

N. 00829/2016 REG.PROV.COLL.

N. 02613/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione
Terza
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2613 del 2015, integrato da motivi
aggiunti, proposto da:

La Cascina Global Service s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Michele
Perrone, con domicilio eletto presso l'avv. Maria Antonietta Nigro in
Lecce, Via Nullo D'Amato, 2;

contro

Comune di Erchie, rappresentato e difeso dall'avv. Adriano Tolomeo, con
domicilio eletto presso l'avv. Adriano Tolomeo in Lecce, Via Guglielmo
Oberdan, 70;

nei confronti di

E.P. s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Armando Profili e Barbara
Renna, con domicilio eletto presso l'avv. Barbara Renna in Lecce, Via G.
Oberdan, 70;

per l'annullamento

- del verbale di gara del 3 ottobre 2015, con il quale si escludeva la
Cascina Global Service s.r.l. dalla gara;
 - del verbale del 19 ottobre 2015, con il quale si confermava il
provvedimento di esclusione e si aggiudicava provvisoriamente la gara
alla società E.P. s.p.a. Roma;
 - della relativa nota di comunicazione prot. n. 11519 del 21 ottobre 2015;
 - dell'eventuale, e comunque ad oggi non nota, aggiudicazione definitiva;
 - della nota prot. n. 11905 del 30 ottobre 2015, con la quale si intimava lo
sgombero dei locali del centro cottura;
 - ove occorra, dell'art. 2 e 20.2 lett. b) del bando di gara;
 - nonché di ogni altro atto connesso, dipendente e/o consequenziale,
ancorchè non conosciuto;
 - per la declaratoria del diritto della società La Cascina Global Service
s.r.l. di partecipare alla gara e di veder valutata la propria offerta e della
consequenziale inefficacia del contratto di appalto, se e in quanto
stipulato nelle more del giudizio;
 - nonché per il risarcimento del danno subito dalla ricorrente, anche per
equivalente ex art. 124 c.p.a., nella misura che si quantificherà in corso di
causa;
 - con motivi aggiunti,
- inoltre, espressamente per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva
disposta con determinazione dirigenziale n. 368 del 21 ottobre 2015.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Erchie;
Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposti dalla ricorrente incidentale società E.P. s.p.a.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2016 la dott.ssa Maria Luisa Rotondano e uditi per le parti gli avv.ti A. Tolomeo, B. Renna, S. Prenna, quest'ultimo in sostituzione dell'avv. M. Perrone;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società La Cascina Global Service s.r.l. - attuale gestore del servizio di refezione scolastica del Comune di Erchie e partecipante (insieme alla sola ditta E.P. s.p.a. - n. due partecipanti) alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per gli alunni della scuola dell'infanzia e primaria, per gli anni scolastici 2015-2016/2016-2017 (con possibilità di rinnovo biennale), da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rientrante nell'Allegato II B del D.Lgs. n. 163/2006 - ha impugnato, domandandone l'annullamento:

- 1) il verbale di gara del 3 ottobre 2015, con il quale la Stazione appaltante ha escluso la stessa società dalla gara, per avere questa presentato una sola referenza bancaria in luogo delle due previste dalla "lex specialis" a pena di esclusione (art. 20.2 lett. B ed art. 24);
- 2) il verbale di gara del 19 ottobre 2015, con il quale è stato confermato il suddetto provvedimento di esclusione ed aggiudicato provvisoriamente il servizio alla società E.P. s.p.a.;
- 3) la relativa nota di comunicazione prot. n. 11519 del 21 ottobre 2015;
- 4) l'eventuale, non nota, aggiudicazione definitiva;
- 5) la nota prot. n. 11905 del 30 ottobre 2015, con la quale, "richiamata la scadenza contrattuale del 31/05/2015 del servizio di refezione scolastica per l'a.s. 2014/2015", è stato intimato lo sgombero dei locali dei centri cottura dalle attrezzature di proprietà "entro e non oltre il 04/novembre p.v.";
- 6) ove occorra, l'art. 2 e 20.2 lett. B) del bando di gara;
- 7) nonché ogni altro atto connesso, dipendente e/o consequenziale.

Ha chiesto, inoltre, la declaratoria del diritto di partecipare alla gara e di vedere valutata la propria offerta e la consequenziale inefficacia del contratto di appalto, se ed in quanto stipulato nelle more del giudizio.
Ha domandato, altresì, il risarcimento del danno, anche per equivalente ex art. 124 c.p.a., nella misura da quantificarsi in corso di causa.

A sostegno dell'impugnazione interposta sono stati formulati i seguenti motivi di gravame:

- 1) violazione di legge (violazione e falsa applicazione degli artt. 20, 27 e 41 del D.Lgs. n. 163/2006, violazione e falsa applicazione dell'art. 42 della Direttiva 18/2004/C.E.E.), eccesso di potere (irragionevolezza, illogicità, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, violazione del principio del favor participationis);
- 2) violazione di legge (violazione e falsa applicazione degli artt. 38, comma 2 bis e 46, comma 1 ter del D.Lgs. n. 163/2006), eccesso di potere (irragionevolezza, illogicità, difetto di istruttoria, difetto di motivazione,

violazione del principio del favor participationis, violazione della determinazione n. 1/2015 dell'A.N.A.C.);

3) eccesso di potere (irragionevolezza, illogicità, lesione del principio del favor participationis, lesione del principio di proporzionalità);

4) illegittimità derivata dell'aggiudicazione in favore della controinteressata.

Dopo avere diffusamente illustrato il fondamento giuridico delle domande azionate, la Società ricorrente ha concluso come sopra riportato.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Erchie e la controinteressata Società E.P. s.p.a., depositando articolate memorie difensive con le quali hanno, puntualmente, replicato alle argomentazioni della controparte e chiesto, poi, la reiezione del gravame.

La Società E.P. s.p.a. ha, inoltre, proposto (notifica del 13 novembre 2015) ricorso incidentale, pure impugnando gli atti di gara (verbale di gara del 3 ottobre 2015 - con il quale si è disposta l'esclusione della società La Cascina dalla gara -, verbale del 19 ottobre 2015 - di conferma della predetta esclusione, e relativa nota di comunicazione prot. n. 11519 del 21 ottobre 2015), nella parte in cui hanno escluso dalla procedura selettiva de qua la ricorrente società La Cascina Global Service s.r.l. "solo per la omessa presentazione della referenza bancaria e non anche per altri evidenti vizi", sulla base dei seguenti motivi di diritto:

1) violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 46, 49 e 86 e ss. del D.Lgs. n. 163/2006, lex specialis di gara violazione del punto III.2 del bando di gara e del punto 2 del disciplinare di gara, violazione dei principi di par condicio, trasparenza e concorrenzialità, difetto assoluto di motivazione, sviamento, eccesso di potere, violazione della par condicio, carenza di motivazione;

2) carenza di interesse e legittimazione al ricorso.

La Società ricorrente principale ha avanzato istanza di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati, che, ritenuto insussistente il fumus boni iuris del ricorso incidentale, è stata accolta da questa Sezione con ordinanza n. 600 del 26 novembre 2015, "atteso che l'Amministrazione ha omesso di attivare, prima di disporre l'esclusione dalla gara, il soccorso istruttorio (art. 46, comma 1 ter D.Lgs. n. 163/2006, introdotto dal D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla L. 11 agosto 2014, n. 114) - applicabile anche agli appalti di cui all'All. II B del D.Lgs. n. 163/2006 ..." e "fermo restando che lo sgombero dei locali può essere confermato all'atto dell'affidamento del servizio, anche temporaneo, ad altro gestore".

Con motivi aggiunti del 27 gennaio 2016, depositati il 29 gennaio 2016 (la cui ricezione non viene contestata dal Comune di Erchie e dalla Società controinteressata E.P. s.p.a.), la Società La Cascina Global Service s.r.l. ha espressamente e specificamente impugnato l'aggiudicazione definitiva (comunque già gravata con il ricorso introduttivo - "eventuale aggiudicazione definitiva, di estremi sconosciuti" -) disposta con la determinazione n. 368 del 21 ottobre 2015, "non ... conosciuta nei suoi estremi in quanto non notificata alla concorrente ex art. 79, comma 5 del D.Lgs. n. 163/2006" e (solo) depositata in giudizio dall'Amministrazione resistente (il 6 novembre 2015), riproponendo i medesimi motivi già censurati con il ricorso principale ed invocandone l'illegittimità derivata. Ha domandato, altresì,

l'esenzione dal pagamento del contributo unificato con riferimento ai motivi aggiunti de quibus, rilevando che gli stessi non ampliano l'oggetto della controversia e non introducono domande nuove, ma si limitano "a ribadire le medesime censure riferite, peraltro per illegittimità derivata, all'intervenuta aggiudicazione definitiva ... già impugnata con il ricorso introduttivo".

Alla pubblica udienza del 22 marzo 2016, il Presidente del Collegio ha rilevato, ex art. 73, co. 3 del c.p.a., profili di inammissibilità della richiesta di esenzione dal contributo unificato per i motivi aggiunti in ragione, oltre che dei profili di giurisdizione, della mancata notifica della suddetta domanda all'Avvocatura Erariale, indi, su istanza di parte, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. - Il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata E.P. s.r.l. (con il quale si impugnano gli atti di gara, nella parte in cui hanno disposto l'esclusione della Società La Cascina Global Service s.r.l. "solo per la omessa presentazione della referenza bancaria e non anche per altri evidenti vizi", asseritamente consistenti nel "non aver reso le dichiarazioni di legge relative alle ditte di cui ha in locazione il ramo di azienda") è infondato.

Difatti, in disparte ogni considerazione in ordine alla necessità o meno della suddetta dichiarazione (e, quindi, da un lato, la questione dell'assimilabilità, ai fini de quibus, dell'affitto d'azienda alla cessione della stessa, nonché, dall'altro, il rilievo che i contratti di affitto di ramo d'azienda in questione risultano stipulati anteriormente all'anno dall'indizione della procedura - il più recente in data 15 luglio 2014, mentre la determina indittiva è del 28 agosto 2015), vi è, comunque, prova della presentazione, da parte della Società La Cascina Global Service s.r.l., della dichiarazione in termini onnicomprensivi (di non trovarsi "in alcuna delle cause di esclusione dagli appalti di cui all'art. 38, comma 1..."), da ritenere adeguata in base ai principi di diritto formulati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 16 del 30 luglio 2014 ("a) la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art.38 d.lgs. n.163 del 2006 può essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal legislatore; b) la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art.38 d.lgs. n.163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici; c) una dichiarazione sostitutiva confezionata nei sensi di cui alle precedenti lettere a) e b) è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio"), e del tutto sufficiente (nella fase di gara a cui si riferisce il deposito della dichiarazione) a fornire all'Amministrazione la necessaria "garanzia" (assistita dalla sanzione penale per le dichiarazioni false) sull'insussistenza delle condizioni ostative alla partecipazione (e non risultando, peraltro, contestato il possesso dei requisiti sostanziali di

ordine generale in capo agli amministratori delle società “affittanti” il ramo di azienda).

2. - Per quanto riguarda il ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, in via del tutto preliminare, deve affermarsi il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo in relazione alla richiesta di dispensa, in favore della Società ricorrente, dal pagamento del contributo unificato per i motivi aggiunti del 27 gennaio 2016, sussistendo sulla stessa la giurisdizione del Giudice Tributario.

Come già rilevato da questa Sezione nel decidere la spettanza della giurisdizione in ordine alla medesima questione in altro ricorso pure definito nell’odierna Camera di Consiglio, <<come è noto, con la sentenza del 6 Ottobre 2015, nelle cause riunite C-61-14, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, ha deciso a titolo pregiudiziale la questione sottoposta con l’ordinanza del T.A.R. Trento n° 23 del 29 Gennaio 2014, con la quale era stata richiesta una specifica pronuncia sulla corretta applicazione della normativa interna in materia di contributo unificato in rapporto a quella comunitaria sovraordinata, con riferimento al diritto di accesso alla giustizia amministrativa ed alla pienezza ed effettività del controllo giurisdizionale sugli atti della pubblica amministrazione in materia di appalti.

In estrema sintesi, la Corte di Giustizia U.E. ha affermato la non confliggenza della normativa italiana con il diritto comunitario, in particolare statuendo che:

“- L’articolo 1 della direttiva 89/665 nonché i principi di equivalenza e di effettività devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che impone il versamento di tributi giudiziari, come il contributo unificato oggetto del procedimento principale, all’atto di proposizione di un ricorso in materia di appalti pubblici dinanzi ai giudici amministrativi.

- L’articolo 1 della direttiva 89/665 nonché i principi di equivalenza e di effettività non ostano né alla riscossione di tributi giudiziari multipli nei confronti di un amministrato che introduca diversi ricorsi giurisdizionali relativi alla medesima aggiudicazione di appalti pubblici né a che tale amministrato sia obbligato a versare tributi giudiziari aggiuntivi per poter dedurre motivi aggiunti relativi alla medesima aggiudicazione di appalti pubblici, nel contesto di un procedimento giurisdizionale in corso.

Tuttavia, nell’ipotesi di contestazione di una parte interessata, spetta al giudice nazionale esaminare gli oggetti dei ricorsi presentati da un amministrato o dei motivi dedotti dal medesimo nel contesto di uno stesso procedimento. Il giudice nazionale, se accerta che tali oggetti non sono effettivamente distinti o non costituiscono un ampliamento considerevole dell’oggetto della controversia già pendente, è tenuto a dispensare l’amministrato dall’obbligo di pagamento di tributi giudiziari cumulativi.”.

