

N. 00089/2013REG.PROV.COLL.

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 5649 del 2011, proposto dalla Terzo Millennio S.a.s., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Daniele Marrama, con domicilio eletto presso Francesco De Leonardis in Roma, via Fulcieri Paulucci de' Calboli 9;

contro

Comune di Meta, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Salvatore Prisco e Domenicantonio Siniscalchi, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde 2;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA- NAPOLI, SEZIONE I, n. 3304/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO PARCHEGGIO IN MARINA DI META E PULIZIA ZONA LIMITROFA PER DUE ANNI.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2012 il Cons. Nicola Gaviano e udito per la parte appellante l'avv. Buscicchio su dichiarata delega dell'avv. D. Marrama;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Meta (Napoli) indiceva con bando del 23 marzo 2011 una procedura aperta per l'affidamento del servizio di conduzione dell'area pubblica di parcheggio sita in Marina di Meta e pulizia della zona limitrofa, per una durata di due anni a decorrere dalla firma del contratto.

La Terzo Millennio S.a.s., essendo stata esclusa dalla procedura, con ricorso al T.A.R. per la Campania impugnava, oltre alla propria esclusione, la determinazione del 10 maggio 2011 che aveva disposto l'aggiudicazione definitiva del servizio in favore del Consorzio Urbania Vivere la città.

La ricorrente domandava, inoltre, la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto stipulato nelle more tra l'Amministrazione e l'aggiudicataria con il subentro di essa ricorrente nel relativo rapporto contrattuale, ovvero, in subordine, la condanna del Comune al risarcimento dei danni per equivalente.

Resisteva al ricorso l'Amministrazione comunale.

Il T.A.R. adito con la sentenza n. 3304/2011, emessa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., respingeva il gravame.

Avverso tale pronuncia la Terzo Millennio S.a.s. esperiva indi il presente appello, con il quale riproponeva le proprie censure, argomentazioni e domande, e criticava le motivazioni con le quali la sentenza avversata le aveva disattese.

Il Comune di Meta si costituiva anche in questo grado di giudizio in resistenza all'impugnativa, deducendone l'inammissibilità sotto più profili e comunque l'infondatezza.

Con ordinanza della Sezione n. 3871 del 2 settembre 2011 la domanda cautelare dell'appellante veniva accolta ai limitati fini di una sollecita trattazione della controversia nel merito.

L'Amministrazione, nel prosieguo, illustrava ulteriormente le proprie difese in rito e di merito.

L'appellante, dal canto suo, con uno scritto di replica insisteva per l'accoglimento del gravame.

La Sezione con ordinanza n. 3443 del 2012, ritenendo che l'appello, pur ritualmente proposto, dovesse essere notificato anche all'aggiudicataria in qualità di parte necessaria, disponeva la conforme integrazione del contraddittorio, che veniva prontamente eseguita.

Alla pubblica udienza del 16 novembre 2012 la causa è stata nuovamente trattenuta in decisione.

1 La Sezione deve preliminarmente dare atto che il difetto di contraddittorio precedentemente riscontrato è stato superato con l'attuazione data, dalla ricorrente, alle prescrizioni della già citata ordinanza n. 3443/2012 di integrazione, appunto, del contraddittorio processuale. La relativa eccezione deve essere quindi disattesa.

2 Altra eccezione di inammissibilità opposta dalla difesa comunale trae spunto, invece, dalla mancata dimostrazione, da parte della ricorrente, della maggior convenienza della propria offerta economica rispetto a quella dell'aggiudicataria.

Nemmeno questa eccezione può trovare adesione.

La ricorrente, con l'avversare la propria esclusione dalla gara (e solo di riflesso l'aggiudicazione della commessa ad un terzo), fa valere in giudizio il proprio interesse alla riammissione alla procedura, e perciò la pretesa che anche la propria offerta di gara formi oggetto di valutazione, da parte della Commissione, in comparazione con le altre.

Tale essendo il contenuto del presente giudizio, se ne desume linearmente l'insussistenza di un onere della ricorrente di rivelare preventivamente, in questa sede contenziosa, il contenuto della propria offerta economica. L'onere così ipotizzato, oltre a porsi in conflitto con il relativo principio di segretezza, sarebbe difatti incompatibile con la naturale considerazione che il confronto tra le offerte è compito, almeno in prima battuta, dell'apposita Commissione, e non del Giudice, che è semmai deputato alla verifica di legittimità della procedura condotta dall'Amministrazione.

3 L'appello, oltre che ammissibile, è fondato.

3a Ciò, in sintesi, per la ragione che, stante la presenza di una specifica prescrizione della lex specialis che imponeva ai concorrenti di rendere una dichiarazione sostitutiva circa il possesso, da parte loro, della certificazione ambientale e della certificazione di qualità per la conduzione di parcheggi, non è possibile attribuire valenza essenziale all'ulteriore previsione, della stessa legge di gara, circa un obbligo di produzione, invece, immediata e diretta delle medesime certificazioni.

3b La disciplina di gara indubbiamente prevedeva, invero, che i concorrenti dovessero inserire nei loro plichi, e precisamente nella busta “A” (“Documentazione”), le certificazioni appena dette (art. 9 del bando; art. 11 del capitolato), la mancata allegazione delle quali ha poi indotto l’Amministrazione all’impugnata esclusione della Terzo Millennio S.a.s..

E’ però determinante rimarcare che siffatta prescrizione non era assistita da una specifica comminatoria di esclusione. Una comminatoria compariva, infatti, solo nella disposizione per cui “il plico dovrà contenere al proprio interno, a pena di esclusione dalla gara, due buste chiuse, sigillate ... e controfirmate ...”, senza perciò estendersi, almeno testualmente, al contenuto proprio delle stesse buste; ed altra comminatoria compariva nella clausola di chiusura in forza della quale sarebbero state escluse dalla gara “le ditte che non abbiano reso tutte le dichiarazioni richieste (o) abbiano prodotti documenti incompleti”, anche in questo caso senza dunque essere immediatamente e formalmente riferibile all’obbligo di allegazione delle due certificazioni in questione.

Per altro verso, deve soprattutto essere rimarcato che la medesima *lex specialis*, ancor prima di dettare tali previsioni, nell’esigere per la partecipazione alla gara il requisito della titolarità delle certificazioni, di qualità ed ambientale, identificate dall’art. 8, lett. d) ed e), del bando, prescriveva inequivocabilmente, ai fini della relativa dimostrazione, che il possesso delle dette certificazioni dovesse essere dichiarato già “nella domanda di ammissione alla gara, ai sensi dell’art. 38 del d.P.R. n. 445/2000” (in tema di dichiarazioni sostitutive dell’atto di notorietà). E questo, si sottolinea, con il presidio stavolta di una ben specifica comminatoria di esclusione.

In coerenza con tale prescrizione, inoltre, il “Modello di richiesta di ammissione e dichiarazione” allegato dall’Amministrazione al bando includeva espressamente in sé la formale dichiarazione dell’istante, da rendere sotto la sua responsabilità ai sensi degli artt. 75 e 76 del d.P.R. n. 445/2000, di trovarsi nel possesso delle certificazioni prescritte.

3c Orbene, è incontestato che tale dichiarazione la Terzo Millennio S.a.s. abbia puntualmente reso.

Si possono quindi subito condividere i rilievi con i quali la stessa ricorrente, sviluppando quanto già presente nel ricorso di prime cure (pagg. 2-3 *ivi*), ha dedotto, in breve:

- che l’Amministrazione, una volta richiesta la presentazione di una dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà riflettente il possesso di determinati requisiti, non avrebbe potuto contestualmente richiedere ai concorrenti (data la completezza di una simile dichiarazione sostitutiva) di produrre anche materialmente i certificati attestanti il possesso dei medesimi requisiti;

- che lo stesso Comune, pur disponendo di una dichiarazione sostitutiva attestante il possesso dei cennati requisiti, resa proprio nell’ambito della procedura in esame, si era determinato per l’esclusione della ricorrente per non avere questa introdotto, nella busta della propria documentazione amministrativa, quegli stessi certificati per i quali essa società aveva tuttavia reso, come prescritto, la contestuale, predetta dichiarazione sostitutiva: e tutto questo nonostante anche l’assenza, nella *lex specialis*, di una comminatoria di esclusione correlata alla mancata produzione diretta degli stessi certificati;

- che il primo Giudice, infine, non aveva conferito alcun rilievo al fatto che la domanda di partecipazione della ricorrente, in coerenza con la *lex specialis*, contenesse già una dichiarazione sostitutiva attestante il possesso dei requisiti corrispondenti alle due certificazioni sopra dette.

3d La sentenza in epigrafe reca varie considerazioni intese a giustificare, secondo logica, un’interpretazione estensiva delle clausole di esclusione dettate dalla legge di gara (art. 9 del bando; art. 11 del capitolato), al fine di pervenire a reputare coperta da tali clausole anche l’ipotesi della mancata allegazione delle due certificazioni. Le considerazioni del primo Giudice, però, sono solo in astratto plausibili, presentando esse, in realtà, il vizio di fondo di obliterare il fatto che - come si è

premesse - la disciplina di gara già prevedeva per la prova del possesso dei requisiti in questione il mezzo della dichiarazione sostitutiva, e dettava, per l'eventualità che quest'ultima fosse mancata, una specifica comminatoria di esclusione.

Ciò posto, la Sezione ritiene che la lettura complessiva delle indicazioni del bando – sovrabbondanti, se non contraddittorie - esiga che venga attribuito il debito rilievo ai dati obliterati in prime cure, i quali impediscono, anche per la loro centralità logica, di condividere l'interpretazione seguita dal Tribunale.

La produzione delle certificazioni, da parte di chi aveva comunque già contestualmente attestato con dichiarazione sostitutiva, a norma di bando, il possesso dei conferenti requisiti, non poteva rivestire alcun valore essenziale, presentandosi semmai come adempimento di dubbia sensatezza, la cui prescrizione non per caso non si trovava presidiata da alcuna testuale comminatoria di esclusione.

Il provvedimento di esclusione gravato in primo grado risulta, pertanto, basato sull'inadempimento di una prescrizione che non era assistita da clausole di esclusione, ed in se stessa era ben lungi dall'essere accreditabile come essenziale.

Vale, allora, il pacifico principio giurisprudenziale per cui, in materia di appalti della pubblica amministrazione, l'inosservanza delle prescrizioni del bando circa le modalità di presentazione delle offerte può implicare l'esclusione dalla gara (anche a prescindere dal fatto che questa sia espressamente prevista in termini specifici dalla *lex specialis*) quando vengano in rilievo prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della Pubblica amministrazione appaltante, o poste a garanzia della parcondicio dei concorrenti. Laddove invece, come nel caso concreto, non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, va accordata preferenza al favor *participationis*, in coerenza con l'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (cfr. ad es. Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4334; 8 settembre 2008, n. 4252; la Sezione ha avuto altresì modo di precisare che, anche prima dell'introduzione del principio della tassatività delle cause di esclusione mediante la recente modifica dell'art. 46 del Codice Appalti da parte del d.l. n. 70 del 13 maggio 2011, lo stesso articolo esprimeva pur sempre già il criterio della possibile rilevanza, ai fini dell'esclusione, delle mancanze sostanziali, ma non anche di quelle meramente formali : v. la decisione 10 gennaio 2012, n. 31).

4 Quanto precede comporta l'illegittimità dell'esclusione avversata dalla Terzo Millennio S.a.s., che va di conseguenza annullata unitamente all'aggiudicazione accordata alla controinteressata.

Ne discende l'obbligo del Comune di aprire la busta contenente l'offerta della ricorrente, e di confrontarla, alla luce dei criteri di valutazione a suo tempo posti a base della procedura, con le altre offerte ammesse (a quanto consta, quella del solo Consorzio Urbana Vivere la città).

Nell'eventualità che l'offerta della ricorrente risultasse la migliore, la società medesima, da dichiarare in tal caso aggiudicataria, dovrà anche essere fatta immediatamente subentrare, conformemente alla sua apposita domanda, nel contratto che nelle more parrebbe essere stato concluso dal Comune con il predetto Consorzio (sempre che sia ancora in corso), giacché, tenuto conto della natura del servizio del cui affidamento si tratta (conduzione di un'area pubblica di parcheggio e pulizia della zona limitrofa), la Sezione ritiene di poter escludere che a siffatto subentro osti alcuna delle ragioni valorizzate quali possibili fattori impeditivi della declaratoria di inefficacia prevista dall'art. 122 c.p.a..

In questo quadro non vi è invece luogo ad esaminare, per lo meno allo stato ed in questa sede, la domanda risarcitoria per equivalente monetario pure articolata, in via subordinata, dalla ricorrente. La Sezione, infatti, non essendo noti i termini dell'offerta economica della società, non è in condizione di accertare la fondatezza della sua pretesa all'aggiudicazione; d'altro canto, impartendo qui disposizioni ai fini della riparazione in forma specifica degli interessi lesi, non potrebbe escludere a priori la sufficienza della detta forma di riparazione ai fini del ripristino della sfera degli interessi fatti valere dall'appellante; e in ogni caso, infine, nemmeno sarebbe in condizione di accertare, nel contesto dato, l'entità di un eventuale pregiudizio residuo.

5 Con le statuizioni che precedono l'appello merita, dunque, accoglimento, come, in riforma della decisione appellata (e nei limiti illustrati), il ricorso di prime cure della Terzo Millennio S.a.s.. Le spese processuali del doppio grado di giudizio, mentre possono essere compensate tra le imprese concorrenti, devono seguire la soccombenza a carico del Comune di Meta, con la liquidazione di cui al seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie, e, per l'effetto, in riforma della decisione appellata, accoglie il ricorso di primo grado ed annulla i provvedimenti con questo impugnati, con le ulteriori statuizioni di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Meta al rimborso alla ricorrente Terzo Millennio S.a.s. delle spese processuali del doppio grado di giudizio, che liquida nella misura complessiva di euro seimila, oltre gli accessori di legge. Compensa le stesse spese tra ricorrente e controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 16 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/01/2013

IL SEGRETARIO

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