



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 10260 del 2014, proposto dalla società Nuovi Bagni Azzurri S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Inglese, Stefano Vinti e Paola Chirulli, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, Via Emilia, n. 88

***contro***

Comune di San Remo

***nei confronti di***

Gepim S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Davide Oddo, con domicilio eletto presso Teodora Marchese in Roma, corso Trieste, 173; Sviluppo Balneare S.n.c.

***per la riforma della sentenza del T.A.R. della Liguria, Sezione II, n.***

***1381/2014***

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Gepim S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2015 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Inglese e Oddo;

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

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Liguria e recante il n. 713/2013, l'appellante Nuovi Bagni Azzurri s.r.l. ha impugnato, con il rimedio della opposizione di terzo ai sensi dell'art. 108 codice del processo amministrativo, la sentenza del medesimo Tribunale n. 620/2013.

Con la sentenza in parola era stato annullato l'atto di autotutela del comune di Sanremo il quale aveva escluso la prima graduata di una gara (cui anche l'odierna appellante aveva partecipato, classificandosi in quarta posizione) nell'ambito di una procedura aperta esperita dal comune nel 2012 per la concessione ventennale del compendio immobiliare denominato "Bagni Azzurri", comprendente un tratto di arenile di circa 250 mq. e le relative attrezzature.

Con la sentenza in epigrafe il T.A.R. della Liguria ha respinto il ricorso per opposizione di terzo.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla Nuovi Bagni Azzurri s.r.l. la quale ne ha chiesto la riforma articolando due motivi più analiticamente descritti in parte motiva.

Si è costituita in giudizio l'aggiudicataria Gepim s.r.l. la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Alla camera di consiglio del 3 febbraio 2015 il Collegio ha avvertito le parti circa la possibilità che la causa sia definita con sentenza in forma semplificata ai sensi degli articoli 60 e 74 del cod. proc. amm. e il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello (con contestuale istanza di sospensione cautelare degli effetti) proposto da una società attiva nel settore dei servizi balneari (la quale aveva partecipato alla gara per l'attribuzione di una concessione demaniale in San Remo e si era classificata al quarto posto della graduatoria) avverso la sentenza del T.A.R. della Liguria con cui è stata respinta l'opposizione di terzo avverso la sentenza del medesimo Tribunale con la quale era stato accolto il ricorso proposto da una sua concorrente in gara (classificata al primo posto) e, per l'effetto, era stata disposta la ri-ammissione alla gara (e la conseguente aggiudicazione) in favore della stessa prima classificata

2. L'appello in epigrafe (che può essere definito con sentenza in forma semplificata ai sensi degli articoli 60 e 74 cod. proc. amm., sussistendo i relativi presupposti in fatto e in diritto) è infondato.

3. Con il primo motivo la Nuova Bagni Azzurri chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha statuito che l'aggiudicataria Gepim s.r.l. non fosse in assoluto tenuta a rendere la dichiarazione in ordine al rispetto della normativa sul lavoro dei soggetti disabili di cui all'articolo 17 della l. 12 marzo 1999, n. 68 (in quanto priva di dipendenti al momento di formulazione dell'offerta) e che un eventuale obbligo in tal senso avrebbe avuto un contenuto meramente formale.

In tal modo decidendo i primi Giudici avrebbero omesso di considerare

- che l'articolo 17 della l. 68, cit. impone il richiamato obbligo dichiarativo a tutte le imprese che intendono partecipare a pubbliche gare di appalto senza determinare aree di esenzione (per ciò che riguarda gli obblighi dichiarativi) nei confronti delle imprese sulle quali, comunque, non grava uno specifico obbligo di assunzione;

- che l'art. 17, cit. ha finalità di ordine pubblico e che l'imposizione dell'obbligo dichiarativo anche a carico delle imprese comunque non tenute all'assunzione di disabili “*[mira ad] evitare che la stazione appaltante debba verificare aliunde se l'impresa occupi*

*un numero di lavoratori tale da esentarla dall'assunzione dei disabili?* (ricorso in appello, p. 12). Si tratterebbe, quindi, di un obbligo tutt'altro che meramente formale;

- che, come affermato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio, il dovere di soccorso istruttorio che grava in capo alle amministrazioni non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante quando quest'ultima (come nel caso in esame) sia prescritta da puntuali disposizioni di legge; Con il secondo motivo, la Nuova Bagni Azzurri lamenta che i primi Giudici abbiano ommesso di tenere in adeguata considerazione ai fini del decidere la previsione del punto 8.1.1. del disciplinare di gara il quale (anche in caso di imprese escluse per motivi dimensionali dall'applicazione della normativa in tema di assunzione di soggetti disabili) imponeva la presentazione di una dichiarazione in ordine all'insussistenza di tali obblighi

Con il terzo motivo di appello la società appellante lamenta che, in sede di decisione sul ricorso per opposizione di terzo, i primi Giudici abbiano fornito un'interpretazione erroneamente ed incondizionatamente orientata al *favor participationis*, sino ad affermare – in modo erroneo – che la tipologia di gara per cui è causa sarebbe caratterizzata da obblighi formali e dichiarativi di carattere attenuato, trattandosi di gara riconducibile alle previsioni dell'allegato 'B-II' del decreto legislativo n. 163 del 2006.

In tal modo decidendo, oltretutto, i primi Giudici avrebbero ommesso di considerare che la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014 (pure, richiamata a sostegno delle tesi sviluppate in sentenza) non ha certamente aperto la strada a un incondizionato *favor participationis*.

3.1. I tre motivi appena richiamati, che possono essere esaminati in modo congiunto, non possono essere condivisi.

3.2. Il fulcro del *thema decidendum* consiste nello stabilire se il combinato disposto dell'articolo 17 della l. 68 del 1999 e dell'articolo 38, comma 1, lettera l) del 'Codice

*dei contratti* comporti necessariamente l'esclusione dalla gara dell'impresa la quale, pur non essendo tenuta al rispetto di alcuna quota di riserva nell'assunzione di soggetti disabili, non abbia reso almeno una dichiarazione in ordine all'insussistenza di tale obbligo.

Al riguardo non sfugge al Collegio l'esistenza di un orientamento che interpreta in modo piuttosto rigoroso la portata degli obblighi dichiarativi di cui al richiamato articolo 17, sino ad affermare che l'omissione della dichiarazione in ordine al rispetto della normativa in tema di diritto al lavoro dei disabili costituisca *ex secunda* di esclusione dalla gara, indipendentemente dalle previsioni in tal senso nell'ambito della *lex specialis* di gara.

Ancora, il Collegio intende riconoscere piena applicazione al principio (enunciato dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 9 del 2014 nonché – con modulazioni in parte diverse – con la sentenza n. 16 del 2014) secondo cui, nel quadro giuridico anteriore all'entrata in vigore del decreto-legge n. 90 del 2014, il combinato operare degli articoli 38, comma 1 e 46, comma 1 del 'Codice dei contratti' imponeva l'esclusione dalla gara del concorrente che avesse comunque violato adempimenti doverosi o norme di divieto comunque desumibili dal 'Codice' o dalla legislazione di settore.

Ma il punto è che una siffatta (pur rigorosa) lettura non può essere condotta sino al punto di individuare prescrizioni doverose anche laddove uno specifico obbligo dichiarativo non risulti, obiettivamente e con immediatezza, giustificato dalla normativa di settore.

E' ben vero, quindi, che (in base a un orientamento ormai prevalente almeno con riguardo al turno temporale anteriore all'entrata in vigore del decreto-legge n. 90 del 2014) l'esclusione dalla gara poteva essere disposta per violazione degli obblighi dichiarativi in sé intesi (e a prescindere dal contenuto puntuale della dichiarazione omessa), ma è altrettanto evidente che l'esclusione non poteva invece essere disposta

a fronte di un obbligo dichiarativo in radice insussistente per la carenza dell'obbligo sostanziale cui l'omessa dichiarazione avrebbe potuto o dovuto fare riferimento.

La sussistenza dell'obbligo dichiarativo che qui rileva, deve quindi essere letta in senso – per così dire – ‘condizionalistico’, nel senso che in tanto potrà dirsi sussistente l'obbligo di dichiarare il rispetto di un requisito di tipo sostanziale (con quanto ne consegue anche ai fini dell'esclusione dalla gara), in quanto (più a monte) il rispetto di tale requisito risulti in concreto imposto dalla pertinente normativa di settore, o comunque, sempre in concreto, si renda necessario dirimere ogni incertezza in ordine alla sussistenza o meno dei presupposti di applicazione della stessa normativa.

Ebbene, riconducendo il principio in questione alle peculiarità della vicenda di causa, emerge che la Gepim s.r.l. (pacificamente esente dal rispetto delle cc.dd. ‘quote di riserva’ nell'assunzione di soggetti disabili di cui alla l. 68 del 1999) non era comunque tenuta al rispetto di un obbligo dichiarativo (per così dire ‘di segno meramente negativo’).

Ciò in quanto un problema di rispetto della normativa in tema di assunzioni obbligatorie si pone – a rigore – solo nel caso di impresa in concreto assoggettata a tale normativa.

Ma il punto è che l'aggiudicataria Gepim s.r.l. era pacificamente esclusa - per ragioni dimensionali non oggetto di contestazione- dall'applicazione di tale disciplina, e che la non assoggettabilità a tale disciplina era agevolmente evincibile dall'amministrazione, emergendo in modo non equivoco dalla documentazione di gara in possesso della stessa amministrazione (documentazione dalla quale emergeva che, al momento della presentazione della domanda, la Gepim non avesse alcun dipendente). La situazione di regolarità, ai fini dell'applicazione della normativa cui faceva riferimento l'onere di dichiarazione, era, in altri termini, auto-evidente e già immediatamente rappresentata all'Amministrazione.