Ai limitati fini della presente decisione, occorre chiarire chi debba essere il “giudice nazionale” tenuto a dispensare l’amministrato dall’obbligo di pagamento di tributi giudiziari cumulativi.

Il Collegio ritiene che non vi possano essere dubbi sulla sussistenza - su tale specifica fattispecie concreta - della giurisdizione del Giudice Tributario.

Infatti, la Sezione è dell'avviso meditato che il "giudice unico" di tutte le questioni concernenti la concreta applicazione del contributo unificato non può che essere ravvisato nel Giudice Tributario.

Sul piano del diritto positivo, come è noto, l'art. 2, primo comma, del Decreto Legislativo 31 Dicembre 1992 n° 546 e ss.mm., stabilisce espressamente la competenza della giurisdizione tributaria per tutte le controversie che hanno ad oggetto tributi di ogni genere e specie.

Con specifico riguardo al tema che qui impegna, con sentenza n° 5994 del 17 Aprile 2012, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno stabilito - in modo risolutivo - che la competenza a dirimere le controversie in tema di contributo unificato è del Giudice Tributario, avendo - detto contributo - evidente natura giuridica di entrata tributaria (Cfr.: Corte Costituzionale n° 73/2005 e Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, nn° 3007/2008 e 3008/2008) >> (T.A.R. Puglia, Lecce, III, 22 - 24 marzo 2016, n. 555).

Né potrebbe, comunque, considerarsi rilevante il ritenere che gli atti impositivi del contributo siano stati <<emanati nell'esercizio di discrezionalità tecnica (espletata in relazione all'interpretazione di norme processuali e di Circolari), considerata - da un lato - la notoria "neutralità" della discrezionalità tecnica della P.A. ai fini della qualificazione della natura delle posizioni giuridiche soggettive degli amministrati (se aventi consistenza di diritti soggettivi o di interessi legittimi) e - dall'altro - il fatto che la giurisdizione del Giudice Tributario, nelle controversie inerenti "atti impositivi" aventi ad oggetto tributi di ogni genere e specie, ha carattere "esclusivo".

Da tali chiari presupposti di diritto deriva che il "giudice nazionale" giuridicamente tenuto a dispensare l'amministrato dall'obbligo di pagamento di tributi giudiziari cumulativi in tema di applicazione del contributo unificato al contenzioso in materia di appalti non possa che essere ravvisato nel Giudice Tributario specificamente competente per territorio (in tal senso: T.A.R. Puglia - Bari, I Sezione, 18 Dicembre 2015 n° 1649; T.A.R. Sicilia - Catania, IV Sezione 16 Marzo 2016 n° 813).

Ad abundantiam, non appare fuori luogo evidenziare che, in conseguenza della natura essenzialmente impugnatoria del processo amministrativo e degli stringenti termini decadenziali che ne costituiscono primario pilastro fondativo, la possibilità di ottenere concretamente una dispensa dall'obbligo di pagamento di un contributo unificato cumulativo in caso di presentazione di motivi aggiunti al ricorso principale in materia di appalti non potrà che essere ottenuta in via successiva e non in via preventiva.

In altri termini, dovendo il ricorrente ottenere dal Giudice Tributario una pronuncia giurisdizionale di accertamento sul fatto che l'oggetto del ricorso principale e l'oggetto del ricorso per motivi aggiunti "non sono effettivamente distinti o non costituiscono un ampliamento considerevole dell'oggetto della controversia già pendente", i tempi tecnici di tale giudizio imporranno necessariamente il pagamento preventivo del contributo unificato richiesto dal D.P.R. n. 115/2002 e ss.mm., salva eventuale pronuncia esentativa e conseguente istanza di rimborso>> (T.A.R. Puglia, Lecce, III, cit., n. 555/2016).

In conclusione, il Tribunale è dell'avviso che debba dichiararsi il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo in relazione alla richiesta di

esenzione, in favore della Società ricorrente, dal pagamento del contributo unificato per i motivi aggiunti così come proposti, sussistendo su tale aspetto della domanda la giurisdizione del Giudice Tributario (in tal senso, T.A.R. Puglia, Bari, I, 18 dicembre 2015, n. 1649; T.A.R. Sicilia, Catania, IV, 16 marzo 2016, n. 813).

Rileva, infine, il Collegio che, in ogni caso, la suddetta domanda è inammissibile, anche e comunque, in ragione della mancata notifica della stessa all'Avvocatura Erariale.

