

N. 03854/2016REG.PROV.COLL.

N. 01541/2016 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 1541 del 2016, proposto dalla Ericsson Telecomunicazioni S.p.a. in proprio e in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con la TPR Service S.r.l. (mandante), con la Quinary S.p.a. (mandante) e con la Service-Tech S.r.l. (mandante), rappresentate e difese dagli avvocati Filippo Arturo Satta C.F. STTFPP40B02D969D e Anna Romano C.F. RMNNA65L63D612E, con domicilio eletto presso lo Studio legale Satta Romano & Associati in Roma, Foro Traiano, 1/A

contro

Consip S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Cecilia Martelli C.F. MRTCCCL63T44G273H e Andrea Guarino C.F. GRNNDNR53T20H501M, con domicilio eletto presso Andrea Guarino in Roma, piazza Borghese, 3

nei confronti di

SCS Italia soc. coop. a r.l., SDA Express Courier S.p.a. (in qualità di soggetto incorporante la Italia Logistica S.r.l.) non costituiti in giudizio

per la riforma della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione III, n. 622/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Consip S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Laura Gentili su delega dell'avvocato Filippo Satta, nonché l'avvocato Elisabetta Pistis su delega dell'avvocato Andrea Guarino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. del Lazio e recante il n. 6858/2015, la Ericsson Telecomunicazioni s.p.a., la Quinary s.p.a., la Service-Tech s.r.l. e la TPR Service s.r.l., premesso di aver partecipato in R.T.I. (la prima in qualità di mandataria, le altre di mandanti) alla gara di appalto indetta dalla Consip s.p.a. nel maggio del 2014 per l'affidamento dei servizi di manutenzione hardware fuori garanzia per gli uffici centrali e periferici del sistema informativo della fiscalità della Sogei, impugnavano il provvedimento di esclusione disposto a proprio carico.

L'impugnazione riguardava anche la richiesta di escussione della cauzione provvisoria formulata da Consip nei confronti di Intesa Sanpaolo s.p.a. e la segnalazione dell'esclusione effettuata dalla Stazione Appaltante nei confronti dell'ANAC.

Il R.T.I. Ericsson, che pure si era classificato primo nella graduatoria provvisoria con 87,35 punti, è stato escluso dalla competizione perché la stazione appaltante ha ritenuto mendace la dichiarazione effettuata – ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera i) e degli articoli 2 e 4.2 del disciplinare di gara - a corredo dell'offerta presentata, relativa all'assenza di gravi irregolarità contributive definitivamente accertate in capo ai membri della compagine.

In particolare, Consip ha rilevato che la mandante Quinary s.p.a., secondo un DURC rilasciato il 12 febbraio 2015, presentava un debito nei confronti dell'INPS pari ad euro 71.835,00, relativo al periodo 04/2014; e ciò ancora alla data del 12 giugno 2014 (i.e.: alla data in cui era stata resa la dichiarazione circa l'insussistenza di una situazione di irregolarità contributiva).

Le difese del R.T.I. aggiudicatario si sono impennate sulla buona fede del dichiarante, che si era affidato alle risultanze di un precedente DURC valido; sulla non definitività dell'irregolarità contributiva, perché non era stato attivato il procedimento di regolarizzazione contemplato dall'art. 31, comma 8 della l. 98 del 2013; sull'intervenuta estinzione del debito in data 24 luglio 2014.

La stazione appaltante ha allora provveduto ad acquisire altro DURC, da cui risultava l'adempimento del citato debito verso l'INPS, avvenuto il 24 luglio 2014; e tuttavia emergeva anche la sussistenza di un debito contributivo verso l'INAIL pari ad euro 7.775,31, relativo ai premi assicurativi dell'anno 2014, pure regolarizzato il 24 luglio 2014.

Da tanto era scaturita l'esclusione impugnata, che Consip aveva motivato sulla scorta della vincolatività delle risultanze del DURC e della definitività delle violazioni accertate; definitività dovuta alla ritenuta irrilevanza del pagamento tardivo e della inoperatività della compensazione del debito verso l'INPS invocata da Quinary.

Con l'impugnata sentenza n. 622/2016 il T.A.R. del Lazio ha respinto il ricorso ritenendolo infondato.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dal R.T.I. Ericsson la quale ne ha chiesto la riforma articolando plurimi motivi.

In particolare, i primi Giudici avrebbero erroneamente ritenuto che in capo alla mandante Quinary sussistesse, alla data della presentazione della domanda di partecipazione, una violazione contributiva "grave e definitivamente accertata", che la stessa aveva ommesso di dichiarare ai fini partecipativi.

In tal modo decidendo i primi Giudici avrebbero ommesso di considerare che non potrebbe parlarsi di definitività dell'accertamento dell'irregolarità in ipotesi – quale quella che qui ricorre – in cui sia mancato il procedimento di regolarizzazione di cui all'articolo 7, comma 3 del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e di cui all'articolo 31, comma 8 del decreto-legge n. 69 del 2013.

Del resto, secondo l'appellante, nessuna disposizione di legge o regolamento conforta la tesi secondo cui l'istituto del c.d. 'invito alla regolarizzazione' sarebbe destinato a non operare in relazione alla partecipazione alle pubbliche gare di appalto, restando la sua operatività limitata ai soli lavori fra impresa interessata ed Ente previdenziale.

Opinando in senso contrario: i) si introdurrebbe un concetto di 'definitività' non confortato dalla normativa di settore; ii) si vanificherebbe nella sostanza la ratio di tutela sottesa alla formulazione delle disposizioni in tema di 'preavviso di DURC negativo'; iii) si vanificherebbe parimenti la previsione normativa che riconosce al DURC una validità di centoventi giorni e che, quindi, induce l'impresa a ritenere la propria regolarità contributiva durante la validità del DURC stesso.

Del resto, la tesi qui sostenuta troverebbe conferma nella recente circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 8 giugno 2015, n. 19.

Allo stesso modo, la sentenza in epigrafe sarebbe meritevole di riforma per avere il T.A.R. affermato che l'esclusione dell'appellante dalla gara si imponesse alla luce del principio di autoreponsabilità.

Al contrario, l'appellante sottolinea che non si potrebbe muovere alcuna censura a carico dell'impresa che abbia incolpevolmente fatto affidamento sulle risultanze di un DURC in corso di validità, peraltro mancando l'attivazione da parte dell'amministrazione della ridetta procedura di preavviso.

Allo stesso modo, la sentenza sarebbe meritevole di riforma per avere i primi Giudici ritenuto che la Quinary non potesse ignorare la propria situazione di irregolarità al momento in cui – a contrario – dichiarava alla stazione appaltante la propria piena regolarità (12 giugno 2014).

Occorrerebbe poi considerare che, al momento in cui la Quinary aveva reso la propria dichiarazione ai fini della gara, essa vantava un rilevante credito nei confronti dell'INPS in relazione al ricorso da parte sua all'istituto della cassa integrazione guadagni straordinaria di cui alla l. 223 del 1991.

Ed ancora, l'appellante lamenta che i primi Giudici avrebbero erroneamente ommesso di rilevare l'incompatibilità fra le disposizioni nazionali che consentono l'acquisizione d'ufficio del DURC e l'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE (il quale, a contrario, non consente una siffatta acquisizione d'ufficio).

L'appellante lamenta poi che i primi Giudici non abbiano valutato la circostanza per cui la Quinary avesse provveduto a saldare il proprio debito contributivo ben prima che il R.T.I. di cui faceva parte fosse aggiudicata la gara. Si tratta di una circostanza che – insieme ad altre - deporrebbe nel senso della piena buona fede che aveva caratterizzato l'operato della Quinary nel corso dell'intera vicenda.

Laddove, poi, la normativa nazionale sia davvero da interpretare nel senso indicato dai primi Giudici, l'appellante chiede che questo Giudice di appello sollevi una questione pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del TFUE per presunto contrasto fra la normativa nazionale (per come interpretato dal Giudice amministrativo) e il pertinente paradigma UE di riferimento.

Ed ancora, l'appellante lamenta che i primi Giudici, pur riconoscendo in via di principio la possibilità per l'impresa interessata di operare una compensazione fra i debiti contributivi e i crediti vantati nei confronti dell'Ente previdenziale, non abbiano tratto le dovute conseguenze da tale riconoscimento e abbiano comunque concluso nel senso della complessiva irregolarità dell'impresa interessata.

Da ultimo, l'appellante lamenta il mancato accoglimento del motivo di ricorso con cui si era lamentata la violazione del principio di proporzionalità in considerazione del fatto che l'esclusione del raggruppamento era stata disposta in relazione a una violazione commessa da un membro del raggruppamento (il quale peraltro ha una quota minoritaria del raggruppamento).

Si è costituita in giudizio la Consip s.p.a. la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Alla pubblica udienza del 7 giugno 2016 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da alcune società attive nel settore dei servizi informatici (le quali avevano partecipato quale R.T.I. costituendo alla gara indetta dalla Consip s.p.a. per l'aggiudicazione di alcuni servizi informatici in favore della Sogei) avverso la sentenza del T.A.R. del Lazio con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui la Consip l'ha esclusa dalla gara in ragione di alcune irregolarità contributive che avevano determinato il rilascio di un DURC negativo.

2. L'appello è infondato, risultando inatti la legittimità degli atti con cui la Consip ha disposto l'esclusione del raggruppamento appellante dalla procedura per cui è causa.

Si osserva al riguardo:

- che, in sede di presentazione della domanda di partecipazione (12 giugno 2014) il rappresentante della mandante Quinary dichiarava di essere in possesso della piena regolarità contributiva;

- che, al contrario, risulta inatti che a quella data l'appellante versasse in situazione di irregolarità, presentando – alla ridetta data del 12 giugno 2014 - un insoluto contributivo di importo pari ad

oltre 71mila euro (circostanza, questa, cristallizzata nel DURC in data 12 febbraio 2015 il quale dava conto della situazione esistente al momento in cui era stata presentata la domanda di partecipazione). Risultava quindi certamente superata l'attestazione positiva contenuta nel precedente DURC, perverso ancora in corso di formale validità alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

3. Ne consegue che il dato storico (invero, incontestato) relativo all'irregolarità contributiva a carico della mandante Quinary alla data di presentazione della domanda di partecipazione non poteva che determinare l'esclusione della stessa dalla procedura.

Al riguardo il Collegio ritiene dirimente richiamare le conclusioni cui è di recente pervenuta l'Adunanza plenaria di questo Consiglio.

E' stato infatti stabilito che ai fini della partecipazione alle gare di appalto, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa deve essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali fin dal momento di presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante. Risulta quindi irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, quale quello operato dalla Quinary il 24 luglio 2014 (in tal senso: Cons. Stato, Ad. Plen. 29 febbraio 2016, n. 5).

L'Adunanza plenaria di questo Consiglio ha altresì chiarito che l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (che già era previsto dall'articolo 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 ed oggi risulta recepito a livello legislativo dall'articolo 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, di cui le appellanti lamentano la violazione) può operare unicamente nei rapporti tra l'impresa concorrente e l'Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante ai fini della verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera i) del previgente 'Codice dei contratti' ai fini della partecipazione alla procedura di gara.

Il che palesa l'infondatezza dei motivi di appello fondati sulla pretesa violazione delle previsioni di cui all'articolo 31 del decreto-legge n. 69 del 2013.

4. Per ragioni in tutto connesse a quelle appena richiamate non possono essere condivisi i motivi fondati sulla sussistenza (alla data di presentazione della domanda di partecipazione) di crediti della società mandante derivanti dall'ammissione alla Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria ai sensi della l. 223 del 1991, che avrebbero consentito alla stessa Quinary di invocare la compensazione con i debiti verso l'Ente previdenziale..

Al riguardo ci si limita ad osservare che la sussistenza del richiamato credito (quand'anche positivamente provata) non valeva di per sé ad escludere il dato dell'irregolarità contributiva che sussisteva a carico della mandante Quinary.

Sarebbe infatti possibile accedere alla tesi delle appellanti soltanto se il Legislatore avesse ammesso una sorta di immanente e generalizzato diritto alla compensazione fra i crediti vantati nei

confronti di amministrazioni pubbliche e i debiti contributivi nei confronti dell'Ente previdenziale.

Ma il punto è che il Legislatore (per intuibili ragioni di contemperamento fra gli interessi pubblici e quelli privati che in tali casi vengono in rilievo) ha fissato precisi presupposti e condizioni per l'operatività della richiamata compensazione (presupposti e condizioni che, nel caso di specie, non risultano sussistenti).

In particolare, l'articolo 13-bis, comma 5 del decreto-legge n. 52 del 2012 stabilisce che il rilascio del DURC pure in presenza di debiti contributivi è possibile solo in presenza del previo rilascio di una certificazione da parte dell'amministrazione pubblica debitrice la quale dia atto della sussistenza e dell'importo dei crediti certi, liquidi ed esigibili vantati nei confronti di tali amministrazioni.

Ma nel caso in esame è pacifico in atti che, al momento della presentazione della domanda di partecipazione (i.e.: al momento centrale ai fini della presente decisione) l'insoluto contributivo sussistesse (e che non fosse stato dichiarato dal legale rappresentante della Quinary), mentre non risulta in atti la formale e tempestiva certificazione del credito derivante dall'ammissione alle procedure di CIGS.

Non sussistevano quindi gli stringenti presupposti perché la mandante Quinary potesse invocare l'applicazione in proprio favore delle previsioni di cui al richiamato articolo 13-bis, comma 5 del decreto-legge n. 52 del 2012.

Pertanto (e in senso contrario a quanto affermato dalle appellanti) non solo non sussistevano nel caso in esame i presupposti per procedere a una (peraltro inammissibile) regolarizzazione postuma della posizione previdenziale della mandante, ma non sussistevano neppure i presupposti perché potesse essere invocata la disciplina sulla compensazione dei debiti previdenziali di cui al richiamato decreto-legge n. 52 del 2012.

Ne consegue l'indifferenza, ai fini che qui rilevano, dell'intervenuto pagamento in data 24 luglio 2014 del debito contributivo da parte della stessa Quinary, così come della circostanza per cui tale pagamento sia avvenuto prima della disposta aggiudicazione.

In definitiva (e in senso contrario a quanto affermato dalle appellanti):

- non sussiste l'illegittimità delle determinazioni adottate dalla Consip all'esito della verifica delle dichiarazioni di cui all'articolo 38, comma 1 del decreto legislativo n. 163 del 2006, risultando in fatto confermata la sussistenza di un importante insoluto contributivo (non dichiarato) alla data di presentazione della domanda di partecipazione a carico della mandante del raggruppamento appellante;
- non può essere invocata la presunta irrilevanza dei richiamati insoluti in ragione della sussistenza di un concomitante credito nei confronti della P.A. derivante dal ricorso alle procedure di CIGS;
- non può essere invocata la mancata attivazione da parte dell'INPS della procedura di cui all'articolo 31 del decreto-legge n. 69 del 2013, attenendo tale procedura ai soli rapporti fra l'Ente

previdenziale e l'impresa e non incidendo invece sui rapporti inerenti lo svolgimento della gara (in tal senso la richiamata sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2016).

5. Allo stesso modo, non può essere condivisa la tesi delle appellanti secondo cui (anche alla luce della tempistica prevista per le denunce ai fini contributivi) l'esclusione dalla gara non avrebbe comunque potuto essere disposta, ostandovi l'applicazione del principio di autoresponsabilità e di buona fede basato sulla persistente validità, al momento in cui le dichiarazioni di gara erano state rese, di un DURC di contenuto positivo.

Si osserva in senso contrario che l'importanza dell'insoluto di che trattasi (pari, lo si ripete, ad oltre 71 mila euro) e le altre circostanze rilevanti del caso rendono inverosimile, oltre ogni ragionevole dubbio, la sussistenza di uno stato di ignoranza incolpevole circa l'esistenza dell'insoluto da parte della Quinary.

Del resto, il DURC negativo ha soltanto un effetto ricognitivo dell'insoluto contributivo e non presenta la valenza sostanzialmente costitutiva che le appellanti sembrano volervi connettere.

6. Ed ancora, non può essere accolta la tesi delle appellanti secondo cui l'esclusione disposta sulla base di un DURC negativo acquisito d'ufficio si porrebbe in contrasto con le previsioni di cui all'articolo 45 della direttiva 2014/18/CE il quale – sempre nelle tesi delle appellanti – annetterebbe un valore pienamente e definitivamente liberatorio alla presentazione, in sede di gara, di “un certificato rilasciato dall'autorità competente dello Stato membro” (nel caso di specie: il DURC rilasciato dal competente Ente previdenziale).

6.1. Vero è, infatti, che l'articolo 45, paragrafo 2, lettera e) e paragrafo 3 della direttiva 2014/18/CE stabilisce che, in via di principio, il concorrente possa allegare, ai fini partecipativi, un certificato di fonte pubblica il quale attesti (inter alia) la regolarità contributiva.

Ma tale facoltà (evidentemente finalizzata a rendere più agevole la prova in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione) non può essere intesa nel senso di precludere alla stessa amministrazione la verifica in concreto in ordine alla corrispondenza al vero delle richiamate certificazioni, non potendo evidentemente essere connesso un valore definitivamente liberatorio a una certificazione dal contenuto erroneo o non veritiero.

In siffatte ipotesi, un contrasto con il diritto UE potrebbe al più essere ipotizzato laddove al concorrente interessato fosse in assoluto impedito fornire la prova in contrario circa la corrispondenza al vero dell'originaria certificazione a sé favorevole.

Ma non si tratta di un'ipotesi che ricorre nel caso in esame, atteso che l'appellante non è stata in grado di contestare il dato storico secondo cui, alla data di presentazione della domanda di partecipazione, la mandante Quinary versasse in una grave situazione di irregolarità contributiva. Si tratta di una circostanza positivamente accertata, la cui veridicità non può essere posta nel nulla sulla base del solo dato (estrinseco e formale) rappresentato dall'originaria – quanto erronea – certificazione di regolarità.

7. Allo stesso modo, non sembrano sussistere le paventate violazioni del diritto eurounitario in

materia di appalti in relazione all'interpretazione che i primi Giudici hanno offerto in ordine ai presupposti perché le amministrazioni possano legittimamente disporre l'esclusione dalla gara del concorrente che versi in situazione di irregolarità contributiva.

Secondo le appellanti, in particolare, l'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE non legittimerebbe l'esclusione dalla gara del concorrente il quale, pur versando in situazione di irregolarità contributiva al momento della partecipazione, abbia comunque provveduto al pagamento di quanto dovuto prima e indipendentemente dall'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, intervenuta alcuni mesi dopo.

7.1. Si osserva al riguardo che il richiamato articolo 45, paragrafo 2 (secondo cui "2. Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico: (...) e) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice") legittima certamente un'interpretazione ed applicazione tale per cui la verifica in ordine ai requisiti soggettivi di partecipazione venga svolta in relazione alla situazione esistente al momento della domanda di partecipazione.

Allo stesso modo, la richiamata direttiva (che, in parte qua, mira al solo ravvicinamento delle legislazioni nazionali e non alla relativa armonizzazione) legittima certamente un'interpretazione ed applicazione tale per cui la conclamata carenza di un requisito soggettivo di partecipazione non possa essere ammessa a forme di sanatoria ex post (sia pure, prima dell'aggiudicazione).

Laddove si ammettesse una siffatta possibilità, si determinerebbe un'evidente alterazione del bilanciamento fra i concomitanti (e in parte antinomici) principi del favor participationis e della par condicio concorrenziale, i quali rinvergono un adeguato punto di equilibrio nella previsione secondo cui la verifica in ordine al possesso dei requisiti di ordine soggettivo deve essere operata in relazione alla situazione esistente alla data ultima per la presentazione delle domande di partecipazione.

Del resto, la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE ha a più riprese stabilito che, da un lato, il principio di parità di trattamento impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti. Dall'altro lato, l'obbligo di trasparenza ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice.

Esso implica pertanto che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nella normativa di settore, nel bando di gara o nel capitolato d'onere in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte dei concorrenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (in tal senso: CGUE, sentenza 6 novembre 2014 in causa C-42/13 –Cartiera dell'Adda; id, 29 aprile 2004 in causa C-496/99 –Commissione c/ CAS).

Non può quindi dubitarsi della conformità con la normativa UE delle richiamate disposizioni nazionali per la parte in cui queste ultime (peraltro, puntualmente richiamate nell'ambito della *lex specialis*) impongono che i requisiti di partecipazione debbano essere posseduti dai candidati alla data ultima per la formulazione delle offerte e che il relativo possesso debba essere verificato in relazione alla situazione esistente alla medesima data, non essendo ammissibili ipotesi di regolarizzazione postuma.

8. Per le ragioni appena esposte, neppure possono ritenersi nel caso in esame sussistenti le medesime ragioni che hanno indotto la Quarta Sezione di questo Consiglio a sollevare dinanzi alla Corte di Giustizia ai sensi dell'articolo 267 del TFUE la questione della compatibilità dell'articolo 38 del previgente 'Codice dei contratti' con l'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE, nonché con gli articoli 49 e 56 del TFUE e con il generale principio di ragionevolezza (ordinanza 11 marzo 2015, n. 1236).

8.1. Ed infatti nel caso di specie difetta uno dei presupposti che hanno indetto il Giudice nazionale a rimettere la questione interpretativa alla Corte di Giustizia (i.e.: l'ignoranza incolpevole del concorrente in ordine alla propria situazione di irregolarità contributiva – ignoranza che, per le ragioni dinanzi esposte, deve qui essere esclusa oltre ogni ragionevole dubbio -).

9. Si osserva infine che non può essere accolto il motivo con cui le appellanti hanno lamentato la violazione del principio di proporzionalità sottesa all'esclusione dell'intero raggruppamento nelle ipotesi in cui (come nel caso di specie) la ragione di esclusione riguardasse soltanto una delle imprese, laddove le altre imprese del raggruppamento sarebbero state autonomamente in grado di garantire i medesimi standard di prezzo e di qualità.

9.1. Il motivo non può essere condiviso in quanto il riconosciuto carattere di 'concorrente' in capo a ciascun membro del raggruppamento e il carattere solidale della responsabilità assunta nei confronti dell'amministrazione per effetto della formulazione dell'offerta (in tal senso il comma 5 dell'articolo 37 del previgente 'Codice dei contratti') comportano che i requisiti di ordine soggettivo debbano essere posseduti da ciascun membro del raggruppamento e che l'accertata carenza di tali requisiti in capo ad uno di essi determina l'esclusione dell'intero raggruppamento dalla gara (indifferente essendo, a tal fine, la circostanza per cui gli altri membri siano in possesso dei richiamati requisiti di moralità e/o che siano autonomamente in grado di assicurare i medesimi standard di qualità e di prezzo).

10. Per le ragioni sin qui esposte l'appello in epigrafe deve essere respinto.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

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

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Claudio Contessa Francesco Caringella

N. 03855/2016REG.PROV.COLL.

N. 03789/2015 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3789 del 2015, proposto dalla Socioculturale Cooperativa Sociale Onlus in proprio e quale Capogruppo Mandataria del Costituendo R.T.I. con la Cils - Società Cooperativa a r.l. - Associazione Famiglie Italiane dei Sordi Bilingue Onlus, con la Afisbi Onlus, con l'Istituto Statale per sordi di Roma, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, tutti rappresentati e difesi dall'avvocato Rizzardo Del Giudice C.F. DLGRZR55T08L407W, con domicilio eletto presso Pierfrancesco Della Porta in Roma, via Francesco Denza, 50/A

contro

Città Metropolitana di Roma Capitale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanna De Maio C.F. DMEGNN70E58L063M, domiciliata in Roma, via IV Novembre, 119/A

Segni di Integrazione - Lazio Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Leonardi C.F. LNRSRG40A23H501S, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Regina Margherita, 22;

Famiglie Italiane Associate per la Difesa dei Diritti degli Audiolesi non costituita in giudizio

per la riforma della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione III, n. 987 del 21 gennaio 2015

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Città Metropolitana di Roma Capitale e della Segni di Integrazione - Lazio Cooperativa Sociale Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Sonia Macchia su delega dell'avvocato Del Giudice, l'avvocato Albanese in dichiarata delega dell'avvocato De Maio e l'avvocato Sergio Leonardi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio e recante il n. 11748/2014, l'odierna appellante Socioculturale cooperativa Sociale Onlus, premesso di aver partecipato alla gara, basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, bandita dalla Provincia di Roma per l'affidamento del servizio di assistenza alla comunicazione rivolto agli alunni delle scuole di ogni ordine e grado del territorio provinciale, con disabilità sensoriale uditiva (lotto 1) e visiva (lotto 2), relativamente agli anni scolastici 2014/2016, classificatasi al secondo posto della graduatoria finale (lotto 1), impugnava gli atti conclusivi della procedura medesima lamentandone sotto diversi profili l'illegittimità.

In particolare, con l'atto introduttivo erano impugnati:

- la determina dirigenziale della Provincia di Roma (prot. 4781/2014) che dispone l'aggiudicazione definitiva relativa al Lotto 1 in favore dell'ATI Segni di Integrazione Lazio Cooperativa Sociale ONLUS – Fiadda ONLUS Sezione di Roma;

- i verbali di gara ed in particolare di quelli di preselezione (del 3.6.2014) e delle determinazioni della Commissione giudicatrice nelle sedute di gara del 3 giugno, 12, 17, 18 e 19 giugno, 1 e 18 luglio nonché 14 agosto 2014 ed altresì delle valutazioni operate dalla Commissione in data 5 agosto 2014 in relazione ai profili di anomalia dell'offerta economica presentata da Segni di Integrazione Lazio Coop. soc. ONLUS.

Veniva inoltre proposta domanda di risarcimento per i danni subiti in dipendenza dei provvedimenti impugnati.

Nel termine fissato dal bando pervenivano tre offerte per ciascuno dei due lotti; in riferimento al lotto 1, veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria e poi definitiva l'ATI costituita tra Segni di Integrazione Lazio Coop. soc. ONLUS e Fiadda Sezione di Roma, dopo aver ottenuto - in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta - giudizio di congruità alla luce dei chiarimenti forniti. L'allora Provincia di Roma disponeva l'esecuzione anticipata del servizio.

L'allora ricorrente (odierna appellante), con l'atto introduttivo del giudizio, impugnava l'atto di aggiudicazione sopra specificato e gli atti di gara ad esso prodromici e connessi (ivi compresi quelli inerenti la verifica dell'anomalia) per i seguenti motivi:

i) illegittimità dell'aggiudicazione per illegittima ammissione della concorrente Segni di Integrazione Lazio alla gara; violazione dell'obbligo di esclusione sancito a termini dell'articolo 5 del Disciplinare di gara ("garanzie a corredo dell'offerta"). Sostiene al riguardo la Cooperativa ricorrente che, alla luce dell'articolo 5 del Disciplinare di gara - laddove stabilisce, a pena di esclusione, l'obbligo di produrre polizza fidejussoria contenente l'obbligo incondizionato del fidejussore ad effettuare, entro 15 giorni, su semplice richiesta scritta della Provincia di Roma, il versamento dell'intera somma garantita su conto corrente intestato all'Amministrazione - la ATI Segni di Integrazione Lazio doveva essere esclusa dalla gara in quanto la polizza fidejussoria datata 16 maggio 2014 (rilasciata

dalla AG GABLE) da essa prodotta (doc. 12 ric.) non era conforme al suddetto requisito prescritto dalla lex specialis;

ii-iii-iv) illegittimità, sotto diversi e distinti profili, della verifica dell'anomalia svolta dalla Commissione giudicatrice che ha considerato congrua l'offerta dell'ATI Segni di Integrazione Lazio, nonostante l'assoluta genericità delle giustificazioni addotte dall'aggiudicataria che, in quanto accolte dalla Commissione giudicatrice, determinano l'illegittimità della valutazione compiuta per motivazione carente ovvero, comunque, insufficiente (secondo motivo). Si deduce altresì la violazione degli articoli 86, 87 e 88 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e l'eccesso di potere per carenza di istruttoria in quanto, nel prospetto delle giustificazioni dell'aggiudicataria del 31 luglio 2014, non viene riportata la "voce fondamentale ed ineludibile" dell'utile di impresa, mancanza che sarebbe di per sé sufficiente a rendere inattendibile l'offerta economica (terzo motivo); infine le medesime disposizioni disciplinanti la verifica di anomalia dell'offerta, ad avviso della ricorrente, sono state violate sotto ulteriore e decisivo profilo in quanto l'offerta economica è stata ritenuta congrua nonostante si collocasse al di sotto del costo del personale risultante dalle tabelle all'uopo predisposte dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, avendo la concorrente illegittimamente ed impropriamente inquadrato i collaboratori da impiegare nel progetto di assistenza scolastica (oggetto della gara) ad un livello di contrattazione collettiva più basso rispetto a quello richiesto dalle mansioni assegnate, che doveva essere il D1, stante la previsione del Capitolato Speciale secondo cui gli operatori addetti debbono collaborare alla stesura dei piani educativi personalizzati; oltre a ciò è errato per difetto il calcolo dell'incidenza dell'IRAP (quarto motivo).

Nel giudizio di primo grado si costituivano, depositando memorie difensive e documenti, la Provincia di Roma e la controinteressata Segni di Integrazione Lazio Coop. soc. ONLUS, le quali entrambe contestavano la fondatezza dei motivi di ricorso, del quale chiedevano l'integrale rigetto.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito ha respinto il ricorso principale, ravvisandone l'infondatezza.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla Società Socioculturale cooperativa sociale Onlus la quale ne ha chiesto la riforma articolando plurimi motivi di doglianza.

Con il primo motivo la Società Socioculturale chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui il primo Giudice ha respinto il motivo con cui si era lamentato il mancato annullamento dell'aggiudicazione causa l'illegittima ammissione della concorrente Segni di Integrazione Lazio alla gara per mancato rispetto di una condizione posta a pena di esclusione.

In particolare il primo giudice avrebbe erroneamente respinto il motivo con cui si lamentava che la garanzia fideiussoria fornita dalla Segni di Integrazione non fosse conforme a quanto prescritto a pena di esclusione dal disciplinare di gara, non presentando alcuna precisazione in merito all'obbligo incondizionato del fideiussore ad effettuare i versamenti delle somme garantite né alla rinuncia a sollevare qualsiasi eccezione, compreso anche l'eventuale mancato pagamento del premio da parte del soggetto garantito.

Con il secondo, terzo e quarto motivo la Socioculturale coop. sociale lamenta l'erroneità della

sentenza sotto diversi profili, tutti inerenti il mancato accoglimento delle doglianze proposte contro la legittimità della verifica dell'anomalia dell'offerta svolta dalla Commissione giudicatrice che ha considerato congrua l'offerta dell'ATI Segni di Integrazione Lazio.

In particolare il Giudice di prime cure avrebbe errato per la parte in cui ha ritenuto che la valutazione della Commissione debba considerarsi sufficientemente motivata alla luce delle spiegazioni fornite dall'aggiudicataria in sede di sub-procedimento ai sensi degli articoli 87 e 88 del decreto legislativo n. 163 del 2006, dato che tanto i riscontri presentati dalla Segni di Integrazione che la motivazione della Commissione sarebbero affetti da genericità (secondo motivo); la sentenza impugnata sarebbe errata anche per viziata applicazione dei principi in tema di valutazione dell'offerta anomala, nella parte in cui ha ritenuto che l'inquadramento degli assistenti al livello contrattuale C1 non appare inappropriato ed ingiustificato in relazione alle mansioni da svolgere le quali trovano la loro definizione nel Disciplinare di gara, diversamente da quanto sostiene l'odierna parte appellante, laddove afferma che l'inquadramento nel livello C1 non possa essere considerato coerente con le indicazioni del Capitolato di gara e con le effettive modalità di prestazione del servizio (terzo motivo); la sentenza di primo grado sarebbe errata anche laddove ha affermato che l'assenza di utile di impresa sarebbe coerente con la natura di cooperative sociali e ONLUS delle due compagini costituenti l'ATI, non operanti a scopo di lucro, in quanto si fonderebbe sull'errato presupposto che vi sia coincidenza tra il divieto di distribuire utili e il conseguimento di un margine operativo (quarto motivo).

Si è costituita in giudizio la Città Metropolitana di Roma Capitale la quale ha concluso nel senso del rigetto dell'appello e conferma della sentenza di primo grado.

Si è altresì costituita in giudizio la Segni di Integrazione Lazio – Cooperativa Sociale Onlus la quale ha concluso nel senso dell'infondatezza dell'appello.

Alla camera di consiglio del 4 giugno 2015, all'esito del giudizio cautelare, la causa è stata rinviata per la sollecita trattazione del merito.

All'udienza del 17 novembre 2015 il Collegio ha disposto con ordinanza, al fine del decidere, di acquisire tutti gli atti della procedura di gara e ha ritenuto di porre l'adempimento a carico della Città metropolitana di Roma Capitale.

Alla pubblica udienza del 14 luglio 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dalla Società Socioculturale Cooperativa Sociale Onlus, la quale aveva partecipato alla gara indetta dalla Provincia di Roma (oggi Città metropolitana di Roma Capitale), avente ad oggetto l'affidamento del servizio di assistenza alla comunicazione ad alunni con disabilità sensoriale uditiva delle scuole pubbliche della medesima Provincia, classificandosi al secondo posto della graduatoria finale, avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui la Stazione Appaltante ha aggiudicato la gara ad altra concorrente.

2. Come si è anticipato in narrativa, con il primo motivo d'appello la Soc. Socioculturale lamenta la

reiezione del motivo con cui si era censurata la mancata esclusione dell'aggiudicataria Segni di Integrazione, nonostante la stessa avesse fornito una garanzia fideiussoria non conforme a quanto prescritto a pena di esclusione dal disciplinare di gara, non presentando alcuna precisazione in merito all'obbligo incondizionato del fideiussore a versare la somma garantita né alla rinuncia a proporre eccezioni, compreso anche l'eventuale mancato pagamento del premio da parte del soggetto garantito.

2.1 Il motivo è infondato.

2.1.1 In primo luogo si osserva che la sentenza è meritevole di conferma per la parte in cui ha statuito che la polizza fideiussoria rilasciata all'ATI aggiudicataria fosse stata redatta in totale conformità alle previsioni di cui all'art. 75, comma 4 del decreto legislativo n. 163 del 2006 nonché all'articolo 5 del Disciplinare di gara.

Infatti il suddetto art. 75 stabilisce che la garanzia debba "prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante".

In senso del tutto analogo dispone l'articolo 5 del Disciplinare di gara, secondo cui la garanzia fideiussoria deve "- a pena di esclusione -: a) prevedere espressamente la rinuncia del fideiussore al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944, del codice civile; b) prevedere espressamente la rinuncia del fideiussore all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, del codice civile; c) prevedere espressamente l'obbligo incondizionato del fideiussore ad effettuare, entro 15 giorni, su semplice richiesta scritta della Provincia di Roma, il versamento dell'intera somma garantita su conto corrente dell'Amministrazione medesima, rinunciando a sollevare qualsiasi eccezione, ivi compreso l'eventuale mancato pagamento del premio da parte del soggetto garantito; d) avere validità per almeno 180 giorni dalla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta".

2.1.2 Come risulta dalla lettura della polizza fideiussoria Gable (da ultimo, doc. 10 dell'adempimento istruttorio della Città metropolitana di Roma Capitale), essa risulta conforme a quanto prescritto dal previgente Codice degli appalti e dalla lex specialis di gara.

Infatti la compagnia Gable dichiara: "di rinunciare al beneficio della preventiva escussione del debitore principale nonché all'eccezione di cui all'art. 1957 comma 2 c.c. e dichiara che la garanzia è operativa entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante".

La stessa "ha validità di almeno 180 giorni (...) in conformità all'art. 75, comma 5 del D.Lgs. 163 del 12/04/2006" e al disciplinare di gara (art. 5, comma 2, lett. d).

Posta la dimostrata identità contenutistica tra la garanzia prestata e le succitate prescrizioni normative, non si può che respingere la tesi dell'appellante Socioculturale la quale pretende di interpretare l'espressione "obbligo incondizionato del fideiussore ad effettuare (...) su semplice richiesta scritta (...)" contenuta nel Disciplinare di gara (lettera c, comma 2 dell'articolo 5) quale imposizione di un adempimento diverso e più gravoso di quello previsto dal citato articolo 75,

comma 4, sostanzialmente riprodotto nella garanzia dell'aggiudicataria.

La qualifica di "incondizionato" nulla aggiunge alla c.d. clausola a semplice richiesta, la quale già di per sé prevede l'obbligo del garante di versare la somma garantita senza poter opporre eccezioni, né relative al rapporto tra creditore ed obbligato, né relative al proprio rapporto con il soggetto garantito. Tale obbligo prescrive l'articolo 75 del previgente Codice appalti e a tale obbligo si conforma la garanzia in concreto prestata.

2.1.3 Ma anche a tacere del carattere dirimente ai fini del decidere di quanto appena rilevato, la richiamata censura non merita comunque accoglimento.

Infatti, anche a voler seguire l'argomento svolto dall'odierna parte appellante, si finirebbe per dover dichiarare (anche ex officio) la nullità della clausola della lex specialis per violazione dell'articolo 46, comma 1-bis del decreto legislativo n. 163 del 2006, dato che imporrebbe un adempimento a pena di esclusione, in un caso non previsto dal Codice Appalti, né dal relativo Regolamento o da altra disposizione normativa.

Pertanto, anche su questo punto va confermata la sentenza del giudice di prime cure e rigettata la doglianza dell'appellante.

2.2 Per le ragioni appena esposte, il primo motivo deve essere respinto.

3. Con il secondo motivo d'appello, come anticipato in narrativa, parte appellante contesta la genericità dei riscontri presentati dall'aggiudicataria e delle motivazioni fornite dalla Commissione di Valutazione Tecnica.

Il motivo in questione deve essere esaminato in modo congiunto con il terzo motivo, anch'esso inerente la valutazione dell'offerta, con cui si è lamentato che l'inquadramento del personale nel livello C1 non possa essere considerato coerente con le indicazioni del Capitolato di gara e con le effettive modalità di prestazione del servizio.

Ed ancora, il richiamato motivo deve essere esaminato in modo congiunto con il quarto motivo, con cui si è contestata l'assenza di utile d'impresa nuovamente nell'offerta dell'aggiudicataria.

3.1 I tre motivi sono infondati.

3.2 Quanto al preteso difetto di motivazione dell'accertamento di congruità dell'offerta per genericità delle giustificazioni prodotte da Segni di Integrazione Lazio, tale censura è priva di fondamento, in quanto le suddette giustificazioni risultano adeguatamente dettagliate (è sufficiente rimandare alle spiegazioni fornite dall'aggiudicataria in sede di sub-procedimento ai sensi degli articoli 87 e 88 del decreto legislativo n. 163 del 2006 – da ultimo, doc. 7 dell'adempimento istruttorio della Città metropolitana di Roma Capitale -). Quanto alla sostenuta genericità delle valutazioni effettuate dalla Commissione, si condivide quanto affermato dalla pronuncia impugnata in questa sede, che ha richiamato un consolidato orientamento giurisprudenziale.

In particolare, la recente sentenza di questo Consiglio, Sez. III, 14 dicembre 2015, n. 5665, ha

stabilito che il giudizio che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale (di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non risultino abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto) ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e, conseguentemente, la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo. Al contrario, per costante giurisprudenza, la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con eventuale motivazione 'per relationem' alle giustificazioni rese dall'impresa offerente (in senso analogo –ex multis -: Cons. Stato, IV, 26 febbraio 2015, n. 963).

Pertanto, stante la positiva valutazione all'esito della verifica dell'anomalia dell'offerta, una motivazione rappresentata anche solo per relationem è sufficientemente espressa e non censurabile per genericità.

3.3 Quanto alla presunta incongruità del costo del personale così come indicato dalla controinteressata, il motivo va respinto per le seguenti ragioni.

3.3.1 Il costo orario indicato dalla Segni di Integrazione non è inferiore a quello della tabella ministeriale, infatti dal costo orario del personale va scorporata l'identità di turno pari ad euro 2.20, dato che gli assistenti alla comunicazione svolgono la propria attività lavorativa in orario scolastico e non sono soggetti a rotazione.

Va qui richiamato ancora una volta il consolidato orientamento giurisprudenziale per cui il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate nelle gare pubbliche di appalto è ampiamente discrezionale e il sindacato va limitato ai casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza.

Il vaglio del Giudice può riguardare le valutazioni della Stazione Appaltante unicamente sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non può consistere in una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, con conseguente invasione della sfera propria della P.A. (da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2016, n. 2524 e Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2012, n. 36. In senso analogo - ex multis - Sez. III, 22 gennaio 2016, n. 211; Sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242, 21 settembre 2015, n. 4431, 15 giugno 2015, n. 2953, 9 aprile 2015, n. 1813, 16 febbraio 2015, n. 801; Sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770, 26 maggio 2015, n. 2662).

La giustificazione presentata dall'aggiudicataria è stata ritenuta attendibile dalla Commissione di verifica e parte appellante non ha rappresentato censure che possano inficiare tale giudizio sul piano della ragionevolezza, sostenibilità economica e logicità.

3.3.2 Quanto all'inquadramento degli operatori nel livello C1, contestato dall'odierna appellante, va segnalato che la lex specialis di gara non fa alcun riferimento a tipologie specifiche di inquadramento.

Infatti questa richiede, all'art. 2, comma 2, lettera w, di utilizzare personale "con qualifica di assistente alla comunicazione esperto nella lingua italiana dei segni (LIS) e/o nel metodo bimodale e/o nel metodo oralista, con comprovata esperienza e capacità in possesso di: - diploma di scuola media superiore; - attestato di frequenza con superamento della prova di esame di un corso di

Lingua italiana dei segni (LIS) della durata di almeno 400 ore o, in alternativa, attestato di frequenza di un corso di formazione per assistenti alla comunicazione della durata di almeno 200 ore o, in alternativa, qualifica di assistente alla comunicazione acquisita in conformità a normative regionali o statali vigenti”.

Il profilo professionale di assistente alla comunicazione non è ad oggi riconosciuto quindi eventuali riferimenti alla contrattazione collettiva e alle tabelle salariali ministeriali (per i lavoratori delle cooperative socio-sanitarie assistenziali ed educative) si possono fare unicamente per analogia.

Pertanto l'unico parametro definitorio che può essere assunto va individuato nel Disciplinare di gara testé citato e i requisiti ivi contenuti appaiono pienamente compatibili con la categoria contrattuale C1.

In merito alla documentazione depositata sul punto, si rileva che essa appare inconferente, non essendo provato che essa si riferisca a lavoratori impiegati nell'ambito dell'appalto oggetto della gara ed essa riguarda solo alcuni lavoratori, né tutti né la maggior parte, circostanza che svuota tali dati di rilevanza per il caso di specie.

3.3.3 Per quanto riguarda l'incidenza degli oneri fiscali, in particolare dell'IRAP, tale valore è indicato in misura uguale tanto nella tabella di marzo 2013 che di maggio 2013 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali riferito al CCNL per i lavoratori delle Cooperative socio-sanitarie-assistenziale-educative livello C1 ed è pari a 3,9 per cento.

3.4 Per quanto riguarda la lamentata assenza della voce relativa all'utile d'impresa nell'offerta dell'aggiudicataria, si conferma anche su questo punto la sentenza del T.A.R. Lazio qui impugnata, che ha dichiarato la censura infondata, per essere riferita a due società, la prima una cooperativa sociale e la seconda una Onlus, non operanti a scopo di lucro.

Infatti, come ha affermato questa stessa Sezione, il principio del c.d. 'utile necessario' non è estensibile a soggetti che operano per scopi non economici, bensì sociali o mutualistici, per i quali l'obbligatoria indicazione di un utile d'impresa si tradurrebbe in una prescrizione incoerente con la relativa vocazione non lucrativa, con l'imposizione di un'artificiosa componente di onerosità della proposta.

Ne deriva che, diversamente da quanto accade per gli enti a scopo di lucro, l'offerta senza utile presentata da un soggetto che tale utile non persegue non è, solo per questo, anomala o inaffidabile in quanto non impedisce il perseguimento efficiente di finalità istituzionali che prescindono da tale vantaggio stricto sensu economico (in tal senso: Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2015, n. 84, richiamata anche dalla difesa della Città metropolitana di Roma Capitale).

La Segni di Integrazione Lazio è una cooperativa sociale che opera per finalità di utilità sociale, senza scopi di lucro, con l'obbligo di impiegare gli eventuali utili nella realizzazione delle attività istituzionali. Pertanto non è possibile valutare negativamente il fatto che la controinteressata non abbia indicato l'utile d'impresa. Tra l'altro, la giurisprudenza ritiene che, anche per le società commerciali, le quali hanno come scopo la produzione di utili da dividere, la valutazione dell'offerta in relazione ad un utile d'impresa esiguo non sia idoneo di per sé a qualificarla anomala, a meno

che esso non si riduca ad un importo simbolico.

A maggior ragione nel caso di specie, dove l'aggiudicatario può operare senza necessariamente conseguire utili, la mancata indicazione della suddetta voce non può comportare di per sé sola una valutazione negativa sulla congruità dell'offerta, in considerazione comunque del fatto che la Segni di Integrazione ha adeguatamente giustificato l'integrale copertura dei costi di produzione ed in particolare dei costi per il lavoro complessivamente impiegato.

In aggiunta, va confermata la sentenza anche laddove riconosce che l'appalto in questione non appare a "utile zero", risultando che l'aggiudicataria ha dimostrato che sotto la voce "altre spese" del prospetto di cui alla nota del 31 luglio 2014 si indica un importo di Euro 17.118,00 che rappresenta, in realtà, un "surplus" rispetto ai costi indicati, da utilizzare, secondo gli obblighi di legge gravanti sulle ONLUS, nelle proprie attività istituzionali e nelle iniziative di utilità sociale.

Va anche tenuto conto del fatto che, come ha rappresentato la Segni di Integrazione, aggiudicarsi un appalto di questo tipo, anche fosse a utile zero, presenta l'intrinseco beneficio di porsi in una posizione di primo piano, nonché di collaborazione stabile con una P.A.

3.5 Per queste ragioni i motivi secondo, terzo e quarto non possono trovare accoglimento.

4. Per le ragioni appena esposte l'appello in epigrafe deve essere respinto.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

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 14 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Claudio Contessa Francesco Caringella

N. 09543/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00637/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 637 del 2016, proposto da:

Alfiero Tredicine, rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Clarizia, Orazio Castellana, con domicilio eletto presso Studio Legale Associato Cec & Partners in Roma, piazza Benedetto Cairoli, 2;

contro

Roma Capitale, in persona del Commissario Straordinario, rappresentata e difesa dall' avv.

Alessandro Rizzo, dell'Avvocatura Capitolina, domiciliata in Roma, via Tempio di Giove, 21;

ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

della Determinazione Dirigenziale del Municipio di Roma I Centro, n. rep. CA/4111/2015 (prot.

CA/192443/2015) del 30 novembre 2015, pubblicata il 1 dicembre 2015, con cui sono stati

annullati tutti gli atti relativi alla procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione di posteggi per l'esercizio di attività di commercio su area pubblica, di attività artigianali e varie nonché di

spettacolo viaggiante (teatro dei burattini) nell'ambito della Festa della Befana in Piazza Navona –

edizioni 2015/2024, in uno a tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali e segnatamente la

DD n. rep. CA/4037/2015 prot. CA/187177/2015 del 20.11.2015 con cui sono state approvate le

graduatorie per l'assegnazione dei posteggi per le attività in questione; la Decisione della GM nr.

rep. CA/4062/2015 prot. N. CA/188807//2015 del 24.11.2015 con cui è stata disposta la

sospensione temporanea di tutti gli atti connessi; la nota RC 34477 del 26 novembre 2015 del

Segretario – Direzione Generale di Roma Capitale; tutti i verbali della Commissione interna per la

verifica della regolarità della procedura amministrativa di assegnazione dei posteggi con particolare

riferimento al verbale RC34413/2015; la nota del Commissario Straordinario prot. RA 85338 del

26.11.2015; la nota del Presidente del Municipio di Roma I Centro, prot. CA 191227 del 27

novembre 2015; per quanto occorrer possa, la nota ANAC prot. 0160625 del 26 novembre 2015.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e dell' ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2016 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi

per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente impugna il provvedimento indicato in epigrafe, con il quale l'Amministrazione comunale ha disposto in via amministrativa l'annullamento in autotutela degli atti di gara per l'affidamento in concessione di posteggi su area pubblica, in Piazza Navona di Roma, da assegnarsi per attività connesse alla tradizionale festività della Befana per il periodo compreso tra il 2015 ed il 2024, nella quale aveva conseguito un collocamento in graduatoria utile per l'ottenimento delle OSP di suo interesse.

Più precisamente, premette che in occasione dell'assegnazione dei posteggi per la manifestazione della Befana per il triennio 2014/2015 – 2016/2017 l'Amministrazione decideva la riduzione delle aree concedibili (da 113 a 72); il bando riceveva il plauso delle associazioni dei residenti e del CODACONS, ancorchè impugnato da alcuni soggetti ritenutisi pregiudicati dall'iniziativa dell'Amministrazione; i relativi ricorsi (RGNR 15281/2014 e 15284/2014) venivano respinti, tuttavia la manifestazione non aveva luogo egualmente, in quanto gli operatori non erano stati messi nelle condizioni di poter organizzare per tempo le esposizioni.

A seguito dell'esperienza così maturata, l'Amministrazione si risolveva a modificare ulteriormente i termini organizzativi dell'iniziativa, limitando la presenza degli operatori commerciali con una nuova riduzione delle postazioni assentibili, nonché adottando specifici criteri per la selezione degli affidatari delle concessioni temporanee di suolo pubblico (deliberazione n. 69 del 25 settembre 2015); venivano approvate dall'Amministrazione comunale le regole concordate nella riunione del 26 maggio 2015 tra i rappresentanti del Municipio, quelli della Sovrintendenza capitolina e la Sovrintendenza speciale per il Colosseo, nonché il MNR, ammettendo 48 postazioni, di cui 28 per le attività commerciali e 20 alle attività artigianali, oltre 8 posti per attività varie; veniva approvato il nuovo banco tipo (Determina n. 10478 del 14 settembre 2015); veniva dettagliata la planimetria con la numerazione dei posteggi ed indicazione delle merceologie; con DD 3407/2015 del 30 settembre 2015 venivano approvati e pubblicati gli avvisi pubblici per la partecipazione alla gara per l'assegnazione dei posteggi; le domande avrebbero potuto inoltrarsi esclusivamente a mezzo raccomandata AR non prima dell'8 ottobre 2015 e non oltre il 22 ottobre 2015 dovendo pervenire entro le ore 10,00 del 26 novembre 2015; in conformità con quanto previsto dal Documento Programmatico per il Commercio su aree pubbliche della Regione Lazio (delib. Cons. reg.le n. 139/2003) e dal punto 7 dell'intesa della Conferenza Unificata Stato-Regioni del 5 luglio 2012 non si sarebbero potute assegnare più di due postazioni al medesimo soggetto giuridico; una parte del punteggio sarebbe stato assegnato sulla base della maggiore professionalità d'impresa (20 punti su un max di 50, per le attività commerciali e 15 su max 30 per le attività varie) costituita sia dall'anzianità di iscrizione al registro delle ditte, sia dall'anzianità di partecipazione alla fiera nel settore merceologico di riferimento; ulteriore punteggio sarebbe stato assegnato alla qualità della merce e punti 5 agli operatori affetti da invalidità debitamente certificata; la valutazione delle domande ai fini del punteggio sarebbe avvenuta in seduta pubblica il 26 ottobre 2015.

Pervenivano 133 domande, che la difesa del ricorrente puntualmente distingue per categoria; il ricorrente ne presentava due per il settore merceologico alimentare e due per quello non alimentare.

Le graduatorie venivano approvate con DD rep. CA/4037/2015 del 20 novembre 2015 per le edizioni dal 2015/2016 al 2024/2025; gli aggiudicatari, tra i quali il ricorrente medesimo (collocatosi al primo e secondo posto della categoria alimentare ed al primo per quella delle attività varie), venivano invitati a confermare l'accettazione nei tre giorni successivi ed a presenziare all'assegnazione dei posteggi secondo la graduatoria il giorno 24 novembre 2015 a decorrere dalle ore 10,00.

All'indomani della pubblicazione della Graduatoria si verificava una vera e propria sollevazione

popolare che sfociava in una campagna di stampa denigratoria con cui si paventavano presunte "gravissime" irregolarità, motivate in sostanza con la circostanza (palesamente inveritiera secondo il ricorrente) che diversi posteggi sarebbero stati assegnati alla famiglia Tredicine, cioè a persone in qualche modo collegate con il ricorrente; la difesa di quest'ultimo si sofferma compiutamente sulle modalità e sulle caratteristiche di tali eventi.

La mattina fissata per l'assegnazione dei posteggi venivano diramate la DD nr. rep. CA/4062/2015 che, in applicazione della delibera nr. 11 della GM di pari data, disponeva la sospensione della procedura fino alle verifiche in corso; la decisione sarebbe scaturita da una nota del Segretario Generale di Roma Capitale di pari data, che chiedeva di valutare la sospensione in relazione alla necessità di corrispondere alla richiesta di ANAC di acquisire tutta la documentazione inerente la procedura medesima. L'esito del controllo si aveva con l'emanazione della DD n. rep.

CA/4111/2015 prot. CA/192443/015 del 30 novembre 2015, che annullava "in autotutela" tutti gli atti relativi alla procedura di cui trattasi.

Le irregolarità riscontrate sarebbero contenute nel verbale prot. RC 34413/2015 della Commissione, che avrebbe rilevato il mancato rispetto del termine di cui al punto 7.3 del Documento Programmatico Regionale per il commercio su area pubblica; e nella nota ANAC prot. N. 0160625 del 26 novembre 2015 che avrebbe espresso criticità in ordine alla procedura (non esplicitate).

Nel frattempo, in relazione agli esiti della procedura, e nella legittima aspettativa di risultare assegnatario di uno o più posteggi, l'odierno ricorrente aveva commissionato la realizzazione dei nuovi banchi ed assunto altri impegni ed obbligazioni che la difesa del ricorrente descrive puntualmente, commissionando merce e prodotti.

Lamentando dunque l'illegittimità dell'atto di revoca per violazione di legge ed eccesso di potere per difetto di motivazione ed istruttoria, violazione dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, disparità di trattamento sotto diversi profili, ne chiede l'annullamento e domanda di essere risarcito.

In particolare, deduce che l'atto impugnato sarebbe stato adottato in esplicita violazione dei principi e dei limiti del ricorso all'autotutela (il mancato rispetto del termine di cui al punto 7.3 del Documento programmatico Regionale per il commercio su area pubblica, non costituirebbe né una violazione di legge, né un eccesso di potere, né un vizio di incompetenza, essendo prefissato in mero atto amministrativo – il documento risulta infatti approvato con la delibera nr. 139/2003 della GR – che configurerebbe solo una norma di procedimento insufficiente ai fini dei presupposti di cui all'art. 21 octies c. 2 della l. 241/90; a voler qualificare l'atto impugnato come provvedimento di revoca, ex art. 21 quinquies della l. 241/90, non sussisterebbero i presupposti relativi alla sopravvenuta carenza dei motivi di interesse pubblico o la sopravvenienza di nuovi motivi di opportunità; espone che, sul piano dell'effettiva motivazione, l'annullamento sarebbe in realtà scaturito dall'intendimento politico di evitare che i posteggi fossero affidati ai medesimi operatori che avevano già partecipato alle edizioni precedenti delle feste in Piazza Navona; in ogni caso resterebbe confermato il diritto del ricorrente, in quanto titolare di una specifica aspettativa fondata sull'esito del procedimento di gara poi annullato o comunque revocato, al risarcimento del danno; quest'ultimo andrebbe accordato ai sensi dell'art. 1337 c.c., fondandosi sulla violazione del principio di correttezza e buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Secondo parte ricorrente, il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale da parte della pubblica Amministrazione a seguito del mancato perfezionamento del rapporto, riguarderebbe a) il rimborso dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative svolte in vista della conclusione del contratto (danno emergente); b) il ristoro della perdita di ulteriori

occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impedito proprio dalle trattative indebitamente interrotte; c) il ristoro dell'utile economico che sarebbe derivato dalla gestione del servizio messo in gara; su ognuno di questi presupposti la difesa di parte ricorrente analiticamente si sofferma quantificando il danno emergente in euro 52.500,00; il lucro cessante sarebbe pari ad Euro 15.000,00 per ogni posteggio (il ricorrente aveva diritto a due posteggi) per edizione periodica della festa nel settore dolciumi e ad Euro 3.000,00 per il settore attività varie – palloncini per ogni posteggio (anche in questo il ricorrente aveva diritto a due posteggi), con conseguente ammontare complessivo pari ad euro 360.000,00.

Quanto ai presupposti dell'atto impugnato riconducibili all'intervento dell'ANAC di cui alla nota richiamata nel provvedimento stesso, evidenzia parte ricorrente che – a differenza di quanto affermato dall'Autorità secondo la quale il procedimento annullato non si era ancora concluso - le graduatorie provvisorie erano già state approvate con Determina Dirigenziale del Municipio Roma I Centro del 20.11.2015 n. prot. CA/187177/2015 (e n. rep. CA/4037/2015) e quindi le aggiudicazioni definitive (nel caso di specie le assegnazioni) erano già state disposte.

Nel merito dei presupposti di assegnazione dei posteggi, che secondo l'Autorità integrerebbero il rischio di far conseguire ai beneficiari un diritto di insistenza nei luoghi o comunque una posizione di privilegio, oppone parte ricorrente che venivano in rilievo requisiti di esperienza (anzianità d'impresa) espressamente previsti dall'Intesa sancita dalla Conferenza Stato-Regioni del 5 luglio 2012, disposta in attuazione dell'art. 70, comma 5, del D. Lgs. n. 59 del 26/3/2010; dal Documento Programmatico della Regione Lazio per il commercio su aree pubbliche, di cui alla Delibera della Giunta Regionale n. 139 del 19 febbraio 2003; dal Regolamento delle attività commerciali su aree pubbliche, introdotto con delibera del Consiglio Comunale di Roma n. 35 del 6 febbraio **2006**; dal Documento Unitario delle Regioni e delle Province Autonome per l'attuazione dell'Intesa (documento recepito nella Regione Lazio con delibera della Giunta Regionale n. 417 del 1° luglio 2014); dal Parere del Ministero dello Sviluppo Economico prot. 0154751 del 3 settembre 2015, proprio in relazione ai criteri da adottare per l'assegnazione dei posteggi nell'ambito della tradizionale Festa della Befana in Piazza Navona, richiesto dal Municipio I; dal parere rilasciato dalla Regione Lazio prot. GR540033 dell'8 ottobre 2015. In ogni caso, nella procedura oggetto di ritiro in autotutela, l'anzianità di impresa era contenuta quanto agli effetti: non solo la normativa prevede che quale criterio di priorità vi sia quello della anzianità di impresa e che, nel limite del 40% complessivo del punteggio, questa possa riferirsi all'anzianità di posteggio acquisita (anche in modo discontinuo) nelle pregresse edizioni della Fiera, ma addirittura il Comune ha introdotto un criterio ulteriormente riduttivo, che impedisce che il punteggio relativo all'anzianità di posteggio possa superare il 20% ed che possa essere quindi decisivo (si veda ad esempio l'avviso pubblico per la categoria dolciumi che assegna 10 punti, su un massimo di 50, in ragione dell'anzianità di impresa e 0,5 punti per ogni anno di anzianità di posteggio con il limite massimo di 10 punti, cioè di 20 anni). Infine, al criticato criterio residuale di preferenza, in caso di parità di punteggio, da attribuire agli operatori sulla base del momento di presentazione della domanda, l'ANAC non tiene conto che trattasi di criterio previsto dal Documento Programmatico della Regione Lazio per il commercio su aree pubbliche, di cui alla Delibera della Giunta Regionale n. 139 del 19 febbraio 2003 (art. 7.2. "a parità di condizioni, la domanda è valutata in base all'ordine cronologico risultante dalla data di spedizione della raccomandata a.r."). In merito alla durata decennale della concessione, si tratterebbe di durata prevista espressamente dalla normativa (Documento Programmatico della Regione Lazio per il commercio su aree pubbliche, di cui alla Delibera della Giunta Regionale n. 139 del 19 febbraio 2003 secondo cui "la concessione di posteggio in qualsiasi tipologia di mercato o fiera... ha durata decennale" e Regolamento comunale del commercio su

aree pubbliche, di cui alla deliberazione del Consiglio Comunale **2006**, all'art. 19, comma 2, secondo cui *"per la Festa della Befana di Piazza Navona la concessione avrà durata decennale a condizione che gli operatori rispettino le prescrizioni tecniche elaborate dal Municipio I"*. Quanto ai dubbi dell'Autorità sull'operato della commissione di gara e sulla mancata valutazione dell'aspetto della qualità delle merci offerte, anche in questo caso il Disciplinare prevedeva che non sarebbe stato attribuito alcun punteggio a tale parte dell'offerta in assenza di dimostrazione della qualità delle merci. Sicchè anche in questo caso non si ravviserebbero criticità tali da giustificare la demolizione dell'intera procedura di gara: si tratterebbe comunque di aspetti che, qualora considerati, dimostrerebbero ancor più la responsabilità della P.A. in relazione all'annullamento della procedura, restando fermo che l'odierno ricorrente con il presente gravame lamenta altresì la mancata concessione di quei punteggi ulteriori che la commissione ha ritenuto di non attribuire a nessun concorrente.

Si è costituita Roma Capitale, che resiste al ricorso di cui chiede il rigetto e, con propria memoria, precisa che con il provvedimento di autotutela *sub judice* sono stati annullate le seguenti D.D. : nr. 3407 del 30.09.2015, pubblicata e rettificata in pari data, di approvazione degli avvisi pubblici relativi all'assegnazione dei posteggi per la Festa in Piazza Navona, in cui era stabilito che le domande di partecipazione avrebbero dovuto essere spedite mediante raccomandata non prima di sette giorni consecutivi dalla data di pubblicazione del bando e non oltre il 26 ottobre 2015; nr. 3496 del 7.10.2015 di presa d'atto della Memoria di Giunta del 7.10.2015 con la quale è stato allegato all'avviso pubblico il "Disciplinare di Qualità" dell'Assessore Roma Produttiva, inerente la qualità della merce proposta in vendita ed il Protocollo d'Integrità ex delib. GC n. 40/2015; nr. 4037 del 20.11.2015 di approvazione delle graduatorie provvisorie per l'assegnazione dei posteggi; nr. 4062 del 24.11.2015 di sospensione della procedura "fino alle comunicazioni in ordine all'esito delle verifiche in corso".

Secondo Roma Capitale, non sussisterebbe alcun difetto di motivazione perché la Determina impugnata seppure redatta in una forma essenziale, richiama tra i propri presupposti tanto la nota ANAC del 26.11.2015, tanto gli atti della Commissione interna di verifica (che evidenziava il mancato rispetto del termine di cui al punto 7.3 del Documento Programmatico Regionale per il commercio su area pubblica"). In particolare, la Commissione interna rilevava criticità quali la mancanza di autocertificazioni da parte di alcuni tra gli operatori, la spedizione di alcune domande da parte di un ufficio non accessibile al pubblico indifferenziato; i criteri di gara venivano integrati con i punteggi derivanti dal recepimento del Disciplinare trasmesso dall'Assessore di Roma Produttiva con i punteggi da attribuire alla qualità della merce solo il giorno antecedente l'inizio della presentazione delle domande, senza prevedere un differimento del relativo termine; per la dimostrazione del possesso di tali requisiti di qualità si richiedeva la presentazione di una dettagliata relazione corredata da certificazioni anche di terzi e fatture d'acquisto; si sarebbe trattato dunque di una integrazione del disciplinare potenzialmente lesiva della par condicio tra i concorrenti, tenuto conto della diversificazione della documentazione richiesta da allegare alla domanda; si prospettava la potenziale sussistenza di un pregiudizio nei confronti di quanti non erano stati messi nelle condizioni di conoscere il disciplinare ed ottemperare ai nuovi obblighi nei tempi assegnati dal bando; l'incidenza di tali variazioni sul punteggio era significativa prevedendosi specifici punteggi, ad esempio, per prodotti naturali o materiali riciclati (metà del punteggio, mentre in loro assenza non si sarebbe attribuito alcun punteggio); inoltre a parità di punti si prevedeva una prevalenza delle domande per loro ordine cronologico, con la conseguenza che gli operatori erano indotti ad affrettarsi alla presentazione delle istanze, avendosi potuto conformare già al precedente schema di bando prima delle integrazioni, avvenuta il giorno prima dell'avvio del

termine per la presentazione delle domande stesse; la Commissione ha accertato che, in alcuni casi, l'attribuzione di una parte determinante del punteggio, pari al 50%, relativa alla valorizzazione della qualità degli alimenti, sia venuta meno o comunque sia stata impedita, con conseguente assegnazione dei punteggi sulla base della sola anzianità o di ragioni di preferenza per condizioni di invalidità; dal canto suo l'ANAC rilevava il meccanismo del cumulo tra l'anzianità di iscrizione nel registro delle imprese e l'anzianità acquisita nel posteggio; criteri di valutazione della merce indicati nominativamente, mentre le modalità di preferenza vengono indicate solo successivamente al bando; un disallineamento tra la specificazione dei sub punteggi ed i punteggi richiamati negli avvisi; mancano nei verbali di gara le menzioni delle operazioni compiute per l'attribuzione dei punteggi; altre lacune nei verbali e negli avvisi, nonché la mancanza del possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del dlgs n. **163/2006**.

Si è costituita anche l'ANAC che resiste al ricorso, eccependo l'inammissibilità del gravame nei propri riguardi, per mancanza di natura provvedimento del parere espresso, che non costituirebbe atto impugnabile; nonché, nel merito, prospettando argomenti simili a quelli sin qui già esposti.

Le parti hanno scambiato memorie nelle quali hanno meglio precisato le proprie tesi ed eccezioni ed hanno concluso per l'accoglimento delle relative domande.

Nella pubblica udienza del 5 luglio 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Nell'odierno giudizio, le parti controvertono in ordine alla legittimità del provvedimento indicato in epigrafe con il quale Roma Capitale ha disposto l'annullamento in autotutela degli atti di gara relativi a concessioni temporanee di OSP in Piazza Navona.

Preliminarmente, dev'essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del gravame nei confronti dell'ANAC che è infondata e va respinta.

Secondo ANAC il proprio parere non avrebbe natura provvedimento e non potrebbe dunque essere fonte di effetti lesivi per i terzi, con conseguente assenza dei necessari presupposti legittimanti l'azione di annullamento.

Sebbene, in linea di principio, i pareri dell'Autorità – per le ragioni sulle quali la difesa dell'ANAC si sofferma, richiamando ampia giurisprudenza in materia di pareri dell'AVCP, tra cui TAR Lazio, 21 febbraio 2012, n. 1730 e TAR Brescia, 28 gennaio 2011, n. 181 e Consiglio di Stato, VI, 3 maggio 2010 n. 2053, cui si rinvia – non abbiano ex se un valore obbligatorio o vincolante, la loro incidenza sulla fattispecie va valutata pur sempre caso per caso, con riguardo alla loro capacità di integrare la motivazione del provvedimento finale.

Nel caso di specie, l'atto impugnato richiama il parere dell'Autorità come parte sostanzialmente integrativa dei presupposti che hanno determinato l'esercizio dell'autotutela e dunque se ne deve affermare l'impugnabilità, ancorché unitamente al medesimo provvedimento di Roma Capitale che ne recepisce i contenuti.

Vero è, dunque, che l'ANAC, non ha richiesto o disposto l'annullamento della procedura (né peraltro avrebbe potuto farlo), ma certamente le sue osservazioni hanno utilmente concorso – nel rapporto di leale collaborazione tra Amministrazioni - a determinare il convincimento dell'ufficio di avviare il procedimento di riesame della procedura stessa.

Nel merito, si osserva che, secondo la giurisprudenza, in linea di principio l'unico limite alla possibilità di esercitare un potere di revoca della procedura di gara è costituito dall'avvenuta stipula del contratto (v. ad es. Cons. Stato Sez. V, 28 ottobre 2015, n. 4934 e Consiglio di Stato sez. III 29 luglio 2015 n. 3748), anche se, ovviamente, va tenuta distinta la fase anteriore

all'aggiudicazione definitiva dalla sussistenza di quest'ultima, che è idonea a costituire un principio di affidamento in capo alla concorrente che ne sia destinataria, così che, una volta intervenuta l'aggiudicazione provvisoria non è richiesto un particolare onere motivazionale a sostegno della revoca del procedimento (v. ad es. T.A.R. Salerno, sez. I 04 dicembre 2015 n. 2544), mentre dopo l'aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto, la revoca è pur sempre possibile, salvo un particolare e più aggravato onere di motivazione (sulla revocabilità dell'aggiudicazione provvisoria, vedasi ad es. Cons. Stato Sez. IV, 12 gennaio 2016, n. 67).

Nel caso di specie, va osservato che la procedura di assegnazione è stata annullata in questa seconda fase, ovvero in un momento compreso tra l'approvazione della graduatoria (che può considerarsi funzionalmente equivalente all'aggiudicazione definitiva) e l'assegnazione effettiva del posteggio (che corrisponde alla stipula del contratto nello schema dell'appalto).

In relazione a ciò, le censure poste a fondamento del ricorso non trovano la condivisione del Collegio, dovendosi ritenere che l'Amministrazione ha fatto buon uso del proprio potere di autotutela, nel rispetto sostanziale dell'onere di motivazione che è esigibile in casi del genere. Nello specifico, le ragioni sottese all'esercizio dell'autotutela, sebbene espresse con motivazione formale non del tutto perspicua (circostanza, questa, rilevante ai fini delle spese di lite), ma in ogni sufficiente a renderle palesi, sono idonee a giustificare il provvedimento adottato, avendo l'Amministrazione dubitato della regolarità del procedimento stesso in relazione ai vizi indicati che, a prescindere dalla loro incidenza sul provvedimento finale, costituiscono comunque un elemento di interesse generale alla regolarità del confronto concorrenziale tra gli operatori.

Va precisato che le memorie dell'Avvocatura comunale, nell'esplicare compiutamente la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'autotutela, non costituiscono motivazione postuma dell'atto impugnato, posto che concorrono solo a meglio evidenziare quel complessivo assetto di interessi sostanziale che preesiste all'atto impugnato e che trova in esso un corrispondente punto di emersione e che, all'esito del presente giudizio, si rivela immune dalle censure dedotte che hanno connotato essenzialmente formale.

Sul punto, le argomentazioni difensive di Roma Capitale evidenziano che a fondamento dell'annullamento della procedura si è posto, tra gli altri, un giudizio di disvalore in ordine a due specifici aspetti che appaiono dirimenti.

Il primo è relativo al recepimento del Disciplinare trasmesso dall'Assessore di Roma Produttiva con i punteggi da attribuire alla qualità della merce solo il giorno antecedente l'inizio della presentazione delle domande, senza prevedere un differimento del relativo termine; si è trattato di disposizioni in termini di qualità dell'offerta che incidono sulla parte più rilevante del punteggio attribuibile alle offerte, sia in termini numerici (ovvero quanto alla massima percentuale del punteggio ottenibile), che sul piano funzionale del meccanismo di gara, in rapporto all'altra componente del punteggio rappresentata dall'anzianità di impresa (peraltro in un contesto di regime di gara nel quale, a parità di punteggio, si dava prevalenza all'ordine di presentazione delle domande).

Il secondo, conseguente al primo, è relativo al rapporto tra i punteggi destinati all'anzianità di impresa ed alla qualità dei prodotti.

In tema di concessioni amministrative di beni pubblici a fini economici o di commercio, la discrezionalità dell'Amministrazione nell'organizzare il procedimento di gara per l'assegnazione del provvedimento ampliativo è certamente maggiore di quanto non si riscontra nelle ordinarie procedure di appalto per opere pubbliche o forniture o servizi; tuttavia, la discrezionalità trova pur sempre un limite di scopo nel dovere di assicurare un effettivo confronto concorrenziale, secondo i principi nazionali ed europei variamente richiamati anche dalle parti nell'odierno giudizio.

A questo scopo, quando viene in rilievo – come nel caso di specie – un abbinamento tra punteggi di anzianità di attività e qualità dell'offerta al pubblico (ovvero della competitività economica e concorrenziale della proposta di sfruttamento dell'area pubblica), il rapporto tra queste due specifiche voci di valutazione dev'essere attentamente valutato dall'Amministrazione.

Infatti, se l'anzianità di impresa è intesa come inclusiva dell'anzianità di collocazione nella medesima postazione del cui affidamento si tratta, ed essa consegue ad una collocazione a suo tempo avvenuta, per la prima volta, senza procedura comparativa o concorsuale, questo elemento corrisponde ad un valore dell'azienda ottenuto "fiduciarmente" ovvero che non è stato conseguito e mantenuto all'esito di un effettivo confronto concorrenziale con altri operatori in posizione di parità; dunque, pur considerando una tale collocazione come non impedita, a suo tempo, dall'Ordinamento (o che, in ogni caso, era conseguita sulla base di un provvedimento esecutivo dell'Autorità e dunque per l'effetto di una fattispecie sorretta dalla presunzione di legittimità), il peso che viene attribuito oggi a tale presupposto - ai fini dell'assegnazione di nuove concessioni o della conferma o rinnovo di quelle precedenti – consente di fatto l'ingresso di una posizione di vantaggio ottenuta in maniera non competitiva nell'ambito di una procedura comparativa, con una corrispondente discriminazione qualitativa dell'operatore ed un'altrettanto corrispondente restrizione all'accesso di nuovi operatori che non è dipendente da fattori effettivi (o verificabili) di qualità dell'offerta.

Ciò non comporta, ovviamente, una preclusione assoluta a considerare l'anzianità di impresa ai fini dell'assegnazione di nuove concessioni, posto che gli operatori che ne hanno usufruito hanno comunque maturato una specifica esperienza che, in una fase transitoria di regime dall'affidamento fiduciario dei beni pubblici in concessione ad un meccanismo selettivo di tipo concorrenziale, è corretto tenere presente e valorizzare, nell'interesse del pubblico ad una offerta di servizi di qualità; tuttavia, quello che dev'essere attentamente ponderato dall'Amministrazione titolare del bene da affidare in concessione è il rapporto tra i pesi da attribuire a tale condizione ed alla qualità della proposta, al fine di prevenire che una rilevante, ancorchè non decisiva da sola, valorizzazione del primo renda di fatto recessiva la seconda.

Nel caso di specie, anche se i punteggi per l'anzianità erano previsti in termini tali da contenere gli effetti della risalenza delle precedenti concessioni OSP, i punteggi per la qualità delle offerte, in ragione del recepimento sostanzialmente tardivo delle direttive di qualità, si rivelavano tali da essere affidati ad un meccanismo di valutazione variato allo scadere dei termini per la presentazione delle offerte e quindi esposte a somma incertezza (sul punto, si richiamano le difese sia di Roma Capitale che di ANAC), con la conseguenza che il punteggio per l'anzianità rischiava di divenire determinate o comunque particolarmente incidente, a dispetto del suo formalmente limitato peso ponderale.

In ordine alla concorrenza tra gli aspetti considerati non valgono gli argomenti opposti dalla difesa del ricorrente, che, nel prospettare una sostanziale irrilevanza delle differenze di possibili punteggi ed in specie quello relativo all'anzianità di impresa, che non sarebbe di per sé determinante, trascura di considerare che la valutazione dell'irregolarità della procedura va svolta – ai fini del riscontro interno che l'Amministrazione si è proposta di effettuare – non ex post, ma ex ante, ovvero con riferimento alla "potenziale" incidenza del sistema di gara sulla par condicio degli operatori, e non solo in relazione alle domande effettivamente pervenute.

In sostanza, i dubbi paventati dalla nota ANAC e dei quali l'Amministrazione si è fatta carico, circa il rischio della creazione di una sorta di "diritto di insistenza" a favore di operatori già da lungo tempo presenti nell'area, non appaiono privi di fondamento avendo riguardo alla durata decennale della nuova concessione, alla sussistenza di un peso ponderale da attribuire all'anzianità d'impresa

capace di influenzare l'esito della gara in relazione anche al fatto che il sistema di valutazione della qualità del prodotto era stato integrato da criteri acquisiti poco prima del termine di scadenza della presentazione delle offerte.

In questi termini, non può non convenirsi con le tesi dell'Amministrazione perché il vizio che si è ritenuto invalidare la procedura è, in altre parole, un sintomo indicatore di potenziale rischio di assenza di concorrenzialità che è interesse pubblico assicurare al massimo grado, attesa soprattutto la natura di lungo termine della concessione di cui si discute, che è un elemento di particolare qualificazione della fattispecie all'odierno esame del Collegio e che la differenza da altre fattispecie similari, aventi natura transitoria o comunque una durata estremamente ridotta.

L'Amministrazione si è dunque adeguatamente rappresentata sia il vizio della funzione che la sua ricaduta in termini di interesse pubblico; quest'ultima, come già accennato, va valutata *ex ante* con una prognosi anche solo di mera potenzialità di effetti negativi, attesi gli interessi sostanziali che emergono nel procedimento e che si sono dapprima descritti, in relazione ai quali anche la loro solo potenziale compromissione è ragione più che sufficiente a sostenere il legittimo esercizio del potere di autotutela, in una fase nella quale le aspettative alla conclusione del procedimento non erano comunque del tutto consolidate, mancando l'assegnazione vera e propria dei posteggi.

In questa prospettiva, tutte le censure variamente dedotte e sin qui non ancora esaminate sono da respingersi in quanto formulate con riferimento a profili che si rivelano meramente formali e quindi non suscettibili di determinare l'accoglimento del gravame.

La domanda di annullamento è perciò infondata e come tale va respinta, non riscontrandosi nel provvedimento impugnato le illegittimità oggetto di censura.

Quanto alla domanda di risarcimento, osserva il Collegio che la revoca di una procedura di gara anteriormente alla sua conclusione con la sottoscrizione del contratto (o assegnazione del posteggio, nel caso di specie), implica – di norma – una posizione di responsabilità riconducibile alle previsioni di cui all'art. 1337 cod.civ., così come prospettato dalla difesa della parte ricorrente. Tuttavia, nessuno dei presupposti indicati da parte ricorrente ai fini del risarcimento del danno si rivela sussistente.

In forza della responsabilità precontrattuale, potrebbe prospettarsi un risarcimento limitato al solo rimborso delle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative svolte in vista della conclusione del contratto (danno emergente) ed il ristoro della perdita di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impedito proprio dalle trattative indebitamente interrotte, mentre il ristoro dell'utile economico che sarebbe derivato dalla gestione del servizio messo in gara non può trovare titolo nell'annullamento della procedura posto che non è certo che all'esito di una sua eventuale edizione in termini diversi da quelli oggetto di annullamento, parte ricorrente si sarebbe aggiudicato l'assegnazione dei posteggi di suo interesse. Quanto al danno emergente, che parte ricorrente quantifica in euro 52.500,00 la domanda è generica, non essendo dimostrato il presupposto materiale della domanda di risarcimento: il costo per il rifacimento delle attrezzature (previsto come condizione necessaria per la partecipazione alla gara) che il ricorrente quantifica in euro 38.500,00 è solo indicato e non è dimostrato, né quanto all'ammontare, né quanto all'avvenuto adeguamento delle strutture stesse; quanto alla merce (acquistata o solamente ordinata), i relativi ordinativi prodotti in atti recano date (in alcuni casi, di gran lunga) anteriori all'approvazione della graduatoria e dunque non possono ritenersi relativi a spese sostenute in vista del ragionevole affidamento all'esito favorevole della gara.

Nessuna dimostrazione viene poi offerta al giudizio quanto al presupposto delle diverse occasioni di guadagno che si sarebbero asseritamente perdute per via dell'impegno alla partecipazione alla gara e dunque la domanda è generica.

Anche in relazione alla richiesta di risarcimento, il ricorso è dunque infondato e come tale da respingersi.

Avendo riguardo al complesso della procedura ed alla circostanza che il suo annullamento è dipeso da fatto dell'Amministrazione precedente, sussistono giuste ragioni per disporre la piena compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter) definitivamente pronunciando sul ricorso, 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 5 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere, Estensore

N. 09656/2016 REG.PROV.COLL.

N. 04900/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4900 del 2016, proposto da:

Soc Issitalia Andrea Barbato S.r.l., Soc Issitalia A Bartato S.r.l. (Mandataria), Soc Pulistar S.r.l. (Mandante), Soc Costruzioni Edilferro S.r.l. (Mandante), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Lisa Grossi C.F. GRSLSI81A48L219B, ed elettivamente domiciliati presso lo studio dell'avv. Michele Rosario Luca Lioi in Roma, viale Bruno Buozzi, 32;

contro

Soc Centostazioni S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Simone Cadeddu C.F. CDDSMN70T01H501L e Arturo Leone C.F. LNERTR55M22B429U, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Simone Cadeddu in Roma, via Flaminia, 133;

per l'annullamento

della nota prot. n. 0003282/16 del 24 marzo 2016, nella parte in cui — stante l'esclusione dalla procedura di gara disposta quale conseguenza della mancata adesione alla procedura di soccorso istruttorio — si comunica la decisione di intimare il RTI ricorrente "al pagamento entro e non oltre sette giorni dalla ricezione della presente (...) della sanzione pecuniaria di Euro 40.000,00" ex art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e di procedere, "in caso di inutile decorso del predetto termine immediatamente all'escussione della cauzione provvisoria";

- della nota prot. n. 0003623/16 del 5 aprile 2016, in cui "si ribadisce il carattere essenziale della irregolarità commessa da codesto Operatore e conseguentemente la richiesta [...] del pagamento della sanzione pecuniaria" e "si confermano i provvedimenti adottati e già comunicati a codesto RTI con nota prot. N. 3282/16 del 24 marzo 2016;

- della nota prot. n. 2815/16 del 1 marzo 2016, con la quale è stata trasmessa la determinazione di revoca dell'esclusione delle ricorrenti dalla gara comunicata 4 marzo 2016 e di ammissione delle

stesse alla procedura di soccorso istruttorio con richiesta di regolarizzazione entro il 17 marzo 2016,

nella parte in cui, stante il presunto carattere essenziale dell'irregolarità, si dispone il carattere oneroso di tale regolarizzazione "con pagamento, pertanto, della sanzione pecuniaria" di cui all'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

- dei verbali di gara con specifico riferimento a quelli delle sedute pubbliche in data 2 marzo 2016, 10 marzo 2016 e 23 marzo 2016 limitatamente alle statuizioni circa il carattere essenziale dell'irregolarità riscontrata e la spettanza della sanzione pecuniaria indipendentemente dall'adesione alla procedura di soccorso istruttorio;

- del Bando di Gara e del Disciplinare di Gara nelle parti e per le ragioni meglio specificate in narrativa;

- della richiesta di escussione della cauzione provvisoria inoltrata dalla stazione appaltante;

- di ogni altro atto presupposto, precedente, conseguente e comunque connesso a quelli impugnati;

e per il risarcimento

dei danni patiti in conseguenza degli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Soc Centostazioni S.p.a.-;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2016 il dott. Vincenzo Blanda e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara dell'8 dicembre 2015 la società Centostazioni S.p.a. ha bandito la procedura aperta, suddivisa in quattro lotti, per l'affidamento dei "servizi integrati di pulizia e igiene ambientale di locali ed aree aperte al pubblico e non, ubicati nei complessi immobiliari di stazioni ferroviarie del network Centostazioni S.p.A., nonché di manutenzione ordinaria e mantenimento del decoro dei locali adibiti a servizi igienici pubblici".

Alla procedura in esame e, in particolare, al lotto n. 4 ha partecipato anche il costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese formato da Issitalia Andrea Barbato S.r.l., capogruppo mandataria, Pulistar S.r.l. e Costruzioni Edilferro S.r.l., mandanti.

Il punto III.2.3., lettera c), del Bando richiedeva, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica da parte dei concorrenti, "l'avvenuta esecuzione, anche con contratti diversi, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, di servizi di pulizia svolti in aree e/o edifici — entrambi aperti al pubblico e caratterizzati dalla necessità di intervento in costanza di attività — per un importo complessivo non inferiore a 1,5 volte l'importo annuo del servizio di pulizia del lotto per cui partecipa, comprensivo degli oneri della sicurezza e dunque non inferiore a...— per il lotto 4: 10.843.788 EUR (diecimilionioctocentoquarantatremilasettecentottantotto) IVA esclusa", con la precisazione che, "nel caso di raggruppamento temporaneo, [...] costituiti o da costituirsi ai sensi dell'art. 37 comma 8 del predetto D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., o GEIE, detto requisito dovrà essere posseduto e dichiarato in misura almeno pari alla parte dell'appalto effettivamente assunta nell'ambito del raggruppamento/consorzio/agggregazione/GEIE".

La mandante Pulistar S.r.l. assumeva, nell'ambito del RTI Issitalia, il 47% dell'appalto, in linea con il fatturato di cui al predetto punto 111.2.3., lettera c), del Bando in misura pari ad Euro 5.818.765,42.

Tuttavia, nella dichiarazione resa in sede di partecipazione alla procedura di gara secondo il modello di cui all'Allegato 2, Pulistar S.r.l. ha compilato lo spazio relativo al fatturato richiesto al punto 111.2.3., lettera c), del Bando non indicando al punto 7 l'importo posseduto, ma quello di Euro 4.842.028,50, vale a dire il fatturato maturato con riferimento a quanto richiesto alla precedente lettera b) del citato punto 111.2.3 del Bando e già inserito nella stessa dichiarazione al punto 6.

Alla seduta pubblica del 2 marzo 2016, Centostazioni disponeva, quindi, l'esclusione del RTI dalla gara, per mancanza da parte della mandante Pulistar S.r.l. del requisito di cui al punto 111.2.3., lettera c), del Bando.

In data 11 marzo 2016 Centostazioni, a seguito della richiesta di annullamento in autotutela della ricorrente, ha revocato il provvedimento espulsivo e, ravvisate alcune irregolarità nei certificati allegati dal RTI Issitalia a supporto della dichiarazione sul fatturato trasmessa con l'istanza in autotutela, ha attivato la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 16, invitando il predetto RTI a trasmettere i chiarimenti in ordine al possesso da parte della Pulistar S.r.l. del requisito di cui al punto lettera c), del Bando. La sanatoria veniva qualificata come "onerosa" e subordinata al pagamento della sanzione pecuniaria di cui al predetto art. 38, comma 2 bis, del Codice dei Contratti quantificata in Euro 40.000,00.

Il RTI Issitalia non ha aderito alla procedura di soccorso istruttorio e, non avendo più interesse alla riammissione in gara, non ha trasmesso i chiarimenti richiesti, né ha pagato la sanzione pecuniaria.

Con nota del 24 marzo 2016 la stazione appaltante ha comunicato al RTI Issitalia che, nella seduta pubblica del precedente 23 marzo 2016, si era preso atto di quanto sopra ed era stata disposta l'esclusione dello stesso dalla procedura di gara, con richiesta di pagamento della sanzione pecuniaria di cui all'art. 38, comma 2 bis, del Codice dei Contratti. Quindi, ha intimato al predetto RTI di versare la medesima nei successivi sette giorni pena l'immediata escussione della cauzione provvisoria e l'attivazione di ogni rimedio atto a recuperare le somme presuntivamente dovute.

Il RTI Issitalia, quindi, ha impugnato gli atti in epigrafe deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, comma 2 bis, e 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Violazione e falsa applicazione del punto VI.3, lettera v), del Bando di Gara e dell'art. 1.1. del Disciplinare di Gara. Violazione dei principi comunitari di non aggravamento degli oneri di partecipazione alle gare pubbliche. Eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità manifesta, errore, grave sviamento.

La decisione di applicare la sanzione pecuniaria sarebbe contraddittoria rispetto a quanto espresso dalla stessa Centostazioni nella precedente nota in data 11 marzo 2016 in cui aveva collegato il pagamento della sanzione all'ipotesi di adesione da parte del RTI Issitalia alla procedura di soccorso istruttorio.

In seguito la stazione appaltante ha ritenuto che tale pagamento fosse dovuto a prescindere dalla scelta del RTI di aderire o meno al soccorso istruttorio.

Sussisterebbe violazione dell'art. 38, comma 2 bis, del Codice dei Contratti così come interpretato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (cfr. determinazione ANAC 8 gennaio 2015 n. 1 "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163", conseguente comunicato Presidente ANAC del 23 maggio 2015 e deliberazione ANAC n. 35 del 13 gennaio 2016).

La decisione impugnata violerebbe la lex specialis di gara predisposta da Centostazioni e, in particolare, con l'art. 1.1. del disciplinare di gara in cui prevede che, "ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter, del D.lgs. 163/2006 e la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale relative agli elementi e/o alle dichiarazioni rese in gara [...] dovranno essere sanate su richiesta dell'Ente aggiudicatore nei termini all'uopo indicati e nel rispetto della citata norma [...] In caso di richiesta di quanto sopra, il concorrente è altresì tenuto al pagamento in favore dell'Ente aggiudicatore, secondo le modalità all'uopo indicate dall'Ente aggiudicatore, di una sanzione pecuniaria di importo pari a € 40.000,00 (euro quarantamila/00). [...]", con la precisazione che "in difetto il concorrente sarà escluso dalla gara...";

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, comma 2 bis, e 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 sotto altro profilo. Violazione e falsa applicazione del punto VI.3, lettera v), del Bando di Gara e dell'art. 1.1. del Disciplinare di Gara sotto altro profilo. Eccesso di potere per difetto dei presupposti.

L'irregolarità riscontrata a carico della dichiarazione del RTI Issitalia e, in particolare, della mandante Pulistar S.r.l. in merito al requisito di cui al punto 111.2.3., lettera c), del Bando, non potrebbe rientrare fra quelle essenziali: trattandosi di un mero refuso nella compilazione della dichiarazione nella quale — per errore di battitura — è stato indicato al punto 7 l'importo già riportato al punto 6 immediatamente precedente con riguardo al fatturato di cui al punto III.2.3., lettera b), del citato Bando. Nelle ipotesi di errori materiali immediatamente riconoscibili dalla stazione appaltante, l'art. 38, comma 2 bis ultima parte, del Codice dei Contratti prevederebbe solo la richiesta di integrazione e di chiarimenti, non essendo prevista l'applicazione della sanzione pecuniaria, che riguarda l'ipotesi, diversa, dell'irregolarità essenziale; per la quale peraltro non è prevista la possibilità di regolarizzazione;

3) Violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Costituzione e 38, 46 e 48 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Violazione e falsa applicazione dei punti 111.1.1. e VI.3 lettera v) del Bando di Gara e del punto 1.2. lettera i) del Disciplinare di Gara. Eccesso di potere per difetto dei presupposti.

L'incameramento, a seguito dell'esclusione e del mancato pagamento della sanzione pecuniaria, della cauzione provvisoria costituita dal RTI Issitalia per la partecipazione alla gara sarebbe illegittimo in quanto il Bando e il Disciplinare prevedevano che tale cauzione fosse costituita anche a garanzia della sanzione di cui sopra, mancando i presupposti di cui all'art. 38, comma 2 bis, del Codice dei Contratti per applicare la sanzione, l'incameramento automatico sarebbe illegittimo e in violazione delle stesse disposizioni della lex specialis di gara.

L'escussione della cauzione provvisoria potrebbe essere disposta soltanto nell'ipotesi di mancanza sostanziale del possesso del requisito, che non ricorrerebbe nel caso in esame. In conclusione è chiesto il risarcimento del danno consistente nella restituzione degli importi incamerati a seguito dell'escussione della cauzione provvisoria e delle eventuali ulteriori azioni che la stessa si è riservata di intraprendere nella citata nota.

La società Cento Stazioni si è costituita in giudizio per resistere al ricorso.

Alla camera di consiglio dell'8.6.2016 con ordinanza n. 3102 è stata accolta la domanda cautelare di sospensione del provvedimento impugnato, confermando il decreto cautelare monocratico n. 2084/2016 del 27.4.2016.

In vista dell'udienza pubblica le parti hanno depositato memorie con le quali ribadiscono le proprie tesi.

All'udienza del 13 luglio 2016 la causa è stata trattenuta dal collegio per la decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in esame la ricorrente contesta l'irrogazione della sanzione pecuniaria di € 40.000 disposta dalla stazione appaltante a seguito della esclusione dalla gara per irregolarità emerse nella dichiarazione sul fatturato, dopo che il RTI Issitalia aveva deciso di non aderire alla procedura di soccorso istruttorio, che era stato subordinato da Centostazioni S.p.a. al pagamento della medesima sanzione pecuniaria sopra indicata.

Al fine di verificare la fondatezza delle censure è necessario un esame preliminare della disciplina vigente.

L'art. 38, comma 2-bis, del D.lgs. n. 163/2006 (introdotto dall'art. 39 del D.L. n. 90/2014 convertito con modificazioni dalla L. n. 114/2014) dispone che "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le

dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere... In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara”.

L’art. 46, comma 1 ter, del D.lgs. n. 163/2006 prevede, altresì, che “le disposizioni di cui all’art. 38, comma 2-bis, si applicano a 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 o al disciplinare di gara”.

Il D.L. 90/2014 ha, quindi, introdotto il c.d. soccorso istruttorio oneroso nelle ipotesi più gravi di irregolarità o incompletezza di documenti e dichiarazioni dei concorrenti.

Tale istituto è parallelo e alternativo rispetto al soccorso istruttorio ordinario “gratuito” previsto dall’art. 46, primo comma, del d.lgs. n. 163/2006 che si applica in tutte le ipotesi previste dagli artt. 38 a 45, riguardanti la fase di ammissione, e che consente ai concorrenti di fornire i chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, eventualmente integrandoli, soltanto però nelle ipotesi di irregolarità, in quanto il legislatore ha comune previsto, al comma 1 bis, la possibilità di escludere i partecipanti in caso di carenza di “elementi essenziali”.

La disciplina sopra richiamata è volta a distinguere le situazioni di gravi carenze nella formulazione delle offerte che come tali giustificano l’esclusione dalle mere irregolarità e che sono regolarizzabili o sanzionabili in via pecuniaria, in modo da verificare l’effettivo possesso dei requisiti richiesti, senza vanificare o stravolgere l’esito della gara per mere carenze formali (cfr. T.A.R. Valle d’Aosta, n. 25/2015).

Il combinato disposto degli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163/2006, oltre a disciplinare il soccorso istruttorio per le ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive, prevede l’esclusione dalla procedura come sanzione derivante unicamente dall’omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante e non più da carenze originarie (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 16/2014; idem, Sez. VI, n. 5890/2014).

In base all’art. 38, comma 2 bis, in caso di irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2, il concorrente responsabile della mancanza è tenuto al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara; la medesima stazione appaltante assegna un termine non superiore a 10 giorni perché il concorrente provveda a regolarizzare e completare la documentazione e, solo in caso di inutile decorso di tale termine, commina l’esclusione. A tale disciplina fanno eccezione le ipotesi di irregolarità non essenziali e quelle di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, per le quali si prevede che la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione e non applica alcuna sanzione pecuniaria.

Le norme sopra richiamate hanno, così, conformato il soccorso istruttorio in un quadro di necessaria interlocuzione e collaborazione tra soggetto pubblico e privato, al fine di evitare esclusioni legate a mere irregolarità formali o carenze documentali.

Centostazioni assume, in base ad un certo orientamento della giurisprudenza amministrativa (cfr. T.A.R. Palermo, n. 1043/2016; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, n. 66/2016; T.A.R. Abruzzo, L’Aquila, n. 784/2015), che la sanzione di cui all’art. 38, comma 2-bis, deve essere comminata in

ogni caso di incompletezza e irregolarità di elementi essenziali, sia nel caso in cui il concorrente che vi sia incorso decida di avvalersi del soccorso istruttorio, integrando o regolarizzando la dichiarazione resa, sia nell'ipotesi in cui questi, non usufruendo del soccorso istruttorio, manifesti il proprio disinteresse alla prosecuzione della gara e, quindi, venga escluso dalla procedura.

Ciò in quanto, in base alla formulazione letterale della norma, l'essenzialità dell'irregolarità determinerebbe di per sé l'obbligo del concorrente di pagare la sanzione pecuniaria prevista dal bando, a prescindere dal fatto che aderisca o meno all'invito di sanare tale irregolarità.

Quindi, secondo Centostazioni, solo quando l'irregolarità non è essenziale, il concorrente non sarebbe tenuto al pagamento della sanzione pecuniaria, né la stazione appaltante dovrebbe ricorrere al soccorso istruttorio (art. 38 bis, comma 2 bis, seconda parte). L'esclusione in questo caso sarebbe una conseguenza diversa e in parte autonoma rispetto alla sanzione pecuniaria, per le ipotesi in cui il concorrente non dovesse aderire all'invito alla regolarizzazione della stazione appaltante.

Tale opzione interpretativa garantirebbe, inoltre, l'attendibilità delle offerte presentate dai partecipanti, favorendo la responsabilizzazione delle imprese partecipanti nel predisporre la documentazione di gara, contribuendo ad una più celere verifica del possesso dei requisiti di partecipazione.

Premesso quanto sopra, la tesi sostenuta dalla ricorrente si rivela più aderente sia al quadro normativo sopra delineato (vigente alla data di pubblicazione del bando e di applicazione della avversata sanzione), sia alla nuova disciplina vigente contenuta nell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18.4.2016, n. 50, entrambi orientati a favorire la massima partecipazione e ad evitare l'aggravamento del procedimento di partecipazione alle gare pubbliche, in modo da regolarizzare e completare le dichiarazioni rese e la documentazione prodotta senza incorrere nella sanzione espulsiva, confidando nel beneficio del soccorso istruttorio previo pagamento della sanzione pecuniaria.

Ne consegue che la sanzione dovuta alla stazione appaltante per sanare le irregolarità o l'incompletezza documentale dovrà essere versata solo per le ipotesi in cui l'operatore economico intenda proseguire nella gara, costituendo tale sanzione una sorta di corrispettivo in favore della stazione appaltante, connesso all'aggravamento del procedimento derivante dal ricorso al soccorso istruttorio; viceversa qualora il partecipante non intenda avvalersi di tale beneficio, preferendo non proseguire la propria partecipazione alla gara, la procedura selettiva proseguirà più velocemente.

Proprio tale differenza giustifica l'omessa applicazione della sanzione nei confronti di coloro che preferiscono rinunciare alla gara (e al soccorso istruttorio) rendendola più spedita, in quanto l'Amministrazione non sarà costretta ad aprire una ulteriore fase di verifica della regolarità della documentazione.

In caso di mancata fruizione del beneficio del soccorso istruttorio, quindi, viene meno la ratio sottesa all'applicazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 2-bis, per cui la stessa non è dovuta. In tal senso del resto, come già accennato, si è orientato più di recente il legislatore il quale, nel disciplinare il soccorso istruttorio, all'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, ha precisato che "la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione".

L'esigenza di responsabilizzare i partecipanti nella predisposizione della documentazione occorrente per la partecipazione alla gara, a cui si riferisce l'orientamento giurisprudenziale richiamato da Centostazioni è, comunque, assicurata dallo stesso istituto del soccorso istruttorio, in quanto gli operatori economici sono consapevoli dell'onere economico al quale sarebbero esposti nell'ipotesi in cui non osservino le prescrizioni poste dalla lex specialis e dalla normativa di settore e intendano avvalersi del soccorso istruttorio per rimanere in gara.

Non senza considerare che nelle ipotesi in cui le imprese non intendano avvalersi del soccorso istruttorio, come nel caso di specie, rimarrebbero comunque a loro carico i costi di partecipazione alla gara a seguito della esclusione dalla stessa.

Come osservato di recente (cfr. TAR Campania Napoli, Sez. I, 27.5.2016, n. 2749) l'interpretazione più rigorosa dell'art. 38, comma 2-bis, suggerita dalla stazione appaltante finirebbe per determinare una equiparazione tra fattispecie normative distinte: quella del concorrente che ha reso una dichiarazione incompleta, ad esempio, sul possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, (che dovrebbe versare una sanzione il cui pagamento è garantito dalla cauzione provvisoria) e quella dell'impresa che, all'esito del controllo di cui all'art. 48 del Codice degli Appalti pubblici, risulti carente di tali requisiti, con conseguente obbligo di escussione della cauzione provvisoria (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 34/2014; T.A.R. Palermo, n. 1757/2015).

In entrambe le ipotesi il concorrente sarebbe esposto ad una misura sanzionatoria patrimoniale, sebbene tale equiparazione appaia in contrasto con il modello di soccorso istruttorio delineato nel citato art. 38, comma 2 bis, che distingue le mere irregolarità formali alle quali non corrisponde l'effettiva carenza dei requisiti essenziali, da quelle più gravi per le quali il soccorso è subordinato al pagamento di una sanzione.

Alla luce delle considerazioni espresse la sanzione individuata negli atti di gara deve essere comminata soltanto nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del soccorso istruttorio; mentre nelle ipotesi di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara. In tale ultimo caso, la stazione appaltante potrà, altresì, incamerare la cauzione soltanto se la mancata integrazione dipenda da una effettiva carenza del requisito dichiarato.

L'incameramento, invece, non è consentito nelle ipotesi in cui il concorrente decida di non avvalersi del soccorso istruttorio.

In conclusione il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere annullata la nota prot. n. 0003282/16 del 24 marzo 2016, nella parte in cui — stante l'esclusione dalla procedura di gara disposta quale conseguenza della mancata adesione alla procedura di soccorso istruttorio — si comunica la decisione di intimare il RTI ricorrente "il pagamento entro e non oltre sette giorni dalla ricezione della presente (...) della sanzione pecuniaria di Euro 40.000,00" ex art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e di procedere, "in caso di inutile decorso del predetto termine immediatamente all'escussione della cauzione provvisoria".

Per le ragioni che precedono gli ulteriori motivi dedotti (secondo e terzo) possono essere dichiarati assorbiti per carenza di interesse, in quanto dal loro accoglimento non potrebbe derivare alla ricorrente alcuna utilità, né strumentale (rinnovazione totale o parziale della procedura indetta), né finale (aggiudicazione).

Del resto, la nota prot. n. 0003623/16 del 5 aprile 2016 e la nota prot. n. 2815/16 del 1 marzo 2016, oggetto del secondo e terzo motivo, costituiscono atti meramente consequenziali rispetto alla nota prot. n. 0003282/16 del 24 marzo 2016.

L'assorbimento delle censure, peraltro, è conforme ai principi espressi nell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2015, che ha limitato a specifiche fattispecie la legittimità della prassi processuale dell'assorbimento dei motivi: l'assorbimento in esame, invero, è riconducibile alla categoria, delineata dal Supremo Consesso, dell'"assorbimento logico / necessario", in quanto l'accoglimento della domanda prospettata in via prioritaria nel primo motivo comporta l'assorbimento delle censure subordinate espresse negli altri mezzi.

Non sussistono, tuttavia, i presupposti per disporre il risarcimento del danno in quanto la tutela cautelare tempestivamente accordata con il decreto cautelare e poi con l'ordinanza collegiale dell'8 giugno 2016 hanno eliminato alla radice il danno paventato dalla ricorrente.

c) il rigetto del ricorso principale comporta l'assorbimento del ricorso incidentale (esplicitamente o implicitamente) subordinato o condizionato all'accoglimento di quello principale.

Le spese si causa seguono la regola della soccombenza e sono regolate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla la nota prot. n. 0003282/16 del 24 marzo 2016.

Condanna la Soc Centostazioni S.p.a. al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente nella misura complessiva di € 3000,00 (tremila/00) oltre IVA, CPA e oneri dovuti per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Gabriella De Michele, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere, Estensore

Claudio Vallorani, Referendario

N. 03866/2016REG.PROV.COLL.

N. 04631/2015 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4631 del 2015, proposto da:

Citelum S.a., in persona del legale rappresentante, in proprio quale mandataria R.t.i., R.t.i.

Pisacane S.r.l., R.t.i. Telecom Italia, R.t.i. Igeco Costruzioni, rappresentati e difesi dall'avvocato Giovanni Bruno, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Savoia 31 Int.2;

contro

Comune di Lecce, in persona Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Laura Astuto, Elisabetta Ciulla, con domicilio eletto presso Francesco Baldassarre in Roma, Via della Scrofa, n. 64;

nei confronti di

Gemmo S.p.a, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefania Lago, Nicola Creuso, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via Federico Confalonieri, n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE, SEZIONE III, n. 822/2015, resa tra le parti, concernente affidamento servizio illuminazione pubblica - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Lecce e di Gemmo S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2015 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Bruno, Alessandro De Matteis su delega dell'avvocato Laura Astuto, Andrea Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Puglia, sezione staccata di Lecce, Citelum S.a. invocava l'annullamento del provvedimento dirigenziale n° 261 del 14 Luglio 2014 con cui il Comune di Lecce aveva disposto l'aggiudicazione definitiva in favore della Gemmo S.p.A. della gara indetta nel 2011 per l'affidamento dell'appalto del "servizio di illuminazione pubblica e realizzazione di interventi di efficienza energetica e di adeguamento normativo sugli impianti comunali con l'opzione del finanziamento tramite terzi"; della nota comunale prot. n° 69379 del 14 Luglio 2014 di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva; degli atti e dei verbali della procedura, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dalla gara della Gemmo S.p.A.; di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ivi incluso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria disposto in favore di Gemmo S.p.A.. Con lo stesso ricorso chiedeva altresì la declaratoria di inefficacia del contratto ed il risarcimento danni in forma specifica con subentro della ricorrente nell'affidamento e nel contratto e, in via subordinata, per equivalente monetario.

2. Il TAR adito, pur essendo stato proposto ricorso incidentale escludente da parte dell'originaria controinteressata ne accantonava l'esame in ragione della manifesta infondatezza del ricorso principale. A tal fine, il primo giudice notava come le due censure proposte dalla ricorrente non fossero meritevoli di apprezzamento.

In particolare, quanto alla prima osservava che la dichiarazione resa dalla Gemmo S.p.A. (in data 25 Novembre 2013), per confermare il possesso dei requisiti di carattere generale, di idoneità professionale e capacità tecnica prescritti dall'art. 4 lettere a), b), d3), d4) e d5) del Disciplinare di gara (già dichiarati nell'istanza di ammissione), non conteneva alcuna falsità, tenuto conto che rispettava pedissequamente lo schema appositamente fornito dalla stazione appaltante e che tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza della Società aggiudicataria erano risultati sempre in possesso dei requisiti prescritti dalla lex specialis, inoltre la Gemmo S.p.A. aveva tempestivamente riscontrato l'apposita richiesta della stazione appaltante comunicando con nota del 24 Febbraio 2014 le modifiche societarie intervenute con l'indicazione delle cariche sociali. Quanto alla seconda doglianza, infine, l'aggiudicataria aveva ritualmente confermato l'impegno a mantenere valida e vincolante l'offerta presentata tutte le volte in cui la stazione appaltante lo aveva richiesto ai concorrenti in gara e che, comunque, le offerte presentate dai concorrenti, una volta scaduto il termine di 180 giorni, non potevano considerarsi prive di efficacia, in assenza di una univoca manifestazione di volontà in tal senso da parte degli interessati, sicché non poteva essere condiviso l'assunto della ricorrente principale secondo cui la commessa sarebbe stata aggiudicata ad un concorrente la cui offerta, nel corso della gara, era venuta a scadere.

3. Avverso la sentenza indicata in epigrafe propone appello l'originaria ricorrente, denunciando l'erroneità della pronuncia di prime cure per le seguenti ragioni: a) nel confermare in data 25 novembre 2013 il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara l'aggiudicataria faceva riferimento a quelli già dichiarati nell'istanza di ammissione, nonostante la variazione a quella data di diversi soggetti apicali, mutamento non comunicato alla stazione appaltante. Né varrebbe in senso opposto quanto valorizzato dalla pronuncia impugnata, ossia che l'originaria controinteressata utilizzasse i moduli predisposti dalla stazione appaltante, poiché ciò avrebbe fatto

senza constatarne la rispondenza al fine perseguito. Inoltre, la falsità di per sé imporrebbe l'esclusione dalla procedura risultando irrilevante la circostanza del possesso da parte dei soggetti tenuti alla dichiarazione dei necessari requisiti; b) l'appalto non avrebbe potuto aggiudicarsi all'originaria controinteressata, dal momento che la sua offerta sarebbe venuta a scadenza considerato il notevole lasso di tempo intercorso tra la prima e la seconda richiesta di proroga della dichiarazione della validità dell'offerta.

4. Con appello incidentale condizionato l'originaria controinteressata ripropone i motivi del ricorso incidentale non esaminati dal TAR ed argomenta circa l'infondatezza dell'appello principale, deducendo tra l'altro la mancata contestazione da parte dell'appellante principale della sentenza di prime cure nella parte in cui sostiene l'infondatezza del primo motivo di ricorso sulla scorta del principio elaborata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria, n. 16/2014.

5. Costitutosi in giudizio il Comune di Lecce ha invocato la conferma della sentenza di prime cure.

6. Nelle successive difese l'appellante principale sostiene l'infondatezza delle doglianze contenute nell'appello incidentale e reitera le ragioni già esposte nel proprio gravame.

7. Dal canto loro, nelle successive difese, sia l'amministrazione comunale che l'appellante incidentale insistono nelle richieste già formulate.

8. L'appello principale è infondato e non può essere accolto, con ciò che ne consegue in termini di inammissibilità dell'appello incidentale.

9. Quanto alla primo doglianza occorre rammentare l'orientamento consolidato di questo Consiglio, recepito anche dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n. 8/2015, secondo il quale nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità. Tanto premesso occorre rilevare che la dichiarazione della Gemmo S.p.A. del permanente possesso dei requisiti dichiarati al tempo della presentazione dell'offerta non può dirsi mendace. Il bando di gara all'art. 4, infatti, richiede che i concorrenti siano in possesso quali requisiti di carattere generale dell'insussistenza delle condizioni di esclusione di cui all'art. 38, d.lgs. 163/2006, in capo ai soggetti espressamente richiamati dal medesimo articolo. Ebbene l'odierna appellata con la nota del 25 novembre 2013, dichiarava di confermare il possesso dei requisiti di carattere generale, di idoneità professionale e di capacità tecnica di cui all'art. 4, lettere s), b), d.3), d.4) e d.5) del disciplinare di gara già dichiarati nell'istanza di ammissione, dietro conferme richiesta della stessa amministrazione ed utilizzando i modelli dalla stessa messi a disposizione. Ciò esclude, da un lato, la presenza di qualsivoglia animus fraudandi, difettando peraltro, qualunque riferimento a soggetti individuati. Dall'altro, consente di fare applicazione del principio espresso dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16/2014, secondo la quale: "Nelle gare d'appalto la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 può essere riferita in via generale ai requisiti di moralità professionale previsti dalla norma de qua e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal Legislatore, con la conseguenza che la dichiarazione in parola è

completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio. Nelle gare d'appalto la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative circa i requisiti morali previste dall'art. 38 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, a condizione che questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici, con la conseguenza che la dichiarazione in parola è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio". Ciò consente di escludere il mancato rispetto da parte dell'originaria controinteressata dell'obbligo di dire il vero, da cui vorrebbe l'odierno appellante desumere la presenza di una causa di esclusione a suo carico.

10. Anche la seconda doglianza è destituita di fondamento. Al riguardo, infatti, questo Consiglio ha, a più riprese (CGA, 27 novembre 2012, n. 1045; Cons. St., Sez. VI 24 giugno 2010 n. 4019; Id., 24 novembre 2010 n. 8224), chiarito che l'art. 11 comma 6 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 – a norma del quale nelle gare d'appalto l'offerta del concorrente è vincolante per il periodo indicato nel bando e, in caso di mancata indicazione per 180 giorni decorrenti dalla scadenza del termine per la sua presentazione, salvo che la Stazione appaltante chieda ai concorrenti il differimento di tale termine – è posto a protezione e tutela dell'offerente, il quale, decorso il termine, può ritenersi sciolto dall'offerta presentata; pertanto, la sussistenza del "vincolo" non significa che l'offerta decade ex lege decorso il termine, ma solo che l'offerente può svincolarsi da essa e se non dichiara di ritenersi sciolto, l'offerta non decade, con la conseguenza che la circostanza che allo scadere dei predetti 180 giorni il concorrente non abbia dichiarato di voler mantenere l'offerta non comporta la decadenza dell'offerta medesima.

11. L'appello principale deve, quindi essere respinto, mentre va dichiarato improcedibile l'appello incidentale. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- respinge l'appello principale;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna Citelum S.a. al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge in favore del Comune di Lecce e di Gemmo S.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Luigi Massimiliano Tarantino Francesco Caringella

N. 01364/2016 REG.PROV.COLL.

N. 01130/2016 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1130 del 2016, proposto da:

A.C.F. Arezzo Asd, in proprio e quale capogruppo del costituendo R.T.I. con US Arezzo s.r.l.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Maccari C.F. MCCNRC84M14I155V e Lorian Maccari
C.F. MCCLRN55T25A541R, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Firenze, via
Fiume n. 11;

contro

Comune di Arezzo, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Pasquini C.F.
PSQSFN63B01A390C, e domiciliato per legge presso la Segreteria del T.A.R. Toscana in Firenze,
via Ricasoli n. 40;

nei confronti di

AcD Tuscar, in proprio e quale capogruppo del R.T.I. con ASD Petrarca Calcio, rappresentata e
difesa dagli avvocati Michele Morelli e Roberta Blasi C.F. BLSRRT66T67A390M, con domicilio eletto
presso l'avvocato Roberto Stori in Firenze, viale Belfiore n. 32;

per l'annullamento

- dell'avviso pubblico per la concessione in gestione dell'impianto sportivo comunale denominato
"Campo da Calcio B. Nespoli" (Dante) nella parte in cui prevede: (I) che "in seduta riservata
verranno aperte le buste con soggetti ammessi alla lettera B - OFFERTA TECNICA; dopo averne
verificato la regolarità formale la Commissione giudicatrice provvederà a valutare il merito tecnico
delle offerte ..", (II) la causa di esclusione indicata al punto 1 sub. "LA BUSTA A -
DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA "; (III) la causa di esclusione indicata al punto 1 "LA BUSTA
C - OFFERTA ECONOMICA" (doc. n. 1);

- della comunicazione del Direttore dell'Ufficio Sport e Politiche Giovanili del 19/7/2016 prot.
2016/88085 con la quale veniva comunicata l'inammissibilità della domanda di partecipazione alla
procedura;

- della comunicazione del Direttore dell'Ufficio Sport e Politiche Giovanili del 25/7/2016 prot.
2016/90430 con la quale veniva confermata l'esclusione della istanza di partecipazione presentata
dal RTI costituendo tra ACF Arezzo ASD (capogruppo) e US Arezzo s.r.l. (mandante);

- del provvedimento del Direttore dell'Ufficio Sport e Politiche Giovanili n. 1990 del 22/7/2016
notificato il 25/07/2016 con il quale veniva disposta l'assegnazione provvisoria della gestione
dell'impianto sportivo comunale denominato "Campo da Calcio B. Nespoli" all'ACD Tuscar
(capogruppo) del costituendo RTI con ASD Petrarca Calcio (mandante);

- di ogni altro atto connesso;

e per l'affidamento in via provvisoria della gestione dell'impianto sportivo comunale denominato
"Campo da Calcio B. Nespoli" (Dante).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Arezzo e di Acd Tuscar;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2016 il dott. Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Arezzo ha indetto la gara per l'affidamento in concessione dell'impianto sportivo "Campo da calcio Nespoli", approvando l'avviso di selezione con determinazione n. 1572 del 10.6.2016.

La commissione di gara ha escluso la ricorrente per mancata presentazione dello Statuto (che avrebbe dovuto essere inserito nella busta A), per mancata presa visione dell'impianto e per omessa apposizione della firma in originale sui modelli allegato 1A e 2A.

Con provvedimento n. 1990 del 22.7.2016 è stata disposta l'assegnazione provvisoria a favore dell'A.T.I. costituenda tra ACD Tuscar e ASD Petrarca Calcio.

Avverso l'atto di esclusione e l'aggiudicazione provvisoria la ricorrente è insorta deducendo varie censure.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Arezzo e ACD Tuscar.

Alla camera di consiglio dell'8 settembre 2016 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di prescindere dalle eccezioni di inammissibilità dell'impugnativa sollevate dalla controinteressata e dal Comune, stante l'infondatezza del ricorso.

Entrando nel merito della trattazione del gravame, valgono le seguenti considerazioni.

Una delle ragioni poste a giustificazione del contestato provvedimento di estromissione dalla gara è costituita dal fatto che il modello allegato 1A (istanza di partecipazione alla gara) e il modello allegato 2A (dichiarazione di assenza di cause ostative e carichi pendenti) recano la firma del legale rappresentante non in forma autografa (cioè non in originale) ma stampata. A tal riguardo la ricorrente lamenta che l'avviso di gara non contemplava la predetta irregolarità come causa di esclusione, deduce che la nuova normativa in tema di contratti pubblici non consente l'esclusione dalla gara nemmeno in caso di omessa sottoscrizione ed obietta che comunque l'istanza era sottoscritta e accompagnata da documento di identità del sottoscrittore.

La censura è infondata.

Premesso che l'avviso di gara prescriveva, a pena di esclusione, la presentazione della domanda di partecipazione e della dichiarazione sulle cause ostative e i carichi pendenti, firmate rispettivamente dal legale rappresentante e da ciascuno dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, il Collegio osserva quanto appresso.

La mancata sottoscrizione di un atto, che costituisce la domanda di partecipazione alla gara, da parte di un concorrente non può essere considerata, in via di principio, un'irregolarità solo formale sanabile nel corso del procedimento, atteso che essa fa venire meno la certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso; né possono essere assimilate alla sottoscrizione i timbri o la firma prestampata o

fotocopiata, giacché la sottoscrizione autografa è lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione anteposta, consentendo così non solo di risalire alla paternità dell'atto, ma anche di rendere l'atto vincolante verso i terzi destinatari della manifestazione di volontà; ne consegue che l'apposizione della firma deve avvenire esclusivamente in originale in calce ovvero in chiusura del documento, come volontà di adesione a quanto precede. Deve trattarsi di firma autografa, e non fotocopiata o prestampata, in quanto solo la diretta apposizione da parte del dichiarante può valere a ricondurre il contenuto del documento a lui. Non rileva l'allegazione del documento di identità, che funge da strumento sostitutivo dell'autenticazione di una sottoscrizione effettiva, e non impressa a stampa o fotocopiata.

Tali conclusioni valgono anche alla luce dell'art. 83, comma 9 ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, trattandosi di irregolarità che non consente l'individuazione del soggetto responsabile, in quanto non è riconoscibile l'effettivo autore dell'apposizione di una firma a stampa in calce al documento. Nel caso di specie peraltro il documento irregolarmente sottoscritto è strettamente collegato all'offerta, avendo come contenuto la domanda di partecipazione alla procedura selettiva, ed attiene quindi alla paternità dell'offerta stessa, rispetto alla quale l'esclusione dalla possibilità di soccorso istruttorio è statuita dall'art. 83, comma 9 secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016.

In relazione alle censure riferite alle altre cause di estromissione dalla gara, il Collegio osserva che, a fronte di un provvedimento di esclusione che si fonda su una pluralità di ragioni ostative, l'impugnativa svolta in sede giurisdizionale non può trovare accoglimento se anche uno solo dei motivi di doglianza resista alle censure mosse; in sostanza il provvedimento plurimotivato non è suscettibile di annullamento qualora anche uno solo dei motivi posti a fondamento dello stesso fornisca autonomamente la legittima e congrua giustificazione della determinazione adottata. Pertanto, essendo sufficiente a sorreggere la legittimità dell'impugnata esclusione la mancata sottoscrizione degli allegati 1A e 2A, si prescinde dall'esame delle censure riguardanti gli altri motivi del suddetto provvedimento estromissivo, costituiti dalla mancata allegazione dello Statuto e dall'omessa effettuazione del sopralluogo.

La ricorrente contesta altresì la clausola dell'avviso di gara che prevede l'apertura del plico contenente l'offerta tecnica in seduta riservata, con conseguente illegittimità degli atti della procedura selettiva.

La doglianza è inammissibile.

Il soggetto che è stato escluso legittimamente dalla gara risulta privo di legittimazione e/o carente di interesse con riferimento alla deduzione dei vizi relativi alle ulteriori fasi della procedura concorsuale. L'accoglimento del ricorso con riferimento al provvedimento di aggiudicazione non comporterebbe, infatti, l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore, ma la ripetizione della gara, e l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara può essere perseguito soltanto dall'impresa che non è stata esclusa (ex multis: Cons. Stato, VI, 4.7.2014, n. 3393; TAR Sicilia, Palermo, II, 28.1.2016, n. 294; TAR Umbria, I, 26.2.2016, n. 205).

In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna la ricorrente a corrispondere al Comune di Arezzo e alla parte controinteressata la somma di euro 1.500 (millecinquecento) oltre accessori di legge ciascuno, a titolo di spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Gianluca Bellucci

Saverio Romano