Tenuto conto della specificità della questione trattata, si rinvengono in via eccezionale giustificati motivi per compensare tra le parti in causa le spese del giudizio.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge in ogni domanda.
Compensa tra le parti in causa le spese del giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.
Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2018 con l’intervento dei magistrati:
Raffaele Potenza, Presidente
Paolo Amovilli, Consigliere
Enrico Mattei, Primo Referendario, Estensore

Pubblicato il 21/03/2018
N. 01810/2018REG.PROV.COLL.
N. 01066/2017 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 iscritto al numero di registro generale 1066 del 2017, proposto da:
New Tek di Falco Raffaele, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Sara Di Cunzolo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Aureliana, n. 63;

contro

Comune di Afragola, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Rosa Balsamo, domiciliato ex art. 25 cod. proc. amm. presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

nei confronti di

Impresa Sepe Geom. Aniello, non costituita in giudizio;

PER LA REVOCAZIONE

della sentenza del Consiglio di Stato, V^ Sezione, n. 4630/2016, pubblicata il 4 novembre 2016;

Visti il ricorso per revocazione e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2017 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Caracciolo, in dichiarata delega di Di Cunzolo, e Di Maso, su delega di Balsamo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. La ditta New Tek di Falco Raffaele ha chiesto la revocazione ex art. 106 cod. proc. amm. della sentenza di questo Consiglio di Stato, sez. V, 4 novembre 2016, n. 4630, che ha respinto il suo appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. I, 27 gennaio 2016, n. 452, con la quale era stata annullata, su ricorso dell’impresa Sepe geom. Aniello, l’aggiudicazione in suo favore del contratto di appalto avente ad oggetto lavori di manutenzione straordinaria del cimitero comunale del Comune di Afragola con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto in relazione alle prestazioni già eseguite.

In estrema sintesi la Sezione ha ritenuto corretta la decisione del tribunale circa l’invalidità del contratto di avvalimento stipulato dalla impresa New Tek con altra impresa, per la presenza di una clausola con la quale l’ausiliaria si riservava la disponibilità di negare, a suo piacimento, i mezzi alla ausiliata.

2. Assume la ricorrente in revocazione di aver tuttavia censurato con l’appello proposto la sentenza di primo grado per non aver tenuto conto del fatto che, successivamente alla stipulazione del contratto di avvalimento, l’ausiliaria aveva indirizzato alla stazione appaltante una dichiarazione di disponibilità a porre tutti i mezzi necessari all’esecuzione dell’appalto a disposizione dell’ausiliata, dichiarazione di cui anche il giudice d’appello non avrebbe tenuto conto, incorrendo perciò in evidente errore di fatto.

Si è costituito in giudizio il Comune di Afragola che ha concluso per l’accoglimento del ricorso per revocazione.

All’udienza pubblica del 23 novembre 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

3. Il ricorso per revocazione è inammissibile.

3.1. Con l’unico motivo di gravame la New Tek sostiene che la sentenza d’appello avrebbe deciso la censura riguardante la validità del contratto di avvalimento senza rilevare la presenza di un documento, quale la dichiarazione dell’impresa ausiliaria del 9 ottobre 2015, in forza della quale quest’ultima si era impegnata chiaramente e incondizionatamente a mettere il requisito mancate a disposizione dell’ausiliata.

Tale omissione, secondo la ricorrente in revocazione, integrerebbe gli estremi della “svista” sul contenuto degli atti processuali che avrebbe indotto il giudice d’appello a decidere sulla base di un falso presupposto di fatto, facendogli ritenere non validamente assunta l’obbligazione di avvalimento da parte dell’ausiliaria.

3.2. La suggestiva tesi della ricorrente non è meritevole di favorevole considerazione.

Chiamata a valutare la correttezza della decisione di primo grado di invalidità del contratto di avvalimento stipulato dalla New Tek in quanto potestativamente condizionato alla scelta dell’impresa ausiliaria di mettere a disposizione il requisito mancante (attestazione SOA in categoria OG10 – classifica I), la Sezione ha confermato la decisione del giudice di primo grado, ritenendo che la presenza di una condizione potestativa che rimette all’ausiliaria la decisione di prestare o meno il requisito è espressione di un impegno equivoco ed incerto.

Non è revocabile in dubbio che la decisione è stata assunta in ragione del contenuto del contratto di avvalimento e delle sue specifiche clausole, del resto fedelmente riportate nella motivazione della sentenza.

Il documento di cui la ricorrente lamenta la asserita omessa valutazione non è affatto una dichiarazione negoziale integrativa del contenuto del contratto di avvalimento, bensì la dichiarazione formulata dall’ausiliaria all’amministrazione appaltante ai sensi dell’art. 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Si tratta di atti diversi per natura, contenuto e finalità, atteso che la dichiarazione costituisce un atto di assunzione unilaterale delle obbligazione precipuamente nei confronti della stazione appaltante, mentre il contratto di avvalimento costituisce l’atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale tra l’impresa partecipante alla gara e l’impresa ausiliaria: non essendo nemmeno sovrapponibili i relativi contenuti, non può postularsi, come sostenuto dalla ricorrente, che è dal loro combinato disposto che avrebbe dovuto ricavarsi l’effettivo contenuto del contratto di avvalimento.

In definitiva alcuna omessa valutazione degli atti vi è stata nella fattispecie in esame.

4. Alla luce delle considerazioni svolte il ricorso per revocazione è inammissibile.

5. Avendo il Comune di Afragola concluso per l’accoglimento della revocazione ricorre anche la sua soccombenza, così che nei suoi confronti le spese possono essere compensate, mentre non vi è luogo a pronuncia sulle spese in favore dell’altra parte costituita.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso per revocazione, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate nei confronti del Comune di Afragola, nulla per il resto.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Federico Di Matteo  Carlo Saltelli

Pubblicato il 22/03/2018
N. 00137/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00072/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria
Sezione Staccata di Reggio Calabria
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 72 del 2018, proposto dalla società I.C. Servizi Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi De Vitis, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Leotta in Reggio Calabria, via Carso N. 1 nonché ex art. 25 cpa;
contro
Trenitalia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Claudio Guccione, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sardegna 50 nonché ex art. 25 cpa;
nei confronti di
Zenith Services Group S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Gentile, Adriano Cavina e Marco Gentile, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Marco Gentile in Reggio Calabria, via dei Bianchi 3 nonché ex art. 25 cpa;
Cbl Insurance Europe Designated Activity Company, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Zaccone e Francesco Mollica, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Francesco Zaccone in Roma, via E. Gianturco 6 nonché ex art. 25 cpa;
Coopservice Soc. Coop. P.A, Turn Key Global Service Srl non costituiti in giudizio;
per l'annullamento, previa tutela cautelare:
della delibera n. 270 dell'1/12/2017, comunicata in pari data con nota prot.n. TRNIT-DACQ/P/ 2017/0057918, di revoca dell'aggiudicazione e conseguente esclusione della procedura per l'affidamento dei Servizi di Pulizia del materiale rotabile e degli impianti industriali di Trenitalia S.p.A. (Lotto DPLH Servizio Universale);
della nota n. TRNIT-DACQ/P/2017/0057923 dell’1/12/2017, di escussione della garanzia fideiussoria rep.n.336755/PV del 10/10/2017 per l’importo di Euro 156.920,00 a seguito della revoca dell’aggiudicazione alla IC Servizi S.r.l.;
- della nota n. TRNIT-DACQ/P/2017/0058765 del 6/12/2017, di riscontro alla nota dell’IC Servizi S.r.l. del 4/12/2017 di conferma del provvedimento di revoca dell’aggiudicazione e conseguente esclusione dalla gara;
- della nota n. TRNIT-DACQ/P/2017/0059662 del 12/12/2017, di riscontro alla nota dell’IC Servizi S.r.l. del 7/12/2017 di conferma del provvedimento di revoca dell’aggiudicazione e conseguente esclusione dalla gara nonchè di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali; e per l’annullamento e/o declaratoria d’inefficacia del contratto di appalto eventualmente sottoscritto tra la Stazione Appaltante e la Società aggiudicataria a seguito della intervenuta illegittima revoca.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Trenitalia S.p.A., Zenith Services Group S.r.l. e Cbl Insurance Europe Designated Activity Company;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2018 il dott. Filippo Maria Tropiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.Con bando di gara pubblicato sulla GURI quinta serie speciale n. 45 del 19 aprile 2017, Trenitalia ha indetto una procedura aperta per l’affidamento dei servizi di pulizia del materiale rotabile e degli impianti industriali di Trenitalia, articolata in cinque lotti.
All’esito della gara, la Stazione Appaltante, con nota prot. TRNIT-DACQ/P/2017/0054622 del 15 novembre 2017, ha comunicato all’impresa I.C. Servizi s.r.l. l’aggiudicazione del lotto n. 2 per un importo complessivo pari ad € 6.797.077,20, e ha invitato la società a presentare la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione nel termine di 10 giorni dal ricevimento della medesima comunicazione.
Effettuata l’istruttoria, con delibera n. 270 del primo dicembre 2017, comunicata con nota prot. TRNIT-DACQ/P/2017/0057918, l’Amministrazione ha proceduto a revocare l’aggiudicazione e a disporre l’esclusione della odierna ricorrente, avendo riscontrato il mancato raggiungimento della soglia minima di riferimento di affidabilità economico – finanziaria prescritta al par. 6 della procedura di valutazione economico – finanziaria a pena di esclusione.
Nella stessa data, con nota prot. TRNIT-DACQ/P/2017/0057926, è stata comunicata l’aggiudicazione definitiva al RTI Zenith Services Group s.r.l e ServicKey s.r.l, e con nota prot. TRNIT-DACQ/P/2017/0057923 è stata richiesta al DAFC-PAT Centro Sud l’escussione della garanzia fideiussoria per un importo pari ad € 156.920,00.
Quindi, con nota prot. TRNIT-DACQ/P/2017/0058412 del successivo 4 dicembre, Trenitalia ha inviato all’ANAC la segnalazione di cui all’art. 80 comma 12 D.Lgs. 50/2016 per falsa dichiarazione o falsa documentazione resa dalla ricorrente.
In riscontro alla richiesta dell’odierna ricorrente di revisione in autotutela del provvedimento adottato dall’amministrazione - con la quale rappresentava di essere incorsa in un mero errore materiale avendo inviato il solo bilancio del 2015 e non anche la modifica dello stesso con l’approvazione del bilancio del 2016 - la Stazione Appaltante ha confermato la revoca dell’aggiudicazione e l’esclusione dalla gara de qua con nota prot. TRNIT-DACQ/P/2017/0058765 del 6 dicembre.
Sono seguite una ulteriore diffida della società esponente a Trenitalia e la riaffermazione della legittimità del proprio operato da parte di quest’ultima con la nota prot. TRNIT-DACQ/P/2017/0059662.
Avverso il provvedimento di revoca dell’aggiudicazione e di esclusione dalla gara in rilievo, nonché dei successivi provvedimenti di conferma del primo e della nota con la quale è stata disposta l’escussione della polizza fideiussoria, ha proposto ricorso la I.C. Servizi.
Il gravame è stato originariamente incardinato innanzi al TAR Lazio.
Il Tribunale capitolino, con decreto n. 41/2018, ha dapprima rigettato la richiesta di concessione di misure cautelari monocratiche e quindi, con ordinanza n. 947/2018, ha dichiarato la propria incompetenza territoriale ai sensi degli artt. 13 comma 1 e 15 cpa, atteso che gli effetti degli atti gravati erano localizzati entro il circondario dell’intestata autorità giudiziaria.
La ricorrente ha dunque riassunto il giudizio innanzi al TAR di Reggio Calabria, riproponendo le medesime domande ed insistendo per la concessione della chiesta tutela cautelare.
Si sono costituite Trenitalia s.p.a e la controinteressata Zenith Services Group s.r.l (nuova aggiudicataria della procedura de qua, di seguito solo “Zenith”), chiedendo la reiezione del gravame siccome infondato.
Ha spiegato intervento ad adiuvandum la CBL Insurance Europe Designated Activity Company (di seguito solo “CBL”) che ha concluso per l’accoglimento del ricorso.
Tutte le parti in causa hanno esaustivamente esplicato le proprie argomentazioni difensive.
Alla camera di consiglio del 21 febbraio, la causa è stata trattenuta in decisione dal Collegio, previo avviso della possibilità di definizione immediata del giudizio ai sensi dell’art. 60 cpa.
2. Preliminarmente, deve darsi atto dell’ammissibilità dell’intervento spiegato dalla CBL.
Osserva infatti il Collegio che, pur dandosi atto dell’autonomia del rapporto di valuta nonché della pur plausibile osservazione (proposta dalla difesa di Trenitalia) secondo cui l’intervento non terrebbe conto che il pregiudizio lamentato dall’interveniente sarebbe quello “fisiologico” legato all’ ordinario funzionamento delle garanzie cd. ”a prima richiesta” in uso negli appalti pubblici, non può negarsi l’esistenza di un interesse di fatto, concreto e attuale, all’accoglimento della odierna impugnativa, come portato dalla CBL.
Non sembra infatti contestabile che l’escussione della polizza integra, quanto meno, un evento economicamente significativo per la compagnia, connesso anche al fatto di dover recuperare il pagato dal garantito e dunque di dover ricorrere alla ricomposizione della collegata vicenda negoziale solo ex post mediante l’azione restitutoria.
Tanto è sufficiente ad integrare quell’interesse, pur mediato e di fatto, che legittima l’intervento adesivo.
3. Nel merito, il ricorso è comunque infondato e deve essere respinto.
Con il primo motivo, la I.C. Servizi s.r.l. lamenta: - la violazione dell’art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 e dell’art. X del Disciplinare di gara in tema di soccorso istruttorio; - l’eccesso di potere per difetto di istruttoria; - l’assenza e/o erroneità dei presupposti nella parte in cui non si è evidenziato il palese errore materiale nella documentazione presentata dall’aggiudicataria.
Rappresenta in proposito che la Stazione Appaltante avrebbe operato illegittimamente per non avere correttamente valutato l’analisi di bilancio 2015, non avendo proceduto all’integrazione dell’istruttoria come invece avrebbe dovuto ricorrendo all’istituto del soccorso istruttorio.
L’amministrazione resistente e la controinteressata assumono, viceversa, che detto istituto può trovare applicazione solamente per la documentazione amministrativa, ovverosia per i documenti e le dichiarazioni che costituiscono la domanda di partecipazione, e solo nella fase di controllo dei requisiti di partecipazione. Rilevano le controparti che, in ogni caso, la ricorrente non risulta comunque possedere il requisito economico di cui alla lex specialis, non avendo alcuna rilevanza in tal senso la produzione del bilancio del 2016.
Così ricordate le posizioni difensive delle parti contrapposte, va innanzitutto disattesa l’eccezione di inammissibilità sollevata dalla controinteressata Zenith, nella parte in cui deduce che l’istante avrebbe dovuto impugnare il disciplinare di gara, quale atto presupposto del provvedimento di revoca dell’aggiudicazione ed esclusione della I.C. Servizi, laddove prevedeva l’esclusione in caso di esito negativo delle verifiche in capo all’aggiudicatario.
Ed invero, la censura relativa al mancato ricorso all’istituto del soccorso istruttorio ad opera dell’amministrazione non presuppone infatti necessariamente l’impugnazione del disciplinare di gara: le due previsioni operano su piani distinti. L’istituto del soccorso istruttorio previsto dall’art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 è finalizzato alla sanatoria delle irregolarità formali della domanda; la prescrizione di cui al par. X.1 del Disciplinare di gara prevede l’esclusione in caso di esito negativo delle verifiche in capo all’aggiudicatario. Trattasi di due fasi ben distinte della procedura di gara, afferenti la prima al momento della verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, la seconda al controllo del possesso degli stessi ad aggiudicazione già intervenuta.
La ricorrente non contesta la prescrizione del Disciplinare relativa all’esclusione per il caso di mancato possesso dei requisiti, perché afferma di averli tutti, ivi compreso quello della capacità economico – finanziaria.
Si duole, invece, dell’omesso ricorso da parte dell’Amministrazione al soccorso istruttorio, che le avrebbe permesso di comprovare la sussistenza degli stessi ed in sostanza l’erronea applicazione della previsione di gara.
Ciò chiarito, il primo motivo di ricorso si palesa comunque infondato nel merito.
Invero, rileva il Collegio che nella fattispecie in esame non sussistono i presupposti giuridici che consentirebbero il ricorso al soccorso istruttorio.
Preliminarmente, va evidenziato che la finalità dell'istituto del soccorso istruttorio - che è quella di consentire la regolarizzazione di carenze formali della domanda - consente alla stazione appaltante di chiedere la rettifica delle dichiarazioni rese in gara dal soggetto aggiudicatario, con possibilità di integrazione postuma, in tutti i casi in cui si avveda di eventuali carenze documentali, eventualmente, anche all'esito dell'aggiudicazione (TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 29 aprile 2016, n. 712; cfr. anche TAR Lombardia, Sez. IV, 24 giugno 2016, n. 1276). In termini analoghi, si è recentemente espresso anche il Consiglio di Stato, secondo cui "*la scelta sostanzialistica del legislatore, diretta ad impedire l'esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è prova del possesso del requisito, deve applicarsi anche quando l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione (non essendone avveduta la stazione appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento*" (c.d. soccorso istruttorio processuale). Infatti "*la successiva correzione, o integrazione documentale della dichiarazione non viola affatto il principio della par condicio tra i concorrenti, in quanto essa mira ad attestare, correttamente, l'esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l'obbligatorio procedimento di soccorso istruttorio*" (Cons. St., sez. III, sentenza n. 975 del 2 marzo 2017).
Nella fattispecie in esame, tuttavia, l’istituto non può esser applicato: invero la ricorrente ha effettuato la dichiarazione relativa al possesso del requisito economico ed ha allegato il bilancio del 2015 completo in ogni sua parte.
L’Amministrazione non si è trovata di fronte ad alcuna carenza documentale cui porre rimedio.
Semplicemente ed in via assorbente, l’aggiudicataria non è riuscita a provare il possesso del requisito mancante, né tempestivamente, né tramite l’ulteriore produzione documentale.
La delibera del 2017 con la quale è stato approvato il bilancio del 2016, si è limitata a riclassificare gli importi del bilancio del 2015 nel prospetto di confronto con il bilancio 2016, senza riapprovare alcuna variazione al bilancio dell’esercizio precedente.
Ciò è confermato dal fatto che a tutt’oggi l’unico bilancio 2015 regolarmente depositato presso la CCIAA e consultabile dai terzi ad ogni effetto di legge riporta i medesimi dati di quello depositato al momento della presentazione della domanda di partecipazione.
Infine, come evidenziato dalla difesa di Zenith, il bilancio del 2016 è stato pubblicato sul Registro delle Imprese solamente in data 29 novembre 2017, quindi successivamente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, fissato al 19 luglio 2017.
Ne consegue che:
- l’Amministrazione non ha potuto riscontrare alcuna carenza documentale al momento della verifica del possesso dei requisiti;
- i documenti comunque prodotti dalla ricorrente non sono idonei a comprovare il possesso del requisito mancante.
Corretta è stata dunque la determinazione assunta da Trenitalia.
4. Né può essere seguito il secondo motivo di gravame.
La ricorrente denuncia: - la violazione dell’art. 7 della legge n. 241/90; - la mancata comunicazione dell’avvio del procedimento a seguito di intervenuta aggiudicazione definitiva; - l’eccesso di potere per difetto di istruttoria; - l’assenza e/o erroneità dei presupposti nella parte in cui la revoca – rectius annullamento - dell’aggiudicazione non è stata preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento.
Giova invero ricordare che, per indirizzo giurisprudenziale costante, allorquando l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva sia disposto per riscontrata insussistenza dei requisiti partecipativi, non è da reputarsi necessaria la comunicazione di avvio del procedimento, non versandosi in ipotesi di nuovo procedimento, ma di comprovazione del possesso dei requisiti dichiarati in gara e poi da dimostrare in vista della stipula del contratto conseguente all'aggiudicazione definitiva (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 4852/2006; Tar Napoli 4293/2011).
Si aggiunga che l’omissione della comunicazione di avvio del procedimento deve comunque ritenersi irrilevante: la revoca dell’aggiudicazione disposta dalla Stazione Appaltante (nonostante il nomen juris utilizzato dall’amministrazione) si configura come atto vincolato in ragione del mancato possesso dei requisiti economici – finanziari in capo alla ricorrente.
Pertanto, la presunta omissione configurerebbe in ogni caso una irregolarità procedurale inidonea a determinare l’annullamento del provvedimento impugnato, in forza del disposto dell’art. 21 octies comma 2 della legge 241/90.
5. In conclusione, deve essere ugualmente rigettato l’ultimo motivo di gravame, con il quale l’istante lamenta: - la violazione dell’art. 3 della legge n. 241/90; l’eccesso di potere per difetto di motivazione; - l’assenza e/o erroneità dei presupposti; l’ingiustizia manifesta; - il travisamento dei fatti nella parte in cui, con la nota prot. TRNIT-DACQ/P/2017/0058765, Trenitalia non ha motivato le ragioni della revoca dell’aggiudicazione definitiva né quanto addotto a propria giustificazione dalla ricorrente con la nota del 4 dicembre 2017.
E’ sufficiente al riguardo evidenziare che entrambe le note rinviano espressamente al provvedimento di revoca, già in possesso della I.C. Servizi, e che nessun altra motivazione doveva fornire l’amministrazione, essendo ben chiaro che l’atto di autotutela è fondato sulla riscontrata (non emendabile e non emendata) carenza del requisito inerente la soglia minima di riferimento di affidabilità economico – finanziaria.
6. Alla luce delle superiori considerazioni, tutte le contestazioni proposte dalla ricorrente appaiono infondate e per l’effetto la domanda annullatoria deve essere integralmente rigettata; con conseguente reiezione pure delle altre richieste svolte in ricorso come in epigrafe trascritte.
Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:
respinge il ricorso proposto dalla I.C. Servizi Srl;
condanna la società ricorrente in persona del legale rappresentante p.t. a rifondere le spese di lite in favore dell’amministrazione resistente e della controinteressata che si liquidano in complessivi € 1.500,00 (millecinquecento/00) oltre accessori di legge, in favore di ciascuna delle suddette parti.
dichiara compensate le spese per la Cbl.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Caterina Criscenti, Presidente
Filippo Maria Tropiano, Referendario, Estensore
Donatella Testini, Referendario

Pubblicato il 26/03/2018
N. 01882/2018REG.PROV.COLL.
N. 05932/2013 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5932 del 2013, proposto da:
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio De Simone Saccà, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Maria Antonietta Lamberti in Roma, corso d'Italia, n. 106;

contro

Comune di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Mario De Tommasi, con domicilio eletto presso lo studio Srl Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, n. -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente il risarcimento danni per la mancata stipula del contratto di appalto per lavori di ricostruzione della scuola materna -OMISSIS-- informativa interdittiva antimafia

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Reggio Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2018 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Federico Guardascione su delega di Fabio De Simone Saccà e Michele Perrone su delega di Mario De Tommasi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. - Con provvedimento n. -OMISSIS-la società -OMISSIS- è risultata aggiudicataria della gara, indetta dal Comune di Reggio Calabria, relativa ai lavori di costruzione della Scuola Materna -OMISSIS-.

