

N. 02853/2014REG.PROV.COLL.
N. 07010/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7010 del 2013, proposto da:
Ministero della Giustizia, in persona del Ministro *pro tempore*,
rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello
Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Lindoor Servizi Sas di Peratello Cinzia & C., rappresentata e difesa
dagli avv.ti Ulisse Corea, Filippo Martinez, Davide Moscuza e
Andrea Vitale, con domicilio eletto presso Ulisse Corea in Roma, via
dei Monti Parioli, 48;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Peratello Cinzia, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Contaldi,
Sergio Viale e Alessandro Sciolla, con domicilio eletto presso Mario

Contaldi in Roma, via Pierluigi Da Palestrina, 63;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I
n. 01632/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di
ristorazione per il personale di polizia penitenziaria

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Lindoor Servizi Sas di
Peratello Cinzia & C.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2014 il Cons.
Raffaele Potenza e uditi per le parti l'Avvocato dello Stato Fedeli e
gli avv.ti Avv. Corea e Avv. Sciolla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso al TAR della Lombardia, la ditta s.a.s. Lindoor di
Peratello Cinzia esponeva di aver partecipato alla gara per
l'affidamento del servizio di ristorazione per le mense obbligatorie di
servizio per il personale della polizia penitenziaria nelle sedi di
ciascun istituto penitenziario e nelle scuole o negli istituti di
formazione della circoscrizione regionale della Lombardia per il
periodo 1.7.2009 - 30.6.2011-. La ditta istante, essendo risultata
aggiudicataria provvisoria, riceveva la richiesta (nota 12.6.2009), ai
sensi dell'art. 48 del D.lgs. 163/2006, di produrre i documenti e le

dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica richiesti, da presentare entro dieci giorni. Scaduto tale termine, l'amministrazione emetteva un decreto di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, procedendo nel contempo alla segnalazione all'autorità di vigilanza ed alla escussione della cauzione provvisoria.

Col predetto ricorso, pertanto, la società Lindoor chiedeva l'annullamento:

- a) del decreto 25.6.2009 del Provveditore Regionale della Lombardia del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Ministero della Giustizia, con il quale è stata annullata l'aggiudicazione provvisoria, a favore della ricorrente, della gara ed è stata disposta la segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici;
- b) - della nota di trasmissione del predetto decreto prot. n.21165 in data 25.6.2009 a firma del Provveditore regionale;
- c) - della nota n.23339 datata 17.7.2009, a firma del Provveditore regionale, con la quale è stata respinta l'istanza di riesame e revoca e sono state confermate l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici;
- d) - della lettera d'invito, del bando di gara e dei relativi allegati nella parte in cui prevedono l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 48 del D.lgs. 163/2006 e della escussione della cauzione provvisoria;
- e) nonché, con motivi aggiunti:
 - della nota prot. n. 24469 in data 20/7/2009 del Provveditore

Regionale della Lombardia del Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, con la quale è stato richiesto il pagamento della cauzione provvisoria alla Reale Mutua Assicurazioni;

- della nota prot. n. 24468 in pari data del Provveditore Regionale della Lombardia del Dipartimento Amministrazione Penitenziaria contenente la segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ai fini dei provvedimenti di cui all'art. 6 comma d.lgs. 163/2006.

1.1- Con la sentenza epigrafata il Tribunale amministrativo ha accolto il ricorso proposto, annullando tutti i provvedimenti impugnati ed adottando l'orientamento riassunto nella parte in diritto della presente pronunzia.

2. Di qui l'appello proposto dal Ministero della Giustizia che ha impugnato la sentenza del TAR, innanzi a questo Consesso. Si è costituita nel giudizio la società ricorrente in primo grado resistendo al gravame ed esponendo successiva memoria le proprie argomentazioni difensive, che si intendono qui riportate; in linea preliminare, l'appellata eccepisce l'inammissibilità del gravame.

Si oppone al gravame, con atto di intervento, anche la sig.ra Cinzia Peratello (in qualità, all'epoca, di socio della ricorrente società Lindoor).

Alla pubblica udienza del 25 febbraio 2014, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- La controversia sottoposta alla Sezione dall'appello in esame verte sulla legittimità del ritiro, disposto dal Ministero appellante in applicazione dell'art. 48 del codice degli appalti, di un'aggiudicazione provvisoria inizialmente disposta a favore della ditta Lindoor, (odierna appellata) di un appalto, indetto con procedura ristretta per servizio di ristorazione presso la polizia penitenziaria. Il contenzioso si estende ai provvedimenti in conseguenza disposti dall'amministrazione e recanti l'esclusione dalla gara e l'incameramento della cauzione. Gli atti surriferiti, sono stati adottati in ragione della ritenuta inosservanza dell'obbligo di produrre la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e per omesso versamento della cauzione definitiva o rilascio della relativa copertura assicurativa.

2. Il ricorso al TAR deciso dalla sentenza gravata aveva evidenziato l'illegittimità degli atti censurati:

- per l'inapplicabilità dell'art. 48, che comunque non menziona cauzione definitiva e polizza assicurativa, comunque presentata nel termine di dieci giorni dalla richiesta;
- poichè comunque la prova del possesso dei requisiti era già stata fornita nel corso della gara, sicchè non era necessario l'adempimento richiesto dalla nota inviata dall'amministrazione.

2.1.- A supporto della decisione di accoglimento, il primo giudice ha (in sintesi) affermato che le disposizioni del citato art. 48 non sono applicabili ai servizi indicati nell'allegato II B del codice appalti e ciò,

in forza dell'art. 20 del codice stesso, che permette l'applicazione agli appalti in questione solo degli artt. 65, 68 e 225; in sostanza, nella fattispecie, la normativa prevede la possibilità di esclusione solo per motivi sostanziali, che nel caso in esame non si ravvisano in quanto la produzione della documentazione in copia e non in originale legittimava non l'esclusione, ma una richiesta di integrazione .

3.- Il Ministero avversa detta decisione argomentando, con un unico articolato motivo, che:

a)- nella specie, l'art. 48 è applicabile per espresso richiamo da parte della lettera di invito alla procedura (art.8);

b)- la motivazione resa dalla sentenza in ordine alla esaustività della documentazione prodotta in sede di gara è insufficiente;

c)- l'invito ad integrare la documentazione era già stato dato non ai fini dell'aggiudicazione provvisoria ma ai fini della stipula del contratto.

3.1.- Può prescindersi dal trattare l'eccezione di inammissibilità dell'appello, poiché questo è infondato nel merito.

3.2.- Sotto il primo aspetto, il Collegio deve rilevare che la lettera di invito, che ha recepito l'art. 48, ha però costituito oggetto di impugnazione nella parte in cui dispone l'applicabilità alla procedura "*de qua*" ed in tale limite, in accoglimento del ricorso di primo grado, è stata travolta da annullamento per la medesima ragione che ha inficiato l'esclusione (e gli atti conseguenti) e che costituisce la questione centrale della controversia. Il predetto richiamo

normativo, pertanto, non può assumere alcun rilievo.

3.3.- Sul tema centrale, il Collegio ritiene che assuma portata decisiva il tenore dell'art. 20 del codice appalti, in base al quale l'aggiudicazione degli appalti aventi oggetto i servizi e gli altri indicati nell'elenco allegato II B "è disciplinata esclusivamente dagli artt. 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura) e 225 (avviso sugli appalti aggiudicati). Il tenore letterale della norma, ed in particolare la locuzione "esclusivamente" militano nel senso di escludere la legittimità di una clausola di esclusione inserita in una normativa di gara mediante rinvio all'art. 48. Ciò non presuppone affermare un principio per cui l'art. 20 abbia introdotto una deroga all'applicazione di gran parte delle norme del codice degli appalti di talchè le stesse non possano essere applicate dalle amministrazioni (in contrario ad una deroga generalizzata, v. Cons. di Stato, sez. V, n.4510/2012). Ma l'orientamento sembra doversi contenere nella confermata applicabilità di tutte le norme del codice che abbiano una valenza di principio generale, senza quindi potersi spingere ad applicare cause di esclusione non espressamente previste dalla normativa, stante peraltro il principio di tassatività delle stesse in correlazione con quello di massima partecipazione (Cons. di Stato, sez.V, n.7672/2010).

I provvedimenti impugnati, poi, non paiono legittimi anche alla luce del comma 1*bis* dello stesso art. 48, in base al quale, allorchè la stazione appaltante si avvalga di una delle procedure indicate dall'art.

62 (tra cui figura la procedura ristretta) la richiesta di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria viene soddisfatta contestualmente alla presentazione dell'offerta sicchè l'eventuale aggiudicazione, soprattutto se provvisoria, non determina alcun obbligo documentale se questo è già stato adempiuto in precedenza, o, in caso di sua irregolarità, produce unicamente un obbligo di regolarizzazione formale, mediante integrazione, delle documentazione già presentata.

L'inapplicabilità alla fattispecie del citato art 48 comporta automaticamente anche quella della conseguente sanzione della escussione della sanzione provvisoria.

3.4.- Non convince nemmeno l'argomentazione dell'appellante per cui l'invito ad integrare la documentazione già stato dato non ai fini aggiudicazione provvisoria, ma ai fini della stipula del contratto. Contraddice anzitutto questa tesi il fatto che i provvedimenti gravati sono stati emessi sul presupposto dell'aggiudicazione provvisoria; inoltre il riferimento alla successiva fase della procedura non elide il rilievo per cui la documentazione era già presente o andava completata mediante una integrazione, quindi utili anche ai fini della stipulazione.

3.5- Infine non risultano oggetto di specifiche censure le considerazioni svolte dal TAR sulla effettiva prestazione della cauzione definitiva da parte della aggiudicataria.

4.- Conclusivamente l'appello deve essere respinto.

4.1.- Restano assorbiti ulteriori motivi ed eccezioni, che il Collegio non ritiene rilevanti ai fini della presente decisione.

5.- Sussistono giuste ragioni per disporre la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione IV), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, respinge l'appello.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere, Estensore

Francesca Quadri, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/06/2014

IL SEGRETARIO

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