

N. 05268/2014REG.PROV.COLL.
N. 04583/2004 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4583 del 2004, proposto dal Comune di Arignano, rappresentato e difeso dagli avv. Nicolò Paoletti ed Enrico Piovano, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Barnaba Tortolini 34;

contro

Lo Biundo Antonino;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE, SEZIONE I, n. 536/2004, resa tra le parti, concernente esclusione da un appalto per la gestione di un bar.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2014 il Cons.

Nicola Gaviano e udito per la parte appellante l'avv. Piovano;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso al T.A.R. per il Piemonte il sig. Antonino Lo Biundo, unico partecipante alla gara indetta dal Comune di Arignano (TO) per l'appalto della gestione del bar del Centro sportivo di via Robiola 57/A , impugnava il verbale d'asta del 9 marzo 1999, a firma del responsabile del competente Servizio quale presidente della Commissione, con il quale era stata disposta la sua esclusione dalla procedura.

Il provvedimento oggetto di gravame si basava sulla seguente motivazione: *«non risulta prodotta, così come richiesta nell'avviso d'asta, la seguente documentazione: "Dichiarazione di accettare l'immobile in concessione allo stato di fatto in cui si trova, ritenuto idoneo allo svolgimento dell'attività", avendo il partecipante solo dichiarato "di accettare l'immobile di cui al relativo bando d'asta in concessione", la documentazione non è rispondente a quanto richiesto dall'Amministrazione nell'avviso d'asta e, ritenuta in particolare l'omissione di natura sostanziale, la ditta lo Biundo Antonino non viene ammessa alla gara»*.

Resisteva all'impugnativa il Comune di Arignano.

All'esito del giudizio di primo grado il T.A.R. adito, con la sentenza n. 436/2004 in epigrafe, accoglieva il ricorso, annullando il provvedimento di esclusione.

Da qui l'appello dinanzi a questa Sezione del Comune soccombente,

che insisteva sulla rilevanza dell'omissione in cui era incorso l'interessato e, quindi, sulla legittimità della sua esclusione.

Nelle more del giudizio, con decreto n. 2217 del 2012 l'appello veniva dichiarato perento.

Tale declaratoria veniva tuttavia di lì a poco revocata, dinanzi alla dichiarazione di parte del persistente interesse alla trattazione della causa, con il successivo decreto n. 3012 del 2012, con il quale veniva disposta la reinscrizione dell'affare sul ruolo di merito.

Con successiva memoria il Comune appellante, dopo aver esposto le vicende intercorse nelle more del giudizio e sottolineato la permanenza del proprio interesse alla controversia, insisteva per l'accoglimento dell'appello.

All'udienza pubblica del 7 ottobre 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello è fondato.

La Sezione deve preliminarmente dare atto che, poiché l'originario ricorrente non si è costituito in giudizio in questo grado, le censure del suo ricorso introduttivo che nella sentenza del T.A.R. sono finite assorbite non hanno formato oggetto di riproposizione. Il *thema decidendum* dell'appello è circoscritto, pertanto, ai rilievi a suo tempo accolti da parte del primo Giudice, nonché alle critiche formulate dal Comune avverso la relativa sentenza.

Tanto premesso, conviene subito ricordare la motivazione che sorregge la sentenza in epigrafe.

“Ritenuto che il Comune ha ... motivato l'esclusione in ragione del fatto che il

ricorrente ha ommesso di dichiarare per iscritto di “ritenere l’immobile richiesto in concessione “idoneo allo svolgimento dell’attività” prevista (bar);

Considerato che, con l’unico motivo di impugnazione, il ricorrente censura il provvedimento impugnato, contestando che l’omissione addebitatagli abbia il carattere sostanziale ritenuto dal Comune;

Ritenuto che tale censura deve essere condivisa, in quanto l’idoneità di un locale ad essere adibito a sede di un pubblico esercizio dipende da due elementi, rispettivamente costituiti dalle condizioni materiali dell’immobile e dalla sua rispondenza ai requisiti normativamente stabiliti;

Ritenuto, quanto al primo elemento, che la dichiarazione di accettazione dell’immobile “nello stato di fatto in cui si trova”, puntualmente resa dal ricorrente, è sufficiente ad evidenziare l’adesione del ricorrente stesso al patto di limitazione della responsabilità del Comune per eventuali vizi occulti del bene in concessione (cfr. art. 1579 cod. civ., in quanto applicabile);

Ritenuto, quanto al secondo elemento, che la conformità dell’immobile ai requisiti normativamente stabiliti per l’esercizio di una determinata attività costituisce un dato obiettivo sottratto alla disponibilità delle parti e che perciò non hanno effetto le eventuali dichiarazioni degli interessati al riguardo;

Ritenuto, in altre parole, che la dichiarazione richiesta non avrebbe di per sé determinato un’idoneità in ipotesi insussistente;

Ritenuto inoltre che non può neppure essere condivisa la tesi difensiva del Comune secondo cui tale dichiarazione avrebbe precluso al ricorrente di agire per far valere l’eventuale inidoneità in giudizio, non avendo il Comune richiesto alcuna rinuncia preventiva a detta (ipotetica) azione;

Ritenuto che, per le esposte ragioni, il ricorso deve essere conclusivamente accolto,

con conseguente annullamento del provvedimento con esso impugnato ...”.