Pertanto, nel caso in esame risultava pacificamente assente la *ratio* stessa sottesa all'obbligo dichiarativo per come condivisibilmente richiamata dalla stessa società appellante (come si è già detto l'appellante ritiene che l'imposizione di un siffatto obbligo mirasse “[ad] evitare che la stazione appaltante debba verificare aliunde se l'impresa occupi un numero di lavoratori tale da esentarla dall'assunzione dei disabili” - ricorso in appello, p. 12 -).

3.3. Né può essere condiviso l'argomento secondo cui il richiamato obbligo dichiarativo fosse comunque contemplato (e a pena di esclusione) dalla *lex specialis* di gara.

Al riguardo ci si limita ad osservare:

- che la lettura del punto 8.1.1. del disciplinare di gara non deponeva in modo evidente nel senso della sussistenza di un siffatto obbligo dichiarativo (e comunque non deponeva nel senso che un siffatto obbligo fosse prescritto a pena di esclusione);
- che, anche ad ammettere che la richiamata disposizione della *lex specialis* di gara fosse stabilita a pena di esclusione, la stessa disposizione sarebbe da considerare nulla in quanto violativa del principio di tassatività legale delle ipotesi di esclusione dalle pubbliche gare di cui all'articolo 46, comma 1-bis del ‘Codice dei contratti’ (disposizione, quest'ultima, certamente rilevante *ratione temporis* per la definizione della presente vicenda in quanto introdotta dall'articolo 4 del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70)

3.4. La reiezione dei primi tre motivi di appello per le ragioni sin qui esaminate esime il Collegio dall'esame puntuale dell'ulteriore argomento (articolato con il terzo mezzo di gravame) con cui si è contestata l'affermazione dei primi Giudici relativa alla particolarità oggettuale della gara per cui è causa (una gara che rientrerebbe nell'ambito di applicazione dell'Allegato B-II del ‘Codice dei contratti’, sì da

richiedere un approccio meno rigidamente formalistico alla questione degli obblighi dichiarativi).

4. Deve ora essere esaminato il quarto motivo con il quale si chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha respinto il quarto motivo di opposizione relativo al mancato riconoscimento in favore dell'odierna appellante del punteggio aggiuntivo (12 pt.) in relazione al parametro '*esperienza*' che, laddove correttamente apprezzato, le avrebbe permesso di conseguire un punteggio tale da collocarla al primo posto in graduatoria.

4.1. Il Collegio ritiene che si possa prescindere dalla questione relativa alla tempestività nell'articolazione del motivo in primo grado atteso che esso è comunque infondato nel merito.

Al riguardo il Collegio ritiene di dover prestare puntuale adesione al consolidato orientamento secondo cui nelle procedure ad evidenza pubblica l'avvalimento ha la funzione di consentire al concorrente l'acquisizione dei requisiti di partecipazione, fruendo dei requisiti di altra società, ma non può tramutarsi in uno strumento volto a conseguire un punteggio più alto in sede di gara (in tal senso: Cons. Stato, V, 8 novembre 2012, n. 5692; *id.*, VI, 18 settembre 2009, n. 5626).

In base all'orientamento in questione (da cui non si rinvergono nel caso di specie ragioni per discostarsi) non può quindi essere condivisa la pretesa dell'odierna appellante volta ad ottenere la valutazione del punteggio aggiuntivo riferibile ai requisiti della società 'Bagni Arenella s.n.c.' in relazione alla voce '*esperienza*', non trattandosi – come è di tutta evidenza – di avvalimento di un requisito di ammissione.

Del resto, la stessa appellante richiama il consolidato e condiviso orientamento secondo cui la *ratio* stessa dell'istituto dell'avvalimento è diretta a consentire alle imprese di ampliare la possibilità di partecipazione agli appalti pubblici utilizzando i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale di altra impresa,

al fine di concorrere a gare che sarebbero altrimenti loro precluse (pag. 23, s. dell'atto di appello).

Ma se questa è la *ratio* di fondo dell'istituto, non si rinvengono ragioni sistematiche per ampliarne la portata sino a trasformarla in strumento volto semplicemente a migliorare la collocazione in graduatoria dell'impresa "avvalente" nell'ambito di gare alle quali essa potrebbe comunque partecipare in base ai suoi propri requisiti.

5. Per i motivi sin qui esposti il ricorso in epigrafe (che può essere definito con sentenza in forma semplificata sussistendo i relativi presupposti in fatto e in diritto) deve essere respinto.

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando per l'effetto la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/03/2015

IL SEGRETARIO

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