

N. 05280/2015REG.PROV.COLL.

N. 08719/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 8719 del 2015, proposto da:
Ministero della Difesa, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi 12;

contro

Slem Srl in proprio e quale Capogruppo Mandataria Ati, Ati - Rica Srl, Ati - Scardi Ristorazione Srl, Rti - Gam Srl, Progetto 2000 Soc. Coop., Quadrelle 2001 Soc. Coop., Ati - As Catering di Ada Spadafora & Co. Sas, rappresentati e difesi dall'avv. Luca Tozzi, con domicilio eletto presso l'avv. Lodovico Visone in Roma, Via del Gesù, 62;

nei confronti di

Ladisa Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I BIS n. 10167/2015, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di ristorazione collettiva mediante catering completo presso i reparti dell'arma dei carabinieri dislocati sull'intero territorio nazionale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Slem Srl in proprio e quale Capogruppo Mandataria Ati e di Ati - Rica Srl e di Ati - Scardi Ristorazione Srl e di Rti - Gam Srl e di Progetto 2000 Soc. Coop. e di Quadrelle 2001 Soc. Coop. e di Ati - As Catering di Ada Spadafora & Co. Sas;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 60 del codice del processo amministrativo

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2015 il Cons. Andrea Migliozi e uditi per le parti l'avv. Tozzi e l'avvocato dello Stato D'Elia i quali vengono previamente avvisati della possibilità di definire la causa con sentenza in forma semplificata

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Società coop Quadrelle 2001 partecipava quale mandante di una costituenda ATI con capogruppo mandataria Slem srl alla procedura ristretta di gara bandita dal Comando generale dell'Arma dei carabinieri per l'affidamento del servizio di ristorazione collettiva mediante catering con riferimento al lotto 4 relativo alle regioni Abruzzo, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria e Sicilia.

Dopo l'aggiudicazione in via provvisoria della gara in favore dell'ATI Slem, la stazione appaltante, in sede di controllo dei requisiti dichiarati in via sostitutiva, rilevava l'asserita falsità dei certificati di qualità Iso inerenti la società mandante Quadrelle 2001 e per tale motivo disponeva l'esclusione dalla gara della suindicata ATI, provvedendo altresì alla escussione della polizza fideiussoria prestata a titolo di cauzione.

Avverso tali determinazioni nonché avverso l'aggiudicazione definitiva avvenuta in favore della società Ladisa spa, Slem srl proponeva innanzi al Tar del Lazio rispettivamente ricorso principale e atto di motivi aggiunti, denunciando la illegittimità degli atti gravati sotto vari profili.

L'adito Tribunale amministrativo con sentenza n. 10167/2015 respingeva il gravame proposto avverso la esclusione dalla gara, mentre accoglieva il ricorso relativamente all'impugnata escussione della garanzia e tanto sul rilievo che nella specie era mancata una specifica valutazione della gravità degli addebiti mossi alla società partecipante alla gara sì da non potersi giustificare la sanzione della disposta escussione della cauzione.

Il Ministero della Difesa ha impugnato tale decisum nella parte in cui ha accolto l'impugnativa riguardante la escussione della cauzione provvisoria deducendo, con un unico motivo di gravame, la erroneità di tale statuizione, in sostanza, per errata interpretazione dell'art. 48 del testo unico degli appalti (dlgs.n.163/2006).

Più specificatamente parte appellante facendo riferimento peraltro a pronunce di questo Consesso rileva che l'atto di incameramento della cauzione è conseguenza afflittiva automatica della disposta esclusione dalla gara, prevista ex lege, senza che sia necessaria una previa attività valutativa della gravità della violazione commessa dal concorrente alla procedura selettiva.

Si è costituita in giudizio la Società Quadrelle 2001, che ha rilevato la legittimità delle statuizioni assunte sul punto dal giudice di primo grado contestando la fondatezza dell'appello sotto due fondamentali profili:

perché l'art.48 del dlgs n.163/06 non è applicabile alla procedura concorsuale de qua;

perché deve ritenersi errata la esclusione dalla gara dell'ATI Slem, ricorrendo in capo alla mandante Quadrelle 2001 i requisiti soggettivi di cui all'art. 39 del citato testo unico sugli appalti .

Alla camera di consiglio del 10 novembre 2015 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

In primo luogo la Sezione decide di definire la causa con sentenza in forma semplificata sussistendo le condizioni di cui all'art.60 c.p.a

Ciò preliminarmente precisato, la statuizione del primo giudice che sancisce la illegittimità della disposta escussione della cauzione provvisoria prestata dalla Società Quadrelle 2001 deve essere confermata, ma per ragioni diverse da quelle esposte nella impugnata sentenza.

L'incameramento della cauzione come più volte rilevato da questo Consiglio di Stato (Sez. V 10/9/2012 n. 4778; di recente , questa Sezione 9/6/2015 n. 2829) si configura come misura sanzionatoria costituente conseguenza automatica del provvedimento di esclusione .

Invero, è stato osservato nelle suindicate circostanze che i criteri di esclusione dalla partecipazione alle gare sono dati in funzione della trasparenza della posizione dei concorrenti e non ritengono necessaria la prova della colpa nella formazione delle dichiarazioni presentate, dovendosi tener presente che nella specie l'esclusione è avvenuta proprio in ragione di un rilevato difetto dei requisiti da dichiararsi ex art.38 del dlgs n. 163/2006.

Aderendosi a questa tesi interpretativa ne deriva che l'assunto del Tar secondo cui nel caso de quo necessitava far precedere la determinazione di incameramento da una valutazione sulla gravità dell'addebito contestato alla Società Quadrelle si appalesa privo di pregio mentre, specularmente, fondata si rivela la tesi difensiva di parte appellante che fonda il suo motivo di gravame proprio sul carattere automatico della escussione intesa come misura sanzionatoria applicabile ex lege .

Nondimeno, rileva il Collegio che la stazione appaltante non poteva procedere alla escussione della cauzione per una ragione che si pone a monte della problematica sopra esposta, ravvisabile, precipuamente, nel fatto che l'art. 48 citato non è applicabile tout court alla fattispecie, come correttamente e fondatamente fatto rilevare dalla Società qui appellata nella memoria di resistenza.

Il titolo II del dlgs n.163/06 che si occupa dei contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice annovera l'art. 21 relativo agli appalti aventi ad oggetto i servizi elencati sia nell'allegato A sia nell'allegato B .

Ora oggetto della gara per cui è causa risulta essere per tabulas il servizio di ristorazione collettiva mediante catering e la ristorazione è tra gli appalti di servizi inseriti nell'allegato II B del codice dei contratti .

Questo sta a significare, in base ad una coordinata lettura del disposto legislativo, che la procedura ristretta posta in essere rientra a pieno titolo tra i servizi esclusi ai quali non è applicabile la norma di cui all'art.48 dettata a proposito della escussione della cauzione provvisoria.

In tali sensi si è peraltro già espressa questa Sezione con sentenza n.2853 del 25/2/2014 proprio in occasione della definizione di una gara avente ad oggetto il servizio ristorazione (da svolgersi in quella circostanza in favore della polizia penitenziaria) e il Collegio ritiene di aderire pienamente a tale decusum.

D'altra parte occorre rilevare che nella lex specialis di gara non risulta vi sia una prescrizione che preveda l'escussione della cauzione provvisoria conseguentemente alla disposta esclusione alla gara di un concorrente, senza quindi che la stazione appaltante si sia posta al riguardo un autovincolo.

Insomma non v'è per il caso di specie una norma di rango legislativo e neppure di tipo regolamentare che regga l'irrogazione della misura affittiva costituita dalla escussione della cauzione provvisoria; e se così è la determinazione assunta nei confronti di Quadrelle 2001 deve ritenersi illegittima.

Conclusivamente l'appello va respinto e l'impugnata sentenza confermata sia pure con diversa motivazione, nei sensi sopra resi.

Quanto alle spese del giudizio, avuto riguardo alla peculiarità della vicenda, delle stesse si può disporre la compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo Rigetta .

Compensa tra le parti le spese del giudizio

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 19/11/2015

IL SEGRETARIO