La stazione appaltante, nonostante fosse trascorso il termine di 60 giorni previsto dall’art. 11, comma 9, del D.Lgs. 163/06, non ha provveduto alla stipulazione del contratto: in data 29 marzo 2011, infatti, il Comune ha chiesto alla Prefettura di Reggio Calabria il rilascio dell’informazione ex art. 10 del D.P.R. n. 252/98, sebbene non fosse a ciò tenuto, in considerazione dell’importo dell’appalto.

In data 7 giugno 2011 la società -OMISSIS- ha chiesto chiarimenti sui tempi previsti per la stipulazione del contratto.

Il Comune ha sollecitato la Prefettura alla definizione del procedimento.

Essendo trascorso altro tempo, con atto del 4 luglio 2011, la società ha chiesto al Comune di voler palesare i motivi per i quali non aveva stipulato il contratto, ed ha comunque esercitato il diritto di recesso per esclusiva responsabilità della stazione appaltante, chiedendo il risarcimento dei danni, quantificati nella cifra complessiva di € 100.000.

2. - Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Calabria, depositato il 4 agosto 2011, la società ricorrente ha chiesto al Tribunale:

- di accertare la responsabilità del Comune di Reggio Calabria per la mancata stipula del contratto di appalto in questione;

- di condannare lo stesso Comune alla rifusione dei costi sostenuti, ammontanti ad € 3.248,61 ed al risarcimento dei danni patiti, quantificati in € 129.178,87 oltre ad interessi e rivalutazione;

- di condannare il Comune al pagamento delle spese di lite e all’ulteriore danno ex art. 243 bis del D.Lgs. 163/06.

3. - Con provvedimento del 19 dicembre 2011 il Prefetto di Reggio Calabria ha adottato l’informativa antimafia nei confronti della società ricorrente (impugnata da quest’ultima con motivi aggiunti), e con il successivo provvedimento n.-OMISSIS-, il Comune di Reggio Calabria ha revocato l’aggiudicazione, quando vi era già stato il recesso da parte della società -OMISSIS-.

4. - Con sentenza n. -OMISSIS-il TAR ha accolto in parte il ricorso per motivi aggiunti, annullando l’informativa antimafia, ed ha respinto il ricorso principale.

Il primo giudice ha ritenuto, in estrema sintesi, che il Comune di Reggio Calabria potesse richiedere l’informazione antimafia, sebbene non fosse obbligatoria; ha quindi respinto la domanda risarcitoria.

5. - Avverso tale decisione la ricorrente ha proposto appello avverso il capo di sentenza nel quale è rimasta soccombente, chiedendone la riforma.

Si è costituito in giudizio il Comune di Reggio Calabria che ha eccepito, preliminarmente, l’irricevibilità dell’appello per tardività. Ha poi chiesto il rigetto dell’impugnativa per infondatezza.

In prossimità dell’udienza di discussione le parti hanno depositato memorie e memorie di replica.

6. - All’udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2018 l’appello è stato trattenuto in decisione.

L’appello è infondato e, quindi, la sentenza di primo grado deve essere confermata, anche se con diversa motivazione.

Va, invece, accolta la doglianza relativa al mancato rimborso delle spese di gara, assorbita in primo grado e riproposta in appello.

7. - Con il primo motivo l’appellante ha dedotto il vizio di omessa pronuncia sulla responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. ed extracontrattuale ex art. 2043 c.c.; la violazione dell’art. 11 del D.P.R. n. 252/98, i vizi di travisamento dei fatti e di carenza di motivazione.

Deduce l’appellante che sebbene la stazione appaltante avesse la facoltà di richiedere l’informazione prefettizia, nondimeno sussisterebbe la sua responsabilità per violazione del principio di buona fede, avendo comportato con la sua condotta il blocco dell’attività economica della società in attesa del pronunciamento della Prefettura, senza neppure fornire informazioni sulle ragioni del ritardo.

Il TAR, infatti, non avrebbe valutato la sussistenza delle ragioni per le quali il Comune aveva deciso di chiedere il provvedimento prefettizio, né avrebbe valutato l’incidenza di tale scelta sull’interesse dell’impresa.

Il Comune, infatti, avrebbe richiesto l’informativa quando era già spirato il termine di 60 giorni previsto dall’art. 11, comma 9, del D.Lgs 163/06, ed in questo modo avrebbe obbligato l’impresa ad attendere ben nove mesi senza fornire ad essa alcuna informazione sulle ragioni del ritardo.

Il Comune, infatti, avrebbe potuto utilizzare la norma dell’art. 11 del D.P.R. n. 252/98, secondo cui il Prefetto deve rilasciare le informazioni entro il termine di 45 giorni, trascorso il quale la stazione appaltante può stipulare il contratto sotto condizione risolutiva.

Il comportamento tenuto dalla stazione appaltante sarebbe lesivo del principio di buona fede in base al quale ciascuna delle parti è tenuta a tenere un comportamento tale da preservare gli interessi della controparte, sicchè la violazione di tale obbligo comporta la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante.

8. - Con il secondo motivo di appello l’appellante ha censurato la motivazione della sentenza di primo grado e ha ribadito la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno.

Secondo l’appellante i presupposti in base ai quali il TAR ha respinto la domanda risarcitoria sarebbero insussistenti, perché:

- tutta la documentazione sarebbe stata prodotta prima dell’aggiudicazione (ed infatti il primo giudice avrebbe omesso di indicare quali sarebbero i documenti mancanti);

- la decisione sarebbe stata resa extrapetita, perché mai le parti avrebbero dedotto tale circostanza;

- solo la polizza assicurativa non sarebbe stata prodotta, in quanto richiesta per la stipulazione del contratto;

- il provvedimento di sequestro preventivo non avrebbe assunto alcuna incidenza sulla mancata stipulazione del contratto, imputabile alla sola interdittiva antimafia, e comunque tale provvedimento non avrebbe impedito l’esecuzione della prestazione;

- il TAR avrebbe omesso di valutare la condotta della stazione appaltante: il Comune non avrebbe osservato il termine previsto dall’art. 11 del codice degli appalti per la stipulazione del contratto, ed avrebbe revocato l’aggiudicazione a distanza di sei mesi dall’adozione dell’interdittiva e dopo il recesso della società aggiudicataria;

- sussisterebbe, infine, l’omessa pronuncia in ordine alla richiesta di rimborso delle spese ex art. 11 del D.Lgs. 163/06.

9. - Preliminarmente ritiene il Collegio di dover esaminare l’eccezione di inammissibilità dell’appello sollevata dal Comune di Reggio Calabria.

Secondo il Comune appellato, infatti, vertendosi in materia di appalti si applicherebbe il termine dimidiato di cui all’art. 119 c.p.a.: pertanto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 92, comma 3, e 119, comma 7, c.p.a. il termine per la proposizione dell’appello sarebbe di tre mesi decorrenti dalla pubblicazione della sentenza.

La sentenza è stata depositata il 29/1/2013 e, quindi, l’appello avrebbe dovuto essere proposto entro il 29 aprile 2013: poiché è stato proposto solo il 22 luglio 2013 sarebbe tardivo e quindi irricevibile.

10. - L’eccezione è infondata.

La controversia in questione non riguarda la procedura di affidamento – peraltro già conclusasi con l’aggiudicazione – ma attiene esclusivamente all’azione risarcitoria proposta dalla ricorrente: ciò comporta l’inapplicabilità a questo giudizio del rito abbreviato di cui all’art. 119, comma 1, lettera a), c.p.a., mancando la ratio per la quale il legislatore ha ritenuto di favorire, in deroga ai termini processuali ordinari, una più rapida tutela degli interessi pubblici in ambiti individuati (cfr. Cons. Stato, Sez. IV 30/12/2016 n. 5551).

11. - L’appello, benchè ammissibile, è comunque infondato e, dunque, la sentenza di primo grado va confermata, anche se con diversa motivazione.

Il Comune di Reggio Calabria, avendo acquisito mediante notizie di stampa dell’esistenza di vicende giudiziarie che avevano interessato la società -OMISSIS-, prudenzialmente ha ritenuto di acquisire l’informativa prefettizia al fine di evitare di stipulare il contratto con un soggetto che poteva presentare controindicazioni secondo la normativa antimafia.

Occorre considerare, infatti, dal punto di vista prettamente probabilistico, che trattandosi di impresa operante in un ambito territoriale ad alta incidenza da parte della criminalità organizzata, la valutazione operata dalla stazione appaltante non si appalesa illogica o irragionevole, ma anzi risulta pienamente condivisibile, atteso che – ove l’impresa fosse stata interdetta – il Comune avrebbe dovuto procedere alla revoca dell’aggiudicazione e alla risoluzione del contratto con effetti negativi sulla realizzazione dell’opera pubblica.

Ne consegue che la scelta di acquisire in via facoltativa il provvedimento prefettizio non può costituire comportamento illecito produttivo di danno.

Ovviamente l’acquisizione dell’informativa antimafia ha comportato un ritardo nella stipulazione del contratto, tenuto conto dei termini necessari per lo svolgimento della complessa istruttoria da parte del Prefetto.

Deve però ritenersi, conformemente a quanto ritenuto in giurisprudenza, che sebbene l’art. 11, comma 9, d.lgs. 163/2006, indichi il termine di sessanta giorni dal momento in cui diviene definitiva l’aggiudicazione per la stipula del contratto, tale termine non ha natura perentoria, né alla sua inosservanza può farsi risalire ex sé un’ipotesi di responsabilità precontrattuale ex lege della pubblica amministrazione, se non in costanza di tutti gli elementi necessari per la sua configurabilità. Infatti, le conseguenze che derivano in via diretta dall’inutile decorso del detto termine sono: da un lato, la facoltà dell'aggiudicatario, mediante atto notificato alla stazione appaltante, di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto; dall’altro, il diritto al rimborso delle spese contrattuali documentate, senza alcun indennizzo (cfr. ex multis, Cons. St., Sez. III, 28 maggio 2015, n. 2671).

Pertanto, il mancato rispetto del termine di sessanta giorni per la stipulazione negoziale non integra di per sé un’ipotesi di responsabilità precontrattuale, spettando al presunto danneggiato dimostrare che il ritardo nella stipulazione sia manifestazione di una condotta antigiuridica dell’amministrazione lesiva del proprio legittimo affidamento (Cons. Stato Sez. V, 31-08-2016, n. 3742; Cons. Stato, Sez. III, 28 maggio 2015, n. 2671).

E’ noto, infatti, che la responsabilità precontrattuale ricorre nel caso in cui prima della stipulazione contrattuale il presunto danneggiante, violando il principio di correttezza e buona fede, leda il legittimo affidamento maturato da controparte nella conclusione del contratto.

Sebbene sia condivisibile la tesi secondo cui, la previsione di un termine per la stipulazione del contratto assolve alla funzione di tutelare anche l’aggiudicatario, il quale non può restare vincolato per un termine indeterminato alle determinazioni della stazione appaltante, nondimeno nel caso di specie il mancato rispetto del termine (sollecitatorio) di sessanta giorni risulta pienamente giustificato dalle esigenze antimafia, e dunque non può integrare gli estremi di una condotta illecita.

All’esito dell’istruttoria, infatti, la Prefettura ha adottato un provvedimento interdittivo, a dimostrazione della correttezza della valutazione prudenziale del Comune di Reggio Calabria.

Occorre poi considerare che la norma dell’art. 11, comma 9, del D.Lgs. 163/06 non lascia l’impresa aggiudicataria “in balia” della stazione appaltante, ma le consente di recedere dal vincolo derivante dall’aggiudicazione ottenendo anche il rimborso delle spese sostenute.

E’ lo stesso legislatore a disciplinare il bilanciamento degli opposti interessi consentendo all’impresa di evitare l’immobilizzazione dell’intera organizzazione aziendale nell’attesa della stipulazione del contratto, ricorrendo al recesso in modo da poter utilizzare le proprie risorse per ulteriori commesse.

Né può ritenersi che il comportamento produttivo di danno possa derivare - dopo il decorso di 45 giorni dalla richiesta del provvedimento prefettizio - dalla mancata stipulazione del contratto con l’apposizione della condizione risolutiva prevista dall’art. 11 del D.P.R. n. 252/98: il ricorso a tale misura è, infatti, meramente facoltativo per la stazione appaltante, la quale vi ricorre in caso di urgenza, situazione che – evidentemente – nel caso di specie non sussisteva.

Nella fattispecie il Comune aveva, evidentemente, interesse prioritario a non contrattare con un soggetto che avrebbe potuto essere inaffidabile.

Né appare persuasiva la tesi dell’appellante secondo cui essa non fosse a conoscenza delle ragioni per le quali la stazione appaltante aveva ritardato la stipulazione del contratto: l’impresa non poteva non essere conscia delle vicende giudiziarie che l’avevano colpita e che avevano indotto il Comune ad adottare una particolare cautela.

Ne consegue che non si era maturato un legittimo affidamento in capo all’aggiudicataria circa la stipulazione del contratto.

12. - Pertanto, sebbene possa convenirsi con l’appellante che la motivazione addotta dal TAR per il rigetto della domanda risarcitoria non trovi fondamento negli atti di causa, nondimeno non sussiste la responsabilità precontrattuale per le ragioni in precedenza esposte, alle quali va aggiunto che il protrarsi dell’attesa è derivato dalla scelta della stessa impresa, che avrebbe potuto sciogliersi dal vincolo ben prima.

A fronte dell’aggiudicazione del 18 gennaio 2011, il recesso è intervenuto, infatti, solo il 4 luglio 2011, a distanza di mesi.

Il volontario recesso operato dall’aggiudicataria esclude, infine, l’ipotizzabilità di un danno da mancata esecuzione della prestazione, tenuto conto che tale scelta è idonea di per sé a recidere il nesso causale tra la condotta della stazione appaltante e l’evento dannoso.

13. - Ne consegue che l’appello va respinto, e per l’effetto va confermata, con diversa motivazione, la sentenza di primo grado. La domanda risarcitoria va quindi respinta, mentre deve essere accolta la domanda proposta in primo grado, assorbita dal TAR, e riproposta in appello ai sensi dell’art. 101, comma 2, c.p.a., diretta ad ottenere il rimborso delle spese documentate, sostenute per la partecipazione alla gara.

Il Comune di Reggio Calabria dovrà quindi provvedere ad acquisire la documentazione probatoria attestante le spese sostenute dalla società -OMISSIS- per la partecipazione alla procedura selettiva in questione, e dovrà quindi provvedere a rimborsarle alla società stessa.

14. - Le spese del grado di appello possono compensarsi tra le parti, tenuto conto della parziale soccombenza reciproca.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così dispone:

- respinge l’appello e, per l’effetto, conferma con diversa motivazione la sentenza di primo grado che ha respinto la domanda risarcitoria proposta in primo grado;

- accoglie la domanda proposta in primo grado, assorbita dal TAR, e riproposta in appello ai sensi dell’art. 101, comma 2, c.p.a., diretta ad ottenere il rimborso delle spese documentate, sostenute per la partecipazione alla gara, nei termini indicati in motivazione;

- compensa tra le parti le spese del grado di appello.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte appellante.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giorgio Calderoni, Consigliere

Pubblicato il 27/03/2018
N. 01915/2018REG.PROV.COLL.
N. 06106/2017 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 iscritto in appello al numero di registro generale 6106 del 2017, proposto da:
Twister Communication Group S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Stallone, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, largo Fochetti n. 29;

contro

Inail e Consip Spa, in persona dei legali rappresentanti pro-tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Lucia Anna Rita Sonnante e Riccardo D'Alia, con domicilio eletto presso l’avvocato Lucia Anna Rita Sonnante in Roma, via Pierluigi da Palestrina, n. 8;

nei confronti

Ernst & Young Financial Business Advisors S.p.a. e Ansa - Agenzia Nazionale Stampa Associata Soc. Coop., nelle persone dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Raffaele Titomanlio e Francesco Scanzano, con domicilio eletto presso l’avvocato Raffaele Titomanlio in Roma, via Nicolò Porpora, n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II n. 7587/2017, resa tra le parti, concernente l’affidamento dei servizi web publishing redazionale e di supporto all’attività di media relation - risarcimento dei danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Inail, della Consip S.p.a., di Ernst & Young Financial Business Advisors S.p.a. e dell’Ansa - Agenzia Nazionale Stampa Associata Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2018 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Russo in dichiarata delega dell'avvocato Francesco Stallone, Lucia Anna Rita Sonnante e Raffaelle Titomanlio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.La Twister Communication Group S.p.A., in raggruppamento con Pricewaterhouse Coopers Advisory S.p.A., ha partecipato alla procedura aperta indetta da Consip per l’acquisizione di servizi web publishing redazionale e di supporto all'attività di media relation per l’Inail, all’esito della quale è risultato aggiudicatario definitivo il R.T.I. formato da Ernst & Young Financial Business Advisors S.p.A. ed Ansa – Agenzia Nazionale Stampa Associata, giusta comunicazione della Consip del 2 febbraio 2017.

Dopo l’aggiudicazione provvisoria, ed in particolare nello svolgimento dei controlli d’ufficio sulle dichiarazioni rese ai sensi dell’art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, dalla visura storica del certificato della CCCIA della società Ernest & Young Financial Business Advisor S.p.A., l’amministrazione appaltante ha riscontrato l’acquisizione da parte di quest’ultima in data 16 dicembre 2015 l’acquisizione di un ramo d'azienda dalla Keras Strategy S.r.l., non dichiarata, omissione in relazione alla quale Consip ha consentito il c.d. soccorso istruttorio “postumo”.

2. Il R.T.I. Twister Communication Group S.p.A. con Pricewaterhouse Coopers Advisory S.p.A. ha impugnato tale aggiudicazione dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, lamentando: a) Violazione e falsa applicazione dell’art. 38, co. 1, lett. c) del d. lgs. n 163 del 2006, della lexspecialis di gara (paragrafo 2 lett. A) e dei principi di buon andamento e proporzionalità. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di diritto e di fatto; b) Violazione della lex specialis del disciplinare di gara: art. 2 (documenti e dichiarazioni da presentare) e allegato 1 (schema di dichiarazione). Violazione e falsa applicazione degli art. 38 co. 1 lett. c) e 46 del d. lgs. n 163 del 2006 e dei principi di buon andamento e proporzionalità. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di diritto e di fatto.

In prossimità della camera di consiglio del 22 marzo 2017 fissata per l'esame dell'istanza cautelare, il R.T.I. ricorrente ha depositato una memoria, dolendosi della valutazione positiva dell'incidenza sulla moralità professionale del RTI aggiudicatario delle numerose condanne penali riportate dal rappresentante legale dell’ANSA (già oggetto del primo motivo), in relazione ad un ulteriore documento prodotto dall’amministrazione, ma non esibito in sede di accesso: tali argomentazioni sono state poi trasfuse nell’atto di motivi aggiunti, notificato via pec il 26 marzo 2017 e depositato lo stesso giorno.

3. Si sono costituiti in giudizio il raggruppamento aggiudicatario e le amministrazioni intimate, sostenendo l’infondatezza del ricorso e l’irricevibilità dei motivi aggiunti, al riguardo sottolineando che il provvedimento con questi ultimi impugnato era già noto, in quanto richiamato nei verbali relativi ai documenti ai quali aveva avuto accesso.

4. Con la sentenza segnata in epigrafe l’adito Tribunale ha respinto il ricorso, ritenendolo infondato.

Quanto al primo motivo ha rilevato che dagli atti prodotti in giudizio risultava che la commissione di gara aveva effettivamente valutato l’incidenza sulla “moralità professionale” del R.T.I. EY – ANSA delle numerose condanne penale passate in giudicato, relative agli anni 1997 – 2007 a carico del Presidente e legale rappresentante della mandante ANSA, considerandole irrilevanti ai fini della valutazione di moralità professionale del concorrente.

Quanto al secondo motivo, concernente l’omessa dichiarazione da parte del R.T.I. aggiudicatario dell'intervenuta acquisizione di un ramo d’azienda (omissione che secondo il R.T.I. ricorrente non avrebbe il soccorso istruttorio, ma avrebbe dovuto determinare l’esclusione dalla gara), il tribunale ha osservato che proprio gli articoli 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, del d. lgs. 163 del 2006, introdotti dal DL n. 90/2014 (art. 39), convertito con legge n. 114 del 2014, consentono la regolarizzazione in ogni ipotesi di «mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando, al disciplinare di gara», aggiungendo peraltro che tale sanatoria è pertanto applicabile a qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, in relazione ai requisiti e condizioni di partecipazione, purché sussistenti alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta (non essendovi possibilità di acquisirli successivamente), con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta. Di qui, secondo il tribunale, la correttezza dell’operato dell’amministrazione appaltante non potendo ritenersi (in considerazione della finalità dell'istituto) precluso il soccorso istruttorio.

Quanto ai motivi aggiunti essi sono stati ritenuti irricevibili, in quanto notificati oltre il termine prescritto dall’art. 120, comma 5, del codice del processo amministrativo decorrente «dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto».

5. Con rituale atto di appello notificato il 18 agosto 2017 la Twister Communication ha chiesto la riforma di tale sentenza, deducendo:

1.Violazione e falsa applicazione dell’art. 38, co. 1, lett. c) del d. lgs. n. 163 del 2006, della lex specialis di gara (paragrafo 2 lett. A) e dei principi di buon andamento e proporzionalità. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di diritto e di fatto: a suo avviso l’elevato numero di condanne penali di cui era stato destinatario il Presidente dell’Ansa, precedenti che andavano valutati singolarmente quanto ai fatti contestati stante lo stesso oggetto della gara in questione riguardante proprio servizi di giornalismo, non ammetteva la valutazione positiva della moralità professionale del R.T.I. operata dall’amministrazione appaltante; ciò senza contare che quella inopinata valutazione era contenuta in un atto inammissibilmente sottratto all’accesso ai documenti, pur ritualmente esperito, così che erroneamente i motivi aggiunti, con cui tale atto, originariamente tenuto nascosto, era stato impugnato, erano stati dichiarati irricevibili; peraltro i motivi aggiunti proposti sulla valutazione di moralità non riguardavano neppure un provvedimento autonomo, ma solo una motivazione di un atto del procedimento indicato negli atti oggetto di ostensione nei suoi soli estremi, che non necessitava di un’impugnazione autonoma;

2.Violazione della lex specialis del disciplinare di gara: art. 2 (documenti e dichiarazioni da presentare) e allegato 1 (schema di dichiarazione). Violazione e falsa applicazione degli art. 38, co. 1, lett. c), e 46 del d. lgs. n 163 del 2006 e dei principi di buon andamento e proporzionalità. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di diritto e di fatto: secondo l’appellante, l’omessa dichiarazione da parte di E&Y dell’acquisizione nel 2015 del ramo di azienda della Keras Strategy S.r.l. non poteva essere in alcun modo sanata con il soccorso istruttorio.