Le contestazioni mosse a siffatta decisione dal Comune di Arignano meritano di trovare adesione.

Sono difatti condivisibili i rilievi svolti con il presente gravame per rimarcare l'obiettiva divergenza della dichiarazione resa in concreto dall'interessato rispetto a quanto era stato prescritto dall'avviso d'asta, come pure per sottolineare la valenza sostanziale dell'incompletezza della dichiarazione stessa.

In raffronto a quanto richiesto dalla *lex specialis* della procedura, la dichiarazione presentata dal sig. Lo Biundo risultava carente sotto due profili:

- mancanza del richiesto riferimento dell'accettazione del concorrente allo “*stato di fatto*” in cui l'immobile versava in concreto;
- mancanza del riconoscimento, parimenti richiesto, dell'idoneità dell'immobile allo svolgimento dell'attività prevista.

La formulazione della *lex specialis* presupponeva infatti, in sostanza, un accesso al locale ed un attento esame delle sue condizioni, affinché su queste fosse acquisito, da parte del privato, un consenso pienamente informato e consapevole, che solo avrebbe potuto permettere di impostare il successivo rapporto concessorio su basi di piena sicurezza giuridica in ordine alle rispettive posizioni ed aspettative, sì da prevenire contestazioni e minimizzare il rischio di contenziosi. Contenziosi che sono, invece, inesorabilmente insorti nel corso del rapporto concessorio avviato dal Comune nelle more del giudizio per dare interinale esecuzione alla sentenza oggetto del corrente appello.

Si rivela, pertanto, in buona parte fuori fuoco la considerazione del T.A.R. che la conformità di un immobile ai requisiti normativamente stabiliti per l'esercizio di un'attività costituisce un dato obiettivo sottratto alla disponibilità delle parti: la clausola prescritta, lungi dall'aver la destinazione così ipotizzata, era difatti destinata, in pratica, semplicemente a spostare sul privato il carico degli oneri economici connessi all'esecuzione degli interventi eventualmente necessari, o anche soltanto utili, ai fini del previsto uso dei locali.

Ciò posto, sembra sufficientemente chiaro che la dichiarazione resa dall'attuale appellato, per il fatto di limitarsi ad un'accettazione puramente astratta "*dell'immobile di cui al relativo bando d'asta*", lasciava insoddisfatte le esigenze perseguite dall'Amministrazione. Il raffronto di tale dichiarazione con la regola dell'avviso d'asta denotava che l'interessato si era sottratto ai riconoscimenti che il Comune aveva pur richiesto. E la sua sfuggente dichiarazione si risolveva, in concreto, in una mera quanto superflua conferma dell'interesse a partecipare alla procedura.

Vero è, inoltre, che la *lex specialis* non associava all'inosservanza della clausola in rilievo un'espressa comminatoria di esclusione dalla procedura.

La giurisprudenza puntualmente richiamata dall'Amministrazione ha, peraltro, reiteratamente enunciato il principio per cui, in tema di procedure per l'affidamento di contratti della P.A., il criterio ermeneutico c.d. teleologico comporta che l'inosservanza di una determinata prescrizione circa le modalità di presentazione dell'offerta

implica comunque l'esclusione del concorrente quando si tratti di clausole rispondenti ad un particolare interesse dell'Amministrazione appaltante, o poste a garanzia della *par condicio* tra i concorrenti e del correlato principio della segretezza delle offerte, anche se tali prescrizioni siano ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge (cfr. ad es. C.d.S., V, 15 novembre 2010, n. 8042; 25 giugno 2010, n. 4062; III, 11 marzo 2011, n. 1583; V, n. 4252 dell'8 settembre 2008 : questo orientamento si è formato, naturalmente, su gare antecedenti all'intervento legislativo di cui al d.l. n. 70/2011 che ha introdotto, innestando il comma 1 *bis* nell'art. 46 del d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, il nuovo principio della tassatività delle cause di esclusione).

E la prescrizione rimasta qui inosservata, per quanto si è sopra rilevato, lungi dall'essere una mera clausola di stile esprimeva un'oggettiva funzione sostanziale a salvaguardia dell'interesse pubblico, funzione che in concreto valeva a buon diritto a connotarla come essenziale.

Per quanto esposto l'appello comunale deve dunque trovare accoglimento, e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, l'originario ricorso introduttivo deve essere respinto.

Si ravvisano, tuttavia, ragioni equitative tali da giustificare la compensazione integrale delle spese processuali tra le parti in causa.

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 sentenza appellata, respinge il ricorso di

primo grado.

Compensa tra le parti le spese processuali del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/10/2014

IL SEGRETARIO

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