3. - Nel merito, è fondato il ricorso principale, integrato dai motivi aggiunti, in via tuzioristica proposti (per illegittimità derivata) avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva (comunque già impugnato con il gravame introduttivo), non noto (compiutamente) alla Società La Cascina s.r.l. stante l'omessa trasmissione ex art. 79 Cod. App. - "principio di ordine processuale (come risulta dal suo richiamo anche nell'art. 120 c.p.a.) che prescinde dalla natura dell'appalto quale risultante o meno tra quelli inseriti nell'allegato IIB al codice dei contratti pubblici" (T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 7 dicembre 2011, n. 2304) - e depositati in giudizio dal Comune resistente il 6 novembre 2015, ritualmente interposti, considerato che, con riferimento al rito speciale ex art. 120 del c.p.a., (solo) la ricezione della comunicazione di aggiudicazione ai sensi dell'art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006 cristallizza (di norma e salvo prova contraria) il momento della piena conoscenza e che, comunque, quest'ultima, da un lato, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione, si ricollega all'intervenuta individuazione del contenuto dell'atto, e, dall'altro, "per essere rispondente al principio costituzionale della effettività del diritto di difesa, deve essere della parte e non del suo difensore. Pertanto il deposito dei provvedimenti impugnati in giudizio non è di per sé idoneo a far ritenere avvenuta la conoscenza degli stessi ai fini della decorrenza dei termini di impugnazione giurisdizionale" (Consiglio di Stato, V, 20 ottobre 2010, n. 7574), con la conseguenza che "il deposito della delibera non era, dunque, idoneo a far ritenere avvenuta la conoscenza della stessa ai fini della decorrenza dei termini di impugnazione giurisdizionale" (Consiglio di Stato, cit., n. 7574/2010). Fondato ed assorbente, con dispensa dalla disamina delle ulteriori censure formulate, è il secondo motivo di ricorso, con il quale la Società La Cascina Global Service s.r.l. sostanzialmente deduce la violazione dell'art. 46, comma 1 ter del Codice degli Appalti, per non avere il Comune di Erchie attivato il soccorso istruttorio, di cui alla citata disposizione, prima di disporre l'esclusione della concorrente dalla gara.

3.1 - Il Collegio, innanzitutto, rileva che è rimessa alla discrezionalità della Stazione appaltante l'individuazione dei requisiti speciali di partecipazione, purchè non in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 46, comma 1 bis (applicabile anche agli appalti di servizi ricompresi nell'All. II B, come quello in esame, in quanto specificazione dei principi generali fondamentali di cui all'art. 27 del Codice Appalti- arg., per "eadem ratio", ex T.A.R. Puglia, Lecce, III, 7 gennaio 2015, n. 37 in tema di concessione di servizi), ben potendo, quindi, la stessa prevedere nel bando "la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica ...fornita mediante uno o più dei ... documenti" indicati all'art. 41, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006, a comprova dei rispettivi requisiti speciali.

Legittimamente, quindi, nel caso di specie, la Stazione appaltante, sostanzialmente operando l'integrale recepimento delle previsioni di cui al summenzionato art. 41, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, ha richiesto gli speciali "requisiti di affidabilità economica e finanziaria" (art. 20.2 ed art. 24 del Capitolato speciale), e precisamente: "a. Fatturato complessivo raggiunto nel triennio precedente la gara (ultimi tre esercizi finanziari 2012, 2013, 2014) non inferiore all'importo presunto del presente appalto (comprensivo dell'opzione di rinnovo e ripetizione del servizio) dall'ultimo bilancio si dovrà desumere un utile d'impresa. b. Possesso di adeguata capacità economica e finanziaria, rapportata all'importo dell'appalto, da comprovarsi mediante idonee referenze di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati".

3.1.1 - Orbene, le referenze bancarie "costituiscono delle lettere di affidabilità con cui gli istituti di credito attestano, genericamente, di intrattenere rapporti di affidamento bancario con l'impresa. Si tratta, dunque, di dichiarazioni di scienza che offrono alla Stazione appaltante un indizio della solidità economica del concorrente"(così A.V.C.P., parere di precontenzioso 20 novembre 2013, n. 196).

Le suddette referenze, quindi, non hanno natura fidefaciente, costituendo semplici dichiarazioni di scienza, la cui funzione tipica <<va ricondotta esclusivamente a quella di fornire "elementi indiziari" in ordine alla generica e generale capacità economico-finanziaria del concorrente>>(T.A.R. Campania, Napoli, IV, 27 novembre 2014, n. 6108), che, "per essere, appunto, idonee, riferiscano sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso (e non anche sulla effettiva consistenza economica e finanziaria dei concorrenti, trattandosi di elementi che, di fatto, potrebbero non essere da loro conosciuti) (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 23 giugno 2008, n. 3108)" (T.A.R. Lazio, Roma, I ter, 4 novembre 2009 n. 10828), dovendo "la banca che fornisce la referenza ... mantenere rapporti diretti con il soggetto imprenditoriale che utilizza la referenza medesima (cfr., sul punto, ad es. Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2008 n. 3108.)" (Consiglio di Stato, IV, 22 novembre 2013, n. 5542).

3.1.2 - Le referenze bancarie non sono, quindi, esse stesse "requisiti di capacità economico - finanziaria", bensì documenti idonei a provare tali requisiti, come, del resto, si evince (anche) dal tenore letterale del citato art. 41, primo comma, il quale, appunto, per quanto di rilievo, testualmente dispone che "Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: a) dichiarazione di almeno due istituti bancari ...".

3.1.3 - La presentazione di due referenze bancarie, tuttavia, non va intesa in senso "rigido", "dovendosi conciliare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto, con conseguente necessità di prevedere dei temperamenti rispetto a quelle imprese che non siano in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze indicate" (Consiglio di Stato,

IV, 22 novembre 2013, n. 5542; in termini, T.A.R. Lazio, Roma, n. 10828/2009 cit., idem, III, n. 3874/2007).

Soccorre all'uopo il disposto dell'art. 41, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006, laddove si prevede che "3. Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante": tale norma <<consente al concorrente di "superare" il disposto di cui al comma 1, ricorrendo ad altro "documento giudicato" idoneo: ciò laddove ricorrano "giustificati motivi" e, per altro verso, rimettendo il giudizio di "idoneità" o meno alla stazione appaltante>> (Consiglio di Stato, cit., n. 5542/2013).

Avveduta e condivisibile giurisprudenza ha chiarito che, (anche) "in assenza di un espresso richiamo da parte del bando di gara o del capitolato d'appalto, si applica l' art. 41, c. 3, del D.Lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui legittima il concorrente che, per qualsiasi giustificato motivo, non sia stato in grado di presentare le richieste referenze, a comprovare, mediante qualsiasi altro idoneo documento, il possesso della capacità economica e finanziaria" (Consiglio di Stato, cit., n. 5542/2013, che richiama, sul punto, T.A.R. Campania, Salerno, I, 11 ottobre 2011, n. 1649).

4. - Ciò posto, occorre ora valutare se il "nuovo" soccorso istruttorio (aggiunto dall'art. 39, comma 2, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114), di cui all'art. 46, comma 1 ter del D.Lgs. n. 163/2006, sia applicabile all'ipotesi - in esame - di omessa produzione di una delle due referenze bancarie previste, a pena di esclusione, dalla "lex specialis" (art. 20.2, lett. B ed art. 24 del Capitolato Speciale).

4.1 - Il Collegio ben conosce che, anteriormente alla novella del 2014, la giurisprudenza aveva escluso l'ammissibilità del soccorso istruttorio ex art. 46, comma 1 del Codice degli Appalti ("1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati"), ritenendo che l'omessa (integrale) allegazione di un documento o di una dichiarazione richiesti a pena di esclusione non potesse considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile, non essendone consentita l'integrazione postuma, che si sarebbe tradotta in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione del principio di parità delle parti (cfr. sul punto Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 30 luglio 2014, n.16 e 25 febbraio 2014, n. 9).

Tuttavia, a seguito dell'introduzione del "nuovo" soccorso istruttorio di cui al comma 1 ter dello stesso art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, la Sezione ritiene doversi pervenire a diverse conclusioni.

Occorre premettere che l'art. 46, comma 1-ter, testualmente recita che "Le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara", così estendendo, come già evidenziato in sede cautelare, il meccanismo

introdotto dal comma 2 bis dell'art. 38 a tutte le ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, evidentemente ulteriori rispetto alle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1 del Codice, inerenti (queste ultime) ai requisiti generali di partecipazione.

Quindi, nell'ipotesi in cui vi sia una omissione, incompletezza o irregolarità di una dichiarazione o di un elemento con il carattere dell'essenzialità (ex art. 46, comma 1 bis D.Lgs. n. 163/2006), la Stazione appaltante non può più comminare direttamente l'esclusione del concorrente, ma deve avviare il procedimento contemplato nell'art. 38, comma 2 bis del D.Lgs. n. 163/2006, non potendo ritenersi, come invece sostenuto dalla P.A. resistente, che il soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1 ter, sia "istituto che viene in rilievo in caso di mancanza o incompletezza degli elementi e delle" (sole) "dichiarazioni sostitutive di cui al precedente c. 2 del medesimo art. 38".

La nuova disciplina - volta al "duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie" (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, cit., n. 16/2014) - rinviene il solo "limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara" (Autorità Nazionale Anticorruzione, Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015), sicchè l'assenza (sul piano sostanziale) dei requisiti di partecipazione alla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta comporta, in ogni caso, l'esclusione del concorrente dalla gara (senza alcuna possibilità di acquisizioni successive).

In tal modo "il legislatore, perseguendo l'obiettivo di una disciplina sostanzialistica e semplificatrice in tema di documentazione e accertamento dei requisiti soggettivi, ha esteso e procedimentalizzato il potere di soccorso istruttorio ... ed ha relegato l'esclusione dalla gara come conseguenza dell'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine" (appositamente) "assegnato dalla stazione appaltante, e non più quale effetto di carenze originarie. In tal modo vengono evitate, nella prima fase dell'ammissione delle offerte, immediate esclusioni dalla procedura selettiva per carenze documentali, compresa la mancanza assoluta delle dichiarazioni (Cons. Stato, VI, 27.11.2014, n. 5890)" (T.A.R. Toscana, I, 22 aprile 2015, n. 642).

4.2 - Ritiene il Collegio che il citato art. 46, comma 1 ter (così come anche l'art. 46, comma 1 bis del D.Lgs. n. 163/2006 - v. precedente punto 3.1), lungi dal costituire norma di "dettaglio", si applica anche agli appalti di servizi di cui all'All. II B, come quello in esame, quale specificazione dei principi generali fondamentali ex art. 27 del Codice degli Appalti ("Principi relativi ai contratti esclusi" - "1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità"). Diversamente opinando, si giungerebbe ad un'ingiustificata divaricazione dei principi fondamentali

informatori nelle gare per l'affidamento degli appalti pubblici, a seconda dell'oggetto degli stessi (arg., per "eadem ratio", ex T.A.R. Puglia, Lecce, III, 13 luglio 2015, n. 2411, in tema di concessione di servizi).

4.3 - Ciò posto, ad avviso della Sezione, come già anticipato nella fase cautelare, l'esclusione comminata in danno dell'odierna società ricorrente è illegittima, in quanto il Comune di Erchie ha ommesso di attivare, prima di disporre l'esclusione, il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 46, comma 1 ter del D.Lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii..

Difatti, nel caso in cui risulti omessa l'allegazione di una delle due referenze bancarie (richieste dalla "lex specialis" a pena di esclusione, non si configura - come viceversa asserito dal Comune resistente, v. memoria del 9 novembre 2015 - né "incompletezza dell'offerta" (non essendo, con ogni evidenza, la referenza bancaria elemento essenziale dell'offerta - né tecnica, né economica), né alcuna acquisizione "tardiva" di un requisito di partecipazione non posseduto alla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta stessa, in violazione della "par condicio competitorum" (come pure sostenuto dallo stesso Ente civico - v. memoria depositata il 24 dicembre 2015, pag. 2 -, laddove eccepisce che il predetto soccorso istruttorio consentirebbe il "conseguimento di un requisito di partecipazione non posseduto dal concorrente al momento di scadenza del termine previsto dal bando per la presentazione dell'offerta").

Osserva il Collegio che, nella fattispecie de qua, l'applicazione del soccorso istruttorio di cui al summenzionato art. 46, comma 1 ter non realizza un'alterazione delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine di partecipazione alla gara, posto che non si verte in tema di assenza di requisiti speciali alla data di scadenza della presentazione dell'offerta (con conseguente - evidentemente illegittima - acquisizione tardiva dei requisiti di partecipazione), bensì di acquisizione "postuma" (legittima) - solo - di uno dei documenti a comprova: infatti, come già evidenziato ai precedenti punti 3.1.1 e 3.1.2, le referenze bancarie costituiscono mere dichiarazioni di scienza raccolte in un documento che attesta la - già esistente - solidità finanziaria del partecipante e, inoltre, il requisito di partecipazione non è ("direttamente") la referenza bancaria, bensì l'"affidabilità finanziaria" alla data di presentazione dell'offerta. D'altro canto, lo stesso Disciplinare di gara testualmente richiede, all'art. 20.2 - "Requisiti di affidabilità economica e finanziaria" -, lett. "B", il "possesso di adeguata capacità economica e finanziaria, rapportata all'importo dell'appalto, da comprovarsi mediante idonee referenze bancarie di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati".

Pertanto, il Comune di Erchie aveva, comunque, l'obbligo, prima di disporre l'esclusione, di attivare il soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1 ter D. Lgs. n. 163/2006, tramite richiesta:

a) dell'ulteriore (seconda) referenza bancaria di cui all'art. 20.2 lett. B del Disciplinare di gara, con cui l'Istituto bancario - avente rapporto diretto in atto con la ditta alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta (circostanza, questa, oggetto di necessaria specificazione da parte dello stesso Istituto) - attestasse la "solidità economico-finanziaria" della Società La Cascina Global Service s.r.l. alla data di scadenza del termine della presentazione dell'offerta;

b) ovvero, in alternativa, degli (eventuali) “giustificati motivi” ex art. 41, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006 (applicabile in virtù del recepimento “sostanziale” dell’intero suddetto art. 41, operato dal Disciplinare di gara, nel momento in cui quest’ultimo ha richiesto la produzione di “referenze di almeno due istituti bancari” e del “fatturato complessivo raggiunto nel triennio precedente” - di cui, rispettivamente, alle lett. A e C del comma 1 del medesimo art. 41 -, in quanto, viceversa, dovrebbe ritenersi violato il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all’art. 46, comma 1 bis del Codice Appalti, con conseguente nullità, rilevabile anche d’ufficio, delle relative clausole del bando), e cioè (come pure condivisibilmente sostenuto dalla Società ricorrente - pag. 8 dell’atto introduttivo, seconda censura, parte finale) dei “motivi per i quali La Cascina aveva depositato una sola referenza bancaria” (peraltro, a quanto consta, illustrati solo nella presente sede giurisdizionale - mercè il richiamo a difficoltà organizzative nel deposito delle firme sociali - e non già in sede di gara), in uno e contestualmente alla documentazione (“qualsiasi altro documento”) ritenuta (esplicitamente) - dalla stessa partecipante - alternativa ai sensi dell’art. 41, comma 3 del D.Lgs. 163/2006 (essendo inidonea, ai fini di che trattasi, la produzione tout court, in sede di gara, del “Bilancio d’esercizio al 30 giugno 2014”, evidentemente funzionale a provare l’esistenza dell’ “utile di impresa” ex art. 20.2 lett. A del Capitolo Speciale), da sottoporre al giudizio di “idoneità” - espressione di discrezionalità tecnica - di competenza della Stazione appaltante.

La possibilità di richiedere ed acquisire i “giustificati motivi” ai sensi dell’art. 41, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006 priva, poi, di fondamento il rilievo formulato dal Comune di Erchie (v. memoria del 24 dicembre 2015, pag. 2), con il quale l’Ente civico ha eccepito che l’attivazione del soccorso istruttorio di cui alla novella introdotta dal D.L. n. 90/2014 “costringerebbe” “la Stazione appaltante ad imporre al partecipante una determinata scelta imprenditoriale” (appunto, l’attivazione di ulteriori rapporti “bancari”).

5. - Non può essere, al contrario, accolta la domanda di annullamento della nota prot. n. 11905 del 30 ottobre 2015, con la quale è stato intimato lo sgombero dei locali del centro cottura (come, peraltro, già evincibile dall’ordinanza cautelare n. 600/2015 - “fermo restando che lo sgombero dei locali può essere confermato all’atto dell’affidamento del servizio, anche temporaneo, ad altro gestore”), in quanto, comunque, non esiste un “diritto alla proroga”.

6. - Non merita, poi, accoglimento la domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario, in quanto del tutto generica e sfornita di prova.

7. - Per le ragioni innanzi esposte, pertanto, il ricorso principale, integrato dai motivi aggiunti, deve essere accolto, nei sensi e termini di cui innanzi, e, per l’effetto, va disposto l’annullamento dell’esclusione della Società La Cascina Global Service dalla gara di che trattasi e dell’aggiudicazione (provvisoria e definitiva) alla Società E.P. s.p.a..

8. - Sussistono, tuttavia, gravi ed eccezionali motivi (la complessità e la novità delle questioni trattate) per disporre l’integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, e sul ricorso incidentale:

1) con riferimento al ricorso incidentale proposto dalla Società E.P. s.p.a., lo respinge;

2) con riferimento al ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, proposti dalla Società La Cascina Global Service s.r.l.:

a) dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo in favore del Giudice Tributario la richiesta di esenzione dal contributo unificato, formulata con i motivi aggiunti al ricorso principale;

b) accoglie il ricorso principale, integrato dai motivi aggiunti, nei sensi di cui in motivazione, e, per l'effetto, annulla l'esclusione della Società La Cascina Global Service dalla gara di che trattasi e l'aggiudicazione (provvisoria e definitiva) alla Società E.P. s.p.a..

Dispone l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

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

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 22 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente FF

Antonella Lariccia, Referendario

Maria Luisa Rotondano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/05/2016

IL SEGRETARIO

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