6. Si è costituita in giudizio la Consip S.p.A., contestando nel merito il contenuto dell’appello e chiedendone il rigetto.

Si è costituita altresì, con sola memoria formale, la Ernst & Young S.p.A.

Alla pubblica udienza del 25 gennaio 2018 la causa è passata in decisione.

7. L’appello è infondato e va respinto.

7.1. Con il primo motivo di gravame l’appellante, riproponendo sostanzialmente l’analoga censura formulata in primo grado, lamenta la violazione dell’art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163 del 2006, sostenendo l’illegittimità della valutazione positiva della moralità professionale del RTI aggiudicatario, malgrado le numerose sentenze (34) penali di condanna del Presidente dell’Ansa, 33 delle quali 33 concernenti l’art. 596 bis del codice penale, nella qualità di direttore responsabile di varie testate giornalistiche nazionali.

Il motivo è infondato.

7.1.1. Posto che non è contestata né la sussistenza delle 34 condanne penali a carico del Presidente dell’ANSA, né la loro effettiva e completa dichiarazione ai fini della partecipazione alla gara di cui si discute, giusta l’art. 38, comma 1, lett. c), del d. lgs. n. 163 del 2006, deve ricordarsi che tale norma stabilisce che non possono partecipare alle procedure di affidamento e stipulare contratti con la P.A. i soggetti nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, “per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”: l'espressione “moralità” va riferita - per giurisprudenza costante - ad ogni reato commesso nell'esercizio di una attività professionale, da chiunque esercitata, con il solo limite della sua riconducibilità eziologica ad una attività in senso lato professionale, senza circoscriverne l'ambito al settore degli appalti pubblici.

La ricordata norma va considerata come presidio dell'interesse dell'Amministrazione a non contrarre obbligazioni con soggetti che non garantiscano adeguata moralità professionale: condizioni perché l'esclusione da un gara consegua alla condanna sono la gravità del reato e il riflesso dello stesso sulla moralità professionale.

7.1.2. Come costantemente osservato dalla giurisprudenza, la dichiarata esistenza di precedenti condanne penali passate in giudicato non determina automaticamente la esclusione dalla gara, essendo invece imprescindibile una puntuale valutazione da parte della stazione appaltante proprio della gravità del reato e della sua influenza sulla moralità professionale: tale valutazione è affidata alla più ampia discrezionalità tecnico – amministrativa della stazione appaltante, non richiedendosi un particolare onere motivazionale, essendo sufficiente che la stazione appaltante abbia acquisito tutti i dati utili, seguendo lo schema tracciato dalla legge per la verifica del requisito della moralità professionale (Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2017, n. 2727; 25 febbraio 2015, n. 927).

La gravità del reato, cui si riferisce la condanna penale passata in giudicato dichiarata dal concorrente, deve essere valutata in relazione alla moralità professionale ed a tal fine assume importanza fondamentale l’oggetto stesso del contratto cui si riferisce la gara (cfr. per tutte Cons. Stato, VI, 4 giugno 2010 n. 3560).

In definitiva la valutazione non va effettuata in astratto e relativamente al titolo del reato, ma tenendo conto delle peculiarità del caso concreto, ivi compresi gli elementi tutti (soggettivi e oggettivi) della fattispecie che ha dato luogo al reato e dei fatti successivi, in relazione alla prestazione da affidare in gara.

7.1.3. Ciò posto con riferimento alla valutazione operata nel caso concreto dalla stazione appaltante si rileva che, come si ricava dalla nota di Consip prot. 695/SAD/S/2016 del 28 giugno 2016 (contenuta nei verbali di gara e conosciuta nei suoi contenuti dall’appellante tramite accesso), la non incidenza sulla moralità professionale delle dichiarate sentenze penali di condanne è stata ritenuta: a) in quanto «la maggioranza delle 34 condanne riguardano il reato di "omesso controllo" (punito, infatti, a titolo di colpa secondo l'art. 57 c.p.), ovverosia il non aver esercitato sul contenuto del periodico diretto dal responsabile il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione fossero commessi reati, mentre altre «riguardano la commissione del reato di diffamazione a mezzo stampa ex art. 595 bis c.p. ed una è relativa al reato di pubblicazione arbitraria degli atti di un procedimento penale ex art. 684 c.p.» ovvero illeciti che « non rientrano tra le fattispecie di reato in danno dello Stato tipizzate dall'art. 38, comma 1, lett. c), del D.lgs. n. 163/2006»; b) in quanto “i reati predetti rientrano nella categoria dei delitti contro l’onore disciplinati dal Capo II del titolo XII “Dei delitti contro la persona” del libro II del Codice penale e dunque non rientrano tra le fattispecie di reato in danno dello Stato tipizzate dall’art. 38 comma 1 lett. c) del D. Lgs. n. 163/06”, né “…risultano inclusi nell’elenco di quelli per i quali gli artt. 32 ter e quater c.p. prevedono la pena dell’incapacità a contrarre con la Pubblica Amministrazione”.

Nella predetta nota la stazione appaltante ha anche evidenziato che 33 delle condanne irrogate al direttore responsabile costituivano una sorta di “responsabilità oggettiva” secondo parte della dottrina, perché non vi sarebbe stato il coinvolgimento soggettivo del direttore con conseguente assenza di una concreta volontà di offendere; inoltre per le predette condanne, che peraltro si riferivano ad un lungo arco temporale, erano state irrogate sanzioni minime; infine le funzioni attualmente ricoperte all’interno dell’ANSA non erano direttamente ricollegabile o equiparabili a quelle di direttore responsabile, avendo l’interessato funzioni di Presidente del consiglio di amministrazione, non coinvolte direttamente nell’attività oggetto della gara.

7.1.4. Da tanto consegue l’infondatezza della censura in esame, non potendosi negare che le precedenti condanne penali passate in giudicato sono state tutte dichiarate e che le stesse sono state valutate e considerate non rilevanti ai fini della moralità professionali, all’esito di un motivato apprezzamento che costituisce espressione di ampia discrezionalità, come tale insindacabile dal giudice amministrativo, salva l’ipotesi di manifesta illogicità, irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà o travisamento di fatto che non è dato ravvisare nel caso di specie.

7.1.5. L’infondatezza di tale censura rende poi irrilevante anche ogni questione in ordine alla pretesa erroneità della irricevibilità dei motivi aggiunti, che concernevano proprio la valutazione negativa dei precedenti penali sulla moralità professionali,

7.2. Altrettanto infondata è la seconda censura riguardante l’omessa dichiarazione dell’acquisizione nel 2015 da parte della E&Y della Keras Strategy S.r.l., omissione che, secondo l’appellante, avrebbe dovuto comportare l’esclusione dalla gara del RTI aggiudicatario, non essendo ammissibile il soccorso istruttorio consentito invece dalla stazione appaltante.

In realtà il giudice di primo grado ha correttamente fatto menzione del bando di gara che al paragrafo 17.1 stabiliva espressamente l’applicabilità alla procedura dell’art. 38, comma 2 bis, del d. lgs 163 del 2006, cosi come introdotto dal d. l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, per cui la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale concernente gli elementi e le dichiarazioni di cui all’art. 38 comma 2, nonché gli elementi e le dichiarazioni anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla normative ed alla legge di gara non avrebbe comportato l’esclusione dalla gara, ma l’obbligo di pagamento, nei confronti della Consip, da parte del concorrente che vi aveva dato causa, della sanzione pecuniaria pari a €. 50.000,00; nonché le conseguenze previste dal medesimo art. 38 comma 2 bis e l’assegnazione al concorrente di un termine non superiore a dieci giorni, per integrare o regolarizzare le dichiarazioni suddette, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, con la sanzione espulsiva nel caso di perdurante omissione.

Orbene tale previsione è contenuta e ribadita anche dal disciplinare di gara, con la specificazione delle modalità di applicazione.

Alla stregua di tali incontestate prescrizioni il comportamento della stazione appaltante, che ha ammesso al soccorso istruttorio il RTI aggiudicatario provvisorio del quale era stata accertata la mancata dichiarazione dell’acquisizione di un ramo d’azienda (con conseguenziale omessa dichiarazioni ex art. 38 dei soggetti titolari di cariche dell’azienda ceduta), risulta corretto e puntualmente applicativo dell’art. 38, comma 2 bis, del d. lgs. 163 del 2006, ossia della modificazione normativa risultante dalla legge n. 114 del 2014 prima richiamata, la quale consente la regolarizzazione in ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge ed alle norme di gara: ne discende che l'esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica è consentita solo nel caso di inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, dell'obbligo di integrazione documentale ovvero nel caso di difetto sostanziale del requisito richiesta dalla lex specialis.

Del resto non può sottacersi che, avendo il RTI concorrente e già dichiarato aggiudicatario provvisorio provveduto puntualmente e tempestivamente ad effettuare tutte le altre dichiarazioni ex art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, l’omissione riscontrata deve essere qualificata alla stregua di una dichiarazione incompleta e non mancante o inesistente, ben potendo essere la stessa regolarizzata proprio nell’ambito dell’attuazione della ratio del comma 2 bis dell’art. 38; va poi aggiunto che nessun impedimento è emerso a carico del raggruppamento a seguito dell’integrazione della dichiarazione per effetto del soccorso istruttorio, essendo così pienamente realizzato lo spirito della modifica legislativo cioè evitare l’esclusione dalla gara di soggetti o concorrente, in questo caso addirittura aggiudicatari provvisori, per effetto di meri vizi formali.

Nel caso di specie Consip ha agito legittimamente, consentendo a Ernst & Young di regolarizzare le dichiarazioni carenti, regolarizzazione che, con l’acquisizione dei certificati del casellario giudiziale dei soggetti indicati nella dichiarazione integrativa della mandataria E&Y quali cessati per effetto della detta operazione societaria, ne ha accertato l'assenza di condanne penali o di altri pregiudizi.

Infine deve essere ribadita l’infondatezza del rilievo concernente l’illegittimità dell’esercizio del soccorso istruttorio successivamente all’aggiudicazione provvisoria.

In sede di gara pubblica, se è vero che le irregolarità formali sono sempre sanabili, non può nondimeno sostenersi che l'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 sia espressione di un principio per il quale la sostanza prevale sempre sulla forma, atteso che i difetti di forma (quelli essenziali) devono essere sempre emendati prima dell'aggiudicazione; ed invero, si tratta di irregolarità che pretendono e necessitano di una sanatoria obbligatoria, in ciò differenziandosi dalle mere irregolarità contemplate dall'art. 21 octies l. 7 agosto 1990, n. 241, con la conseguente inapplicabilità nei giudizi sulle procedure di appalto della regola della « non annullabilità » del provvedimento irregolare, sulla quale si fonda il citato art. 21-octies.

Le procedure concorsuali, seppure finalizzate alla scelta della migliore offerta o del miglior candidato, operano all'interno di un quadro di regole poste a garanzia della leale e trasparente competizione, che devono essere rispettate nei limiti in cui ragionevolmente assolvano alla funzione di dirigere la competizione verso il risultato finale, e non si risolvano piuttosto in mere prescrizioni formali prive di aggancio funzionale o in meri ostacoli burocratici da superare. È la competizione il discrimen rispetto alla generale ipotesi di cui all'art. 21 octies, ed essa giustifica l'esigenza del rispetto di regole di ingaggio certe e ragionevoli, pur se formali, ossia concernenti la produzione di documenti entro un certo termine a prescindere dai contenuti degli stessi.

Ora l'art. 38-bis, finalizzato all’obiettivo di consentire la scelta della migliore offerta, ha attenuato il rigore sanzionatorio delle regole formali di gara, imponendo all'amministrazione, ove sia rilevato una irregolarità comunque "essenziale", di accettare la regolarizzazione in luogo dell'esclusione, sempre che ciò avvenga in un termine dato ed inderogabile, poiché tali irregolarità necessitano di un'obbligatoria sanatoria, in ciò differenziandosi dalle mere irregolarità contemplate dall'art. 21-octies della legge generale sul procedimento ed impedendo così la traslazione totale nei giudizi sulle procedure d'appalto, della regola della "non annullabilità" del provvedimento irregolare, sulla quale pacificamente poggia l'art. 21-octies (Cons. St., sez. III, 2 marzo 2017, n. 975).

8. Per le considerazioni finora esposte l’appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio possono essere compensate, alla luce della peculiarità della fattispecie.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Pubblicato il 20/03/2018
N. 00327/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00611/2017 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 611 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Co.Pa.T. Soc. Coop, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Finocchiaro, Stefania Pedace, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Antonio Finocchiaro in Torino, corso Re Umberto 65;
contro
Museo Nazionale dell'Automobile “Avv. Giovanni Agnelli”, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Merani, Antonella Borsero, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Carlo Merani in Torino, Galleria Enzo Tortora N. 21;
nei confronti di
Verona 83 Scarl, Cis Cooperativa Italiana Servizi Societa Cooperativa, Best Union Company Spa, rappresentate e difese dagli avvocati Giovanni Sala, Giuseppe Gortenuti, Marcella Allasio, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Marcella Allasio in Torino, corso Einaudi;
Per:
A) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:
I) l’annullamento:
- - della Determinazione del Direttore del Museo Nazionale dell'Automobile “Avv. Giovanni Agnelli” del 10/05/2017 comunicata tramite pec in data 12/05/17, avente ad oggetto l' aggiudicazione definitiva ed efficace ai sensi dell'art. 32, comma 5, del d.lgs. 50/16 al RTI costituendo tra Verona 83 soc. coop., Best Union Company S.p.a. e C.I.S. Cooperativa Italiana Servizi della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di sorveglianza sale museali e biglietteria del Museo Nazionale dell'Automobile “Avv. Giovanni Agnelli” - CIG 6726981056 per la durata di 2 (due) anni, a decorrere dalla data di stipula del contratto, con opzione per un ulteriore anno e per l'importo di € 911.370,00, IVA esclusa, oltre oneri per la sicurezza pari ad € 22.800,00, IVA esclusa;
- - di tutti gli atti connessi e/o presupposti tra i quali in particolare:
- - di tutti i verbali delle operazioni di gara, nonché di tutti gli allegati ai verbali e della valutazione delle offerte; della tabella comparativa dei progetti pervenuti e di ogni altro atto presupposto e/o consequenziale;
- - degli atti relativi al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta del RTI costituendo tra Verona 83 soc. coop. - mandataria - , Best Union Company S.p.a. - mandante – e C.I.S. Cooperativa Italiana Servizi – mandante, in particolare il verbale della III seduta riservata, 26/04/17 e ove occorresse della relazione sul costo della manodopera redatta dal consulente del lavoro dott. Guido Musso, all. n. 1 al verbale, e del verbale del 10/05/17;
- - di ogni altro atto presupposto, connesso o comunque consequenziale e per ogni ulteriore statuizione
II) per la declaratoria di inefficacia , e conseguente subentro ex art. 122 c.p.a., del contratto di appalto tra Museo Nazionale dell'Automobile “Avv. Giovanni Agnelli” e RTI costituendo tra Verona 83 soc. coop. - mandataria - , Best Union Company S.p.a. - mandante – e C.I.S. Cooperativa Italiana Servizi – mandante, qualora stipulato nelle more del presente giudizio;
III) in via subordinata al mancato accoglimento della domanda di declaratoria di inefficacia e conseguente subentro: per l'annullamento della procedura de qua;
IV) nonché, in subordine, per il risarcimento dei danni patiti e patiendi da CO.PA.T. Soc. Coop in proprio e in qualità di eligenda mandataria del RTI costituendo tra la stessa e Rear Società Cooperativa (mandante) in conseguenza della mancata aggiudicazione dalla gara per l'affidamento della procedura in questione.
B) per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da VERONA 83 S.C.R.L. il 2872017 :
I) per l’annullamento:
- - della determinazione del Direttore del Museo Nazionale dell'Automobile del 10 maggio 2017 di aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento dei servizi di sorveglianza sale museali e biglietteria del Museo nella parte in cui non ha sottoposto alla verifica di anomalia e, all'esito, escluso in quanto anomala, l'offerta dell'a.t.i. con capogruppo la società CO.PA.T.
C) per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da CO.PA.T. SOC. COOP il 21122017 :
I) per l’annullamento:
- - della Determinazione del Direttore del Museo Nazionale dell'Automobile “Avv. Giovanni Agnelli” del 15/11/2017 comunicata tramite pec in data 17/11/17 e depositata nella stessa data in giudizio dall'Amministrazione (doc. 19) avente ad oggetto l' Aggiudicazione definitiva ed efficace ai sensi dell'art. 32, comma 5, del d.lgs. 50/16 al RTI costituendo tra Verona 83 soc. coop., Best Union Company S.p.a. e C.I.S. Cooperativa Italiana Servizi della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di sorveglianza sale museali e biglietteria del Museo Nazionale dell'Automobile “Avv. Giovanni Agnelli” - CIG 6726981056 per la durata di 2 (due) anni, a decorrere dalla data di stipula del contratto, con opzione per un ulteriore anno e per l'importo di € 911.370,00, IVA esclusa, oltre oneri per la sicurezza pari ad € 22.800,00, IVA esclusa, unitamente alla relazione del dott. Musso alla determinazione allegata (All. n. 1) e di ogni altro atto connesso al procedimento di valutazione di anomalia,
- - nonché di tutti gli atti connessi e/o presupposti tra i quali in particolare:
- - della Determinazione del Direttore del Museo Nazionale dell'Automobile “Avv. Giovanni Agnelli” del 10/05/2017 comunicata tramite pec in data 12/05/17 avente ad oggetto l' Aggiudicazione definitiva ed efficace ai sensi dell'art. 32, comma 5, del d.lgs. 50/16 al RTI costituendo tra Verona 83 soc. coop., Best Union Company S.p.a. e C.I.S. Cooperativa Italiana Servizi della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di sorveglianza sale museali e biglietteria del Museo Nazionale dell'Automobile “Avv. Giovanni Agnelli” - CIG 6726981056 per la durata di 2 (due) anni, a decorrere dalla data di stipula del contratto, con opzione per un ulteriore anno e per l'importo di € 911.370,00, IVA esclusa, oltre oneri per la sicurezza pari ad € 22.800,00, IVA esclusa;
- - di tutti i verbali delle operazioni di gara, nonché di tutti gli allegati ai verbali e della valutazione delle offerte; della tabella comparativa dei progetti pervenuti e di ogni altro atto presupposto e/o consequenziale;
- - degli atti relativi al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta del RTI costituendo tra Verona 83 soc. coop. - mandataria - , Best Union Company S.p.a. - mandante – e C.I.S. Cooperativa Italiana Servizi – mandante, in particolare il verbale della III seduta riservata, 26/04/17 e ove occorresse della relazione sul costo della manodopera redatta dal consulente del lavoro dott. Guido Musso, all. n. 1 al verbale, e del verbale del 10/05/17;
- - di ogni altro atto presupposto, connesso o comunque consequenziale e per ogni ulteriore statuizione
II) per la declaratoria di inefficacia e conseguente subentro ex art. 122 c.p.a. del contratto di appalto tra Museo Nazionale dell'Automobile “Avv. Giovanni Agnelli” e RTI costituendo tra Verona 83 soc. coop. - mandataria - , Best Union Company S.p.a. - mandante – e C.I.S. Cooperativa Italiana Servizi – mandante, qualora stipulato nelle more del presente giudizio;
III) in via subordinata al mancato accoglimento della domanda di declaratoria di inefficacia e conseguente subentro: per l'annullamento della procedura de qua
IV) nonché, in subordine, per il risarcimento dei danni patiti e patiendi da CO.PA.T. Soc. Coop in proprio e in qualità di eligenda mandataria del RTI costituendo tra la stessa e Rear Società Cooperativa (mandante) in conseguenza della mancata aggiudicazione dalla gara per l'affidamento della procedura in questione.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Museo Nazionale dell'Automobile “Avv. Giovanni Agnelli” e di Verona 83 Scarl e di Cis Cooperativa Italiana Servizi Societa Cooperativa e di Best Union Company Spa;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2018 la dott.ssa Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con bando del 23 giugno 2016 il Museo Nazionale dell’Automobile “Avv.to Giovanni Agnelli” (in prosieguo solo “il Museo”) ha indetto una gara per l’affidamento del servizio sorveglianza sale museali e biglietteria.
2. Entro il termine previsto dal bando di gara hanno presentato offerta la Società Servizi Socio Culturale - Cooperativa Sociale Onlus Bigiesse S.r.l.; il RTI costituendo tra Verona 83 soc. coop. (mandataria), Best Union Company S.p.a. (mandante) e C.I.S. Cooperativa Italiana Servizi (mandante); il ricorrente RTI costituendo tra CO.PA.T. Soc Coop. (mandataria) e Rear Società Cooperativa (mandante); Le Macchine Celibi soc. coop..
3. All’esito delle operazioni di gara è risultato vincitore l’RTI Verona 83, con complessivi 88,965 punti; il Consorzio ricorrente è risultato secondo con punti 84,93.
4. L’offerta economica del Raggruppamento Verona 83 è risultata anomala ed è stata sottoposta a verifica di congruità.
5. Esaminati i giustificativi prodotti dall’aggiudicatario, nella seduta pubblica in data 10 maggio 2017 il RUP ha comunicato l’esito del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta e la conseguente aggiudicazione del servizio a favore del RTI Verona 83. Pertanto con Determinazione del Direttore del Museo Nazionale dell’Automobile “Avv. Giovanni Agnelli” del 10/05/2017 la gara veniva aggiudicata al RTI Verona 83.
6. Avverso tale provvedimento il CO.PA.T., secondo classificato, ha proposto impugnazione deducendo, con unico ed articolato motivo, la illegittimità della valutazione di congruità compiuta dalla Stazione appaltante: violazione di legge con riferimento all’articolo 97 D.Lgs. 18/04/2016, n.50; violazione di legge con riferimento agli articoli 23, comma 16, 30, comma 3 et 8, 4, 48, comma 4, D.Lgs. 18/04/2016, n.50; violazione con riferimento agli articoli 3, comma 1, et 6, comma 2, L. 03/04/2001, n.142; violazione di legge con riferimento all’articolo 36, L. 20/05/1970, n. 300; violazione di legge con riferimento ai principi generali in materia di anomalia e congruità dell’offerta in sede di affidamento di contratti pubblici; eccesso di potere sotto il profilo della assente e/o insufficiente motivazione, illogicità e contraddittorietà, travisamento dei fatti e dei presupposti; illegittimità derivata.
7. La Stazione Appaltante ed il Raggruppamento Verona 83 si sono costituiti in giudizio insistendo per la reiezione del ricorso.
8. Con ordinanza cautelare n. 300 del 15 luglio 2017 il Collegio ha sospeso gli atti impugnati ed ha ordinato alla Stazione Appaltante di riaprire il procedimento di verifica, rilevando che: a) il costo orario del personale, sul quale si era fondata l’offerta economica dell’aggiudicatario, teneva conto dei risparmi di spesa derivanti dalla applicazione del Regolamento interno della società Coop. Verona 83, il quale Regolamento non riconosce ai soci lavoratori i permessi di studio, i permessi elettorali e le festività; b) che un simile trattamento economico, di matrice prettamente negoziale e non legale, ove pure legittimo dal punto di vista meramente gius-lavoristico, non sembrava potersi riconoscere tale anche ai fini della formulazione di una offerta economica nell’ambito di una gara indetta per l’affidamento di un appalto pubblico, ciò comportando un evidente vantaggio per tutti quegli enti che, appunto in forza di strumenti meramente negoziali e non già in diretta applicazione di una norma cogente, generale ed astratta, sostengono costi aziendali di mano d’opera significativamente inferiori alla generalità delle imprese che partecipano al mercato delle commesse pubbliche, alterando in tal modo la par condicio che deve sussistere tra tutti i partecipanti ad una gara; c) che pertanto il costo del lavoro della Cooperativa Verona 83 avrebbe dovuto essere verificato applicando integralmente ai soci lavoratori dipendenti dalla stessa il contratto collettivo di categoria di riferimento, e dunque considerando l’obbligo del datore di lavoro di corrispondere al lavoratore la retribuzione anche relativamente ai giorni di assenza dovuti a permessi di studio, elettorali ed ai giorni delle festività; d) che, inoltre, il costo orario della mano d’opera è stato determinato dalla Cooperativa Verona 83 tenendo conto anche della “morbilità storica” dei propri dipendenti, senza considerare che tale dato storico non può essere applicato ai dipendenti dell’attuale gestore destinati ad essere riassorbiti: con riferimento al personale oggetto di riassorbimento, pertanto, l’offerta avrebbe dovuto tenere conto della di loro specifica “morbilità storica” ovvero, non constando tale dato, avrebbe dovuto semplicemente considerare le ore medie annue di assenza per malattia stimate nelle tabelle ministeriali.
9. Con ricorso incidentale passato a notifica il 19 luglio 2017 e depositato il successivo 28 luglio il Raggruppamento Verona 83 ha impugnato a sua volta la determinazione del Direttore del Museo Nazionale dell’Automobile “Avv. Giovanni Agnelli” del 10 maggio 2017, di aggiudicazione definitiva del servizio oggetto di gara, per la parte in cui tale determinazione non ha sottoposto alla verifica di anomalia, e dipoi escluso, l’offerta dell’a.t.i. con capogruppo CO.PA.T.; con tale ricorso il Raggruppamento Verona 83 ha sostanzialmente argomentato che l’offerta economica di CO.PA.T, al netto degli oneri della sicurezza, differisce dalla offerta di esso aggiudicatario per pochi centesimi e quindi non si comprende come essa possa essere sufficiente a coprire tutti i costi derivanti dalla applicazione del CCNL di riferimento, a meno di supporre che CO.PA.T. intenda applicare il CCNL relativo alla vigilanza privata ed ai servizi fiduciari, che però ai lavoratori assicura un guadagno simile a quello riconosciuto dalla Cooperativa Verona 83 ai propri dipendenti; si dovrebbe quindi concludere, secondo la ricorrente incidentale, che o il CCNL servizi fiduciari è correttamente applicabile, ed allora anche l’offerta economica del Raggruppamento aggiudicatario deve essere ritenuta congrua; ovvero deve essere applicato il CCNL multiservizi, che comporta un maggior costo per il datore di lavoro, ed allora anche l’offerta della ricorrente deve essere considerata necessariamente anomala.
10. CO.PA.T. e la Stazione Appaltante hanno resistito al ricorso incidentale, deducendone la inammissibilità, stante che la offerta economica della seconda classificata non è stata sottoposta a verifica di anomalìa.
11. Con ricorso per motivi aggiunti passato a notifica il 15 dicembre 2017 e depositati il successivo 21 dicembre, la ricorrente ha impugnato la determinazione del Direttore del Museo Nazionale dell’Automobile “Avv.to Giovanni Agnelli” del 15/11/2017, a mezzo della quale, dopo la riapertura del procedimento di verifica della anomalìa e la valutazione delle ulteriori giustificazioni fornite dall’aggiudicatario, il servizio è stato (ri)aggiudicato in via definitiva al Raggruppamento Verona 83. Ha argomentato CO.PA.T. in particolare, che a seguito della ordinanza cautelare n. 300/2017, l’aggiudicatario, con le nuove giustificazioni, avrebbe ricostruito a ritroso le varie componenti di costo; che la nuova valutazione di congruità è stata effettuata tenendo conto di un costo orario inferiore a quello reale, come corretto e precisato dallo stesso Raggruppamento Verona 83, di guisa che il costo reale per la manodopera in realtà copre integralmente sia i costi generali che gli utili di impresa da ultimo dichiarati; l’importo indicato per le spese generali è stato modificato in modo abnorme, venendo ridotto a circa un decimo; la maggiorazione derivante dalla applicazione del CCNL, così come calcolata direttamente dall’aggiudicatario, ammonta a circa 30.000,00 euro in più di quanto valutato dalla Stazione Appaltante. La ricorrente ha inoltre dedotto che la seconda verifica sarebbe stata condotta in maniera più ampia di quanto stabilito nella ordinanza cautelare, la quale ultima sarebbe stata disattesa laddove ha imposto di tener conto, nel calcolo del costo della manodopera, della morbilità media desumibile delle tabelle ministeriali e non da quelle proprie del Raggruppamento aggiudicatario; in sede di giustificazione l’aggiudicatario ha comunque modificato sostanzialmente l’offerta nel tentativo di renderla congrua.
12. La Stazione Appaltante ed il controinteressato hanno resistito anche a tale impugnazione, sostanzialmente riconoscendo che l’offerta originaria del Verona 83 era basata su parametri differenti e che perciò in sede di revisione la voce costi generali ed utili hanno subito una modificazione; la stessa peraltro ha insistito nell’affermare che alle imprese partecipanti non si può impedire di esprimere la propria competitività derivante dalla particolare struttura adottata e quindi dalla possibilità di usufruire di particolari sgravi di costo derivanti dalla applicazione di norme di fonte legale o convenzionale.
13. Il Raggruppamento Verona 83, dal canto suo, ha richiamato i principi elaborati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato relativamente alla natura discrezionale e non sanzionatoria del giudizio di congruità della offerta anomala, della irrilevanza di un utile di scarsa entità, della possibilità di modificare, con le giustificazioni sopravvenute, le voci di costo che compongono l’offerta purché essa risulti nel suo complesso affidabile.
14. Dopo ulteriore scambio di memorie il ricorso, sussistendo i requisiti di cui all’art. 60 c.p.a., è stato chiamato alla udienza in camera di consiglio del 10 gennaio 2017 allorché, previo avviso ai difensori, è stato introitato a decisione per definizione con sentenza in forma semplificata.
15. In via preliminare il Collegio ritiene di dover affermare la inammissibilità del ricorso incidentale siccome diretto, nella sostanza, a sollecitare al Giudicante un sindacato sulla pretesa anomalìa della offerta presentata dalla ricorrente: un tale sindacato risulta allo stato impossibile stante che l’offerta del CO.PA.T non risulta essere mai stata formalmente dichiarata anomala e tanto meno essere stata sottoposta a verifica di congruità, di guisa che allo stato non esiste un provvedimento della Stazione Appaltante che si sia pronunciata al proposito. Il sindacato sollecitato con il ricorso incidentale risulta quindi inammissibile in quanto tendente ad ottenere dal Giudice, in violazione dell’art. 34 comma 2 c.p.a., una pronuncia su poteri amministrativi che non sono ancora stati esercitati.
16. Ciò premesso è ancora opportuno chiarire preliminarmente, in fatto, che secondo quanto previsto dall’art. 5 comma 8 e comma 12 del Regolamento interno della Cooperativa Verona 83, questa ultima non riconosce ai soci lavoratori la retribuzione per i permessi per motivi elettorali e di studio ed altresì per i giorni di festività non lavorati, salvo “casi in cui vengano stipulati degli accordi diversi con singoli soci o gruppi di soci lavoratori” (art. 5, comma 12). Il medesimo regolamento prevede anche, all’art. 3, comma 1, che “Ai soci con i quali è instaurato un contratto di lavoro subordinato, con le modalità previste dal presente regolamento il trattamento economico complessivo sarà proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione nazionale” e che “Per i soci con contratto di lavoro subordinato, ai sensi dell’art. 3 della Legge 142/2001, il trattamento economico sarà calcolato in base alle remunerazioni orarie minime previste nelle tabelle dei CCNL di riferimento nazionali”. Infine, sempre all’art. 5 comma 12, il Regolamento prevede che la retribuzione non venga maggiorata secondo quanto previsto dalla contrattazione collettiva.
16.1. Secondo il Consorzio ricorrente l’aggiudicatario ha presentato una offerta economica che si fonda, dichiaratamente sulla applicazione del CCNL “multiservizi” nonché sul mancato riconoscimento della retribuzione ai soci lavoratori relativamente ai giorni di assenza dovuta a permessi di studio, permessi elettorali o a festività; e tale assunto, che sostanzialmente non è mai stato smentito, si è rivelato spiegare, nella fattispecie, un ruolo assai significativo nella riduzione del costo della manodopera: infatti in esito alla riapertura della fase di verifica di congruità della offerta ordinata dal Collegio, la applicazione “integrale” del CCNL “multiservizi” ha comportato, secondo quanto si legge nelle giustificazioni prodotte dal Raggruppamento Verona 83 dell’11 settembre 2017, un aumento del costo della manodopera di circa 66.129,00 euro, tanto da costringere l’aggiudicatario a modificare in modo sensibile, rispetto alle giustificazioni prodotte il 13 dicembre 2016, altre componenti della offerta economica, e precisamente: la voce “costi generali”, che dall’1,8% (pari a 16.398,00 euro) di cui alle giustificazioni del 13 dicembre 2016 è passata a complessive Euro 1.632,92; e la voce “utili di impresa”, passata dal 2,2% (pari ad Euro circa 20.000,00 euro) ad Euro 16,320,00. Lo stesso Raggruppamento aggiudicatario, avvedutosi dei ristretti margini lasciati ai costi generali ed all’utile di impresa, ha successivamente dichiarato, durante questa seconda fase di verifica di congruità della offerta, di voler e poter applicare al proprio personale il CCNL “Servizi fiduciari”, che consentirebbe al Raggruppamento aggiudicatario di conseguire un utile di circa 89.000,00 euro, pure tenendo conto della necessità retribuire i giorni di permesso speciale e di festività, nonché di riconoscere gli aumenti previsti dal CCNL per le giornate di lavoro festivo.
16.2. Il Collegio non intende entrare nel merito della validità gius-lavoristica delle previsioni sopra richiamate, contenute nel Regolamento interno della Cooperativa Verona 83; ma non può esimersi dall’osservare che tali previsioni determinano, favore della stessa, delle economie sul costo della manodopera che non dipendono in alcun modo da fattori esterni essendo condizionate unicamente dalla volontà della Cooperativa stessa e dalla applicazione del Regolamento interno che essa si è data: in ciò si riscontra una evidente differenza rispetto alle economie di spesa determinate, ad esempio, dalla ridotta morbilità dei dipendenti, ovvero dalla bassa incidenza di infortuni (che determina sconti sul premio INAIL), o ancora da un regime di tassazione agevolato, situazioni, queste, che determinano risparmi di costi generali che conseguono dalla applicazione di norme valevoli per tutte le imprese che versano in situazioni analoghe ovvero che dipendono da fattori che sfuggono il controllo del datore di lavoro (come nel caso della ridotta morbilità dei dipendenti, che determina un costo medio orario della manodopera inferiore a quello indicato dalle tabelle ministeriali). Nel caso di specie, invece, si tratta sic et simpliciter di non riconoscere ai lavoratori, solo perché questi vi avrebbero unilateralmente rinunciato sottoscrivendo il Regolamento interno della Società, il diritto a percepire il trattamento economico che spetta in generale a tutti i lavoratori dipendenti a fronte di determinate assenze nonché il diritto a percepire, per l’attività lavorativa prestata in giornata festiva, le maggiorazioni sulla retribuzione che i CCNL riconoscono per il lavoro festivo: orbene, è evidente che in questo caso l’economia di spesa è determinata unicamente dalla volontà della Società Cooperativa di far sottoscrivere ai propri soci il Regolamento interno di cui sopra si è visto ed altresì dalla volontà di dare integrale applicazione alle previsioni sopra richiamate, contenute nell’articolo 15, alle quali sarebbe possibile derogare. In tutto ciò il Collegio non ravvisa una di quelle “potenzialità competitive”, collegate a delle “asimmetrie virtuose collegate alle proprie caratteristiche ontologiche e alle proprie capacità concorrenziali”, che hanno indotto il Consiglio di Stato nella pronuncia n. 84/2015 (citata dal Museo Nazionale dell’Automobile), a ritenere insussistente la lesione della par condicio laddove una determinata offerta economica risulti più competitiva proprio in ragione della sussistenza di tali particolarità: in effetti nel caso che qui interessa la maggior competitività non è determinata da un qualche tipo di sforzo (organizzativo od economico) ascrivibile alla governance della Cooperativa Verona 83 (ad esempio: gli sconti sui premi INAIL determinati dalla bassa incidenza di infortuni sono evidentemente anche il frutto della adozione, da parte della impresa, di una politica di prevenzione e formazione, per implementare la quale l’impresa ha dovuto sostenere uno sforzo economico ed organizzativo; considerazioni simili valgono laddove si riscontri un basso tasso di morbilità, segno che le condizioni di lavoro sono evidentemente favorevoli alla salute delle maestranze; e così via dicendo), bensì unicamente dalla rinuncia, da parte delle maestranze, ad una parte del trattamento economico che sarebbe loro dovuto in base alla contrattazione collettiva, rinuncia che consente alla Cooperativa di conseguire un risparmio di costi notevolissimo, che nulla “costa” alla Cooperativa Verona 83 in termini di sforzi e che in tal senso non è frutto di una sana “competizione”.
16.3. Tiene dunque il Collegio a sottolineare che ciò che qui viene in considerazione non è la capacità della Cooperativa Verona 83 di conseguire “sgravi” sul costo del lavoro, ma solo la disponibilità dei suoi soci lavoratori a rinunciare ad una parte del trattamento economico che è previsto dalla contrattazione collettiva, rinuncia che non sarebbe ugualmente valida se espressa da lavoratori dipendenti da enti diversi da una società cooperativa, che la stessa Cooperativa Verona 83 potrebbe anche non pretendere (tanto che nell’art. 5 comma 12 del Regolamento è espressamente fatta salva la possibilità di diversa pattuizione) e che peraltro neppure costituisce un corollario essenziale degli scopi mutualistici e di collaborazione che caratterizzano le società cooperative.
16.4. Osserva ancora il Collegio come la applicazione della clausola regolamentare di cui si discute nel caso di specie si è tradotta in un risparmio notevolissimo: nei giustificativi del 27 ottobre 2017 (doc. 18 prodotto dal Museo) il Raggruppamento Verona 83, nella tabella 4 ha quantificato Euro 1.200,68 per spese annue relative a permessi di studio ed Euro 17.076,40 per spese annue relative a festività: in tutto, sul triennio, Euro 52.429,88 (la maggior spesa di Euro 66.129,00 derivante dalla applicazione della ordinanza cautelare n. 300/2017 deriva anche dalla necessità di tenere conto della morbilità emergente dalle tabelle ministeriali).
16.5. Orbene, ammessa - ma non concessa - la validità sostanziale di clausole che consentano ai soci lavoratori di una società cooperativa di rinunciare ad una parte del trattamento economico che loro spetterebbe in base alla contrattazione collettiva, è evidente che simili clausole riducono in maniera significativa il costo del lavoro gravante sulle società cooperative, rendendole in via di fatto molto più competitive delle imprese che esercitano la medesima attività in forma diversa da quella della società cooperativa. E’ parimenti evidente che una clausola come quella sopra esaminata, che esclude a favore del lavoratore la maggiorazione relativa al lavoro festivo, esplica in tal senso una efficacia ancora maggiore laddove la società cooperativa operi nell’ambito di servizi destinati ad essere espletati prevalentemente, o molto spesso, in giornate festive - come appunto il servizio di guardiania e biglietteria dei musei - tanto da potersi dubitare, in un simile contesto, della validità della clausola in quanto espressione di abuso del diritto.
16.6. Tutto ciò premesso e sottolineato il Collegio ritiene che nell’ambito di una gara indetta per l’affidamento di un contratto pubblico la riduzione del costo del lavoro che taluni soggetti, come le società cooperative, possano procurarsi attraverso la implementazione di meccanismi di natura pattizia simili a quelli sopra esaminati, e segnatamente attraverso la rinuncia, da parte delle maestranze, ad una parte del trattamento economico che loro spetterebbe in base alla contrattazione collettiva, non può e non deve essere tenuta in considerazione ai fini della valutazione della congruità della offerta economica presentata da tali soggetti e/o del costo del lavoro indicato ai sensi dell’art. 95 comma 10 del D. L.vo 50/2016: ciò per la ragione che si determina a favore di essi un vantaggio che deve considerarsi lesivo della par condicio nella misura in cui non è espressione di uno “sforzo imprenditoriale”, e quindi, di una “sana competizione”, e che può anche configurarsi come una forma di abuso del diritto Ai fini di che trattasi, pertanto, le stazioni appaltanti debbono determinare il costo del lavoro esposto dalle società cooperative, per l’attività prestata dai lavoratori soci e non soci, in applicazione integrale dei diritti riconosciuti dalla contrattazione collettiva di riferimento, e ciò al fine di ristabilire un corretto confronto concorrenziale rispetto agli altri operatori le cui maestranze non possano/vogliano rinunciare a determinate provvidenze.
17. L’offerta del Raggruppamento aggiudicatario, riveduta alla luce del principio sopra esposto, è risultata sottostimata di oltre 52.000,00 euro solo in ragione della mancata considerazione delle retribuzioni dovute ai dipendenti per i giorni di festività e per i permessi di studio. A ciò si è poi aggiunto un ulteriore costo determinato dal fatto che il Raggruppamento Verona 83 aveva conteggiato il costo medio orario applicando ai dipendenti del gestore uscente destinati ad essere riassunti ed ai dipendenti della Best Union Company S.p.A. il tasso di assenza per malattia dei propri lavoratori, più basso di quello indicato nelle tabelle ministeriali, e ciò senza effettuare una verifica in concreto sul tasso di morbilità di tali lavoratori. Nel complesso, come già evidenziato, il costo del lavoro indicato dal Raggruppamento aggiudicatario nella prima fase di verifica della congruità della offerta è risultato sottostimato, per le ragioni sopra esposte, di circa 66.000,00 euro.
18. Per coprire tale maggior costo il Raggruppamento aggiudicatario ha riveduto in maniera importante sia la voce relativa agli utili di impresa sia quella relativa ai costi generali, che da circa 16.400,00 euro originariamente esposte, è passata a 1.632,00 euro.
19. Pur consapevole dell’orientamento giurisprudenziale che ammette che nel corso del procedimento di verifica di congruità l’operatore possa apportare modifiche ed aggiustamenti alle voci di costo come in precedenza indicate, il Collegio stima che nel caso di specie tale principio non possa essere utilmente invocato, giacché la differenza nella quantificazione dei costi generali è troppo importante, tale da rendere il ridimensionamento operato in seconda battuta del tutto inattendibile, tanto più perché privo di motivazione, ed anzi dichiaratamente determinato dalla necessità di adeguare il costo del lavoro alle indicazioni impartite con l’ordinanza cautelare n. 300/2017.
20. Né la congruità della offerta economica del Raggruppamento aggiudicatario potrebbe essere recuperata applicando alle relative maestranze il CCNL relativo alla vigilanza privata ed ai servizi fiduciari, anziché il CCNL “multiservizi”: al proposito il Collegio rileva che è stato lo stesso Raggruppamento, nella prima fase della verifica di congruità, a dichiarare di voler applicare il CCNL “multiservizi”, e questo fa presumere che i lavoratori che esso ha alle sue dipendenze, o che dovrà riassumere dal precedente gestore, siano già inquadrati secondo il CCNL “multiservizi”, di guisa che non v’è alcuna certezza sul fatto che l’aggiudicatario possa reinquadrare tali lavoratori nel CCNL “vigilanza privata e servizi fiduciari”.
21. Tenuto conto dell’effettivo costo del lavoro che il Raggruppamento deve sostenere per far fronte alla esecuzione del contratto, del fatto che la somma di 1.632,00 euro è evidentemente insufficiente – per le ragioni sopra esposte - a coprire i costi generali, nonché della esiguità degli utili di impresa residui, l’offerta del Raggruppamento aggiudicatario deve ritenersi macroscopicamente insufficiente a coprire tutti i costi derivanti dalla esecuzione dell’appalto per cui è causa.
22. Il ricorso va pertanto accolto con conseguente annullamento delle Determinazioni del Direttore del Museo Nazionale dell’Automobile del 10 maggio 2017, impugnata con il ricorso introduttivo del giudizio, nonché del 15 novembre 2017, impugnata con i motivi aggiunti, a mezzo delle quali l’appalto per cui è causa è stato aggiudicato al Raggruppamento Verona 83.
23. In esecuzione della presente decisione il Museo Nazionale dell’Automobile “Avv.to Giovanni Agnelli” riaprirà il procedimento di verifica della congruità della offerta presentata dal Raggruppamento Verona 83, e provvederà a riesaminare le giustificazioni già raccolte alla luce delle statuizioni che precedono, adottando dipoi i provvedimenti conseguenziali.
24. La novità della questione portata alla attenzione del Collegio giustifica la compensazione delle spese del giudizio.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l’effetto annulla le Determinazioni del Direttore del Museo Nazionale dell’Automobile del 10 maggio 2017, impugnata con il ricorso introduttivo del giudizio, nonché del 15 novembre 2017, impugnata con i motivi aggiunti, a mezzo delle quali l’appalto per cui è causa è stato aggiudicato al Raggruppamento Verona 83.
Visto l’art. 34 comma 1 lett. e), in esecuzione della presente decisione il Museo Nazionale dell’Automobile “Avv.to Giovanni Agnelli” riaprirà il procedimento di verifica della congruità della offerta presentata dal Raggruppamento Verona 83, e provvederà a riesaminare le giustificazioni già raccolte alla luce delle statuizioni che precedono, adottando dipoi i provvedimenti conseguenziali.
Compensa tra le parti le spese del giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Domenico Giordano, Presidente
Silvana Bini, Consigliere
Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore