

Pubblicato il 02/02/2017

N. 00234/2017 REG.PROV.COLL.

N. 02313/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2313 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da Consorzio Sociale Glicine, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Buscemi C.F. BSCNCN76R14C351F, con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, P.zza A. Lincoln n. 19;

contro

Comune Santa Teresa Riva, in persona del Sindaco p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti di

Ristoserve Gestioni e Servizi, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Maria Vera Scarcella C.F. SCRMVR75D47F158K, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar, in Catania, via Milano 42a;
Tirreno Ecosviluppo 2000 Soc. Cons. a.r.l, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Benedetta Caruso C.F. CRSBDT73S41B157Q, con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, viale Raffaello Sanzio, 60;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- del verbale di gara del 12.10.2016, di esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento della gestione del servizio di refezione scolastica presso le scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di 1° grado del Comune di Santa Teresa di Riva per gli anni scolastici 2016/17, 2017/18 e 2018/19, nonché di aggiudicazione provvisoria della gara medesima alla controinteressata Ristorseve;
- dell'art. 4 della lettera di invito alla gara nella parte in cui prevede a pena di esclusione l'effettuazione del sopralluogo dei locali adibiti a centro cottura e dei locali dove dovranno essere consegnati e somministrati i pasti;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- del verbale di gara n. 4 del 25.11.2016 con il quale il Seggio di gara ha confermato l'esclusione della ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'impresa Ristoserve Gestioni e Servizi e di Tirreno Ecosviluppo 2000 Soc. Cons. a.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2017 il dott. Francesco Mulieri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. - Il Comune di Santa Teresa di Riva ha bandito una procedura negoziata ai sensi dell'art. 36 lettera b) del D.Lgs. n. 50/2016 con le modalità di aggiudicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95 comma 3 lettera a) del citato Decreto, per l'affidamento del servizio di refezione scolastica presso le scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di I grado per gli anni scolastici 2016/2017, 2017/2018 e 2018/2019.

Detta procedura - espletata dalla Centrale Unica di Committenza presso il Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 soc. cons. a.r.l. attraverso una piattaforma telematica - tra gli adempimenti obbligatori posti a carico del concorrente (art. 4 della lettera di invito), ha previsto:

- la presentazione di una apposita attestazione di avvenuto sopralluogo presso i locali mensa delle scuole dell'infanzia e primaria interessate dal servizio di refezione, rilasciata dal Responsabile Servizio Pubblica Istruzione, "dichiarando di aver preso visione sia dei locali adibiti a centro di cottura, che dei locali dove dovranno essere consegnati e somministrati i pasti e di aver preso conoscenza delle condizioni di svolgimento del servizio che possono influire sulla determinazione dei prezzi e delle condizioni contrattuali".

- che "al sopralluogo potranno partecipare al massimo due soggetti per Ditta delegati dal legale rappresentante ovvero direttamente il legale rappresentante ed un suo collaboratoreper quanto attiene ai RTI e sempre a pena di esclusione ciascun soggetto facente parte del raggruppamento medesimo sarà tenuto a partecipare al sopralluogo ... per quanto attiene ai consorzi partecipanti per uno o più consorziati a pena di esclusione saranno tenuti a partecipare al sopralluogo sia il legale rappresentante del Consorzio sia i legali rappresentanti di ciascuno dei soggetti consorziati per i quali lo stesso Consorzio concorre".

II. - Il Consorzio Sociale Glicine ha partecipato alla gara in questione nella qualità di Consorzio di Cooperative Sociali costituito ai sensi della Legge 381/1991, designando quale esecutrice del servizio, in caso aggiudicazione, la propria Consorziata Cooperativa Sociale Matusalemme con sede in Bagheria (PA) via Sabotino n. 40; in allegato alla domanda di partecipazione, il legale rappresentante del Consorzio ricorrente ha delegato il signor Saglimbeni Stefano all'effettuazione del sopralluogo di cui al citato art. 4, mentre il legale rappresentante della consorziata Cooperativa Sociale Matusalemme ha indicato per il medesimo fine la signora Mameli Angela, che, asseritamente, effettuavano il relativo sopralluogo.

III. - Con verbale del 12.10.2016 la stazione appaltante ha comunicato al Consorzio la sua esclusione dalla gara per i seguenti motivi:

- a) per non avere allegato la dichiarazione ex art. 80 del Codice dei Contratti Pubblici (requisiti di ordine morale ex art. 38 vecchio Codice) per il precedente amministratore unico del Consorzio signora Francesca Segreto, cessata dalla carica nell'anno precedente;
- b) ai sensi del punto 4 ultimo comma della lettera di invito veniva richiesto che il sopralluogo dovesse essere effettuato nel caso di consorzi partecipanti a pena di esclusione sia dal legale rappresentante del Consorzio sia dai legali rappresentanti di ciascuno dei soggetti consorziati. L'attestazione di sopralluogo riporterebbe invece il nominativo del signor Saglimbeni, soggetto non identificato in quanto non sarebbe stato allegato né il documento di riconoscimento, né le previste due deleghe.

Con lo stesso verbale la gara è stata aggiudicata in via provvisoria alla Risorseve Gestione Servizi di Severino Bucalo.

IV. - Con ricorso, notificato l'11 novembre 2016 e depositato il 24 novembre successivo, il Consorzio Glicine, oltre ad impugnare il suddetto verbale, ha chiesto l'annullamento - e/o che venga dichiarata la nullità - dell'art. 4 della lettera di invito alla gara nella parte in cui prevede a pena di esclusione l'effettuazione del sopralluogo dei locali adibiti a centro cottura e dei locali dove dovranno essere consegnati e somministrati i pasti.

Il ricorso, nel dettaglio, è affidato ai seguenti motivi di diritto:

1) Violazione per falsa applicazione dell'art. 80 del Codice dei Contratti Pubblici - Eccesso di potere per inesistenza dei presupposti per decretare l'esclusione del Consorzio ricorrente - Violazione per mancata applicazione dell'art. 83, comma 9, del Codice dei Contratti Pubblici e del bando di gara - Illegittimità derivata: l'obbligo di dichiarare l'assenza dei "pregiudizi penali" è da considerarsi assolto dal legale rappresentante dell'impresa anche riguardo ai terzi, compresi i soggetti cessati dalla carica, specie quando la legge di gara, come nel caso in esame, non richieda la dichiarazione individuale di detti soggetti con conseguente illegittimità dell'impugnato provvedimento, nella misura in cui afferma che la citata dichiarazione avrebbe dovuto essere resa personalmente dal precedente Amministratore; in ogni caso, la Commissione di gara non avrebbe potuto escludere dalla gara il ricorrente Consorzio, ma avrebbe dovuto ammetterlo al beneficio del soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del Codice dei Contratti Pubblici e così come previsto dalla lettera di invito.

2) - Violazione e/o falsa applicazione sotto altro aspetto dell'art. 80 del Codice dei Contratti Pubblici - Eccesso di potere per difetto dei presupposti e travisamento dei fatti e per violazione del bando di gara - Violazione dell'art. 83, comma 9, del Codice dei Contratti Pubblici e del bando di gara - Illegittimità derivata: premesso che le attestazioni di sopralluogo sono due, asserisce parte ricorrente che il signor Saglimbeni lo ha effettuato per conto del Consorzio, mentre la signora Mameli Angela nell'interesse della consorziata Cooperativa Matusalemme. A differenza di quanto affermato nel provvedimento di esclusione, le deleghe alla effettuazione del sopralluogo sarebbero ambedue presenti in atti e alle stesse sarebbe stato allegato il documento di riconoscimento dei

legali rappresentanti sia del Consorzio che della Consorziata, non prevedendo in alcun modo il bando di gara che dovessero essere allegati anche i documenti d'identità dei delegati; in ogni caso all'atto del sopralluogo, il funzionario incaricato dal Comune avrebbe accertato l'identità, previa esibizione del documento di riconoscimento, sia del signor Saglimbeni che della signora Mameli.

Infine, il bando di gara, nella parte in cui dispone che l'attestazione di avvenuto sopralluogo è richiesta a pena di esclusione, sarebbe illegittimo per violazione dell'art. 83, comma 8, del Codice dei Contratti Pubblici, non esistendo alcuna disposizione di legge o di regolamento la quale preveda che l'effettuazione del sopralluogo sia prevista a pena di esclusione.

V. - Per resistere al ricorso e sostenere la legittimità degli atti impugnati si sono costituiti il Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 e la RistorSeve Gestione Servizi.

VI. - Con ricorso per motivi aggiunti, notificato il 27.12.2016 e depositato il 29.12.2016, il Consorzio Glicine ha chiesto, per gli stessi motivi di cui al ricorso principale, l'annullamento, previa sospensiva, del verbale n. 4 del 25.11.2016 (pubblicato nel sito istituzionale del Comune intimato in data 1.12.2016), con il quale il Seggio di gara ha confermato la contestata esclusione.

VII. - Con ordinanza n. 52/2017, del 13.01.2017, adempiuta dall'Amministrazione, è stata disposta l'acquisizione di tutta la documentazione inserita nella piattaforma telematica di gara dal Consorzio ricorrente ai fini della partecipazione e, in particolare, quella attestante l'effettuazione del sopralluogo previsto dall'art. 4 della lettera di invito.

VIII. - Nella Camera di Consiglio del 25 gennaio 2017, il Collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, ha avvertito le parti della possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 c.p.a.; le parti non hanno chiesto che il ricorso sia definito in udienza pubblica (come previsto dal comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a.); indi, il ricorso è stato posto in decisione.

IX. - Ciò premesso in punto di fatto, il Collegio osserva che, con riferimento alle cause di esclusione e al cd. soccorso istruttorio, l'art. 83 del D.lgs. n. 50/2016 così prevede:

“8. Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle.

9. Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta

tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”.

Com'è noto, la disposizione codifica i principi, di elaborazione giurisprudenziale, di divieto di aggravio del procedimento di evidenza pubblica, di massima partecipazione alle gare di appalto e di interpretazione in quest'ottica delle clausole ambigue della *lex specialis*. Dal tenore della citata disposizione si evince che il Legislatore ha inteso con essa evitare esclusioni per violazioni meramente formali, costituendo “cause di esclusione” soltanto i vizi radicali ritenuti tali da espresse previsioni di legge.

La stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato – già in relazione all'art. 46, comma 1 bis, del previgente Codice – certamente meno restrittivo in punto di cause di esclusione rispetto al richiamato art. 83 del nuovo Codice, ha interpretato in maniera sostanzialistica il principio di tassatività delle stesse, ritenendo sussistente una causa di esclusione implicita in ogni norma imperativa che preveda un espresso obbligo o un divieto a carico della candidata alla selezione per il conferimento di un appalto pubblico (si veda in particolare quanto statuito in proposito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 25 febbraio 2014 n. 9). Allo stesso modo, con parere del 30/9/2014 n. 50, l'ANAC ha precisato, proprio in riferimento a un caso praticamente identico a quello posto all'esame del Collegio, che mentre nell'ambito di una procedura per l'affidamento di lavori pubblici, la previsione della legge di gara che subordina la partecipazione al sopralluogo sulle aree e gli immobili interessati non viola il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto, di cui all'art. 46, comma 1-bis d.lgs. n. 163/2006, in quanto puntualmente giustificata da una previsione contenuta nell'art. 106 del d.P.R. n. 207/2010, altrettanto non può dirsi per gli appalti di servizi dove, in assenza di una specifica prescrizione, la legittimità di un'analogha previsione a pena di esclusione inserita nella *lex specialis* deve essere valutata in concreto e la sanzione dell'esclusione collegata a un simile adempimento può essere considerata legittima solo quando vi siano ragioni oggettive (ostese o immediatamente percepibili) che possano far presumere l'assoluta inidoneità dell'offerta, se formulata in assenza della preventiva visione dei luoghi di esecuzione dell'appalto.

Né il quadro normativo è mutato di seguito all'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti, posto che, intanto, il richiamato comma 8 dell'art 83, come premesso, indica ipotesi ancora più circoscritte rispetto a quelle richiamate dall'art. 46, comma 1 bis, del vecchio testo e, inoltre, allo stato, anche l'art. 106 del Regolamento del Codice (che, è bene ribadire, concerne la diversa ipotesi di appalti di opere pubbliche) è stato abrogato, così come stabilito dall'articolo 217, comma 1, lettera u), numero 2), del del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che, come è noto, ha operato un'abrogazione in parte immediata e in parte differita del detto Regolamento.

Né è possibile accedere alla soluzione proposta dalla Tirreno Ecosviluppo 2000, secondo la quale la ratio giustificatrice della riserva del sopralluogo e, quindi, la legittimità dell'esclusione della ricorrente, potrebbero rinvenirsi nell'art. 79 del nuovo Codice, posto che la norma, al comma 2, stabilisce semplicemente che "quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati, i termini per la ricezione delle offerte, comunque superiori ai termini minimi stabiliti negli articoli 60, 61, 62, 64 e 65, sono stabiliti in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte".

Dal testo della norma emerge, intanto, ancora una volta, che non sussiste un obbligo indifferenziato di sopralluogo e, di più, che tale obbligo determina, semmai, un prolungamento del termine dell'offerta e non già l'esclusione delle partecipanti.

Richiamando il condivisibile assunto dell'ANAC nel parere sopra indicato, una previsione siffatta, in quanto relazionata a una tipologia di appalto il cui servizio ha natura estremamente semplice (certamente diversa dalle esigenze logistiche rinvenibili in tema di opere pubbliche, circostanza, questa, che giustifica la diversa disciplina sopra richiamata con il previgente Regolamento), amplia eccessivamente, e in senso formalistico, le cause di esclusione dalla procedura, senza alcuna necessità in relazione alle esigenze organizzative della stazione appaltante.

Facendo applicazione dei suesposti principi al caso di specie, il Collegio rileva che:

1) la prescrizione del bando nella parte in cui dispone che l'attestazione di avvenuto sopralluogo è richiesta a pena di esclusione (art. 4 della lettera di invito), deve considerarsi nulla ai sensi del citato art. 83 comma 8, non essendo riconducibile alle cause tassative di esclusione ivi previste, non rinvenendosi alcuna norma imperativa che imponga in termini di divieto o di obbligo un siffatto adempimento e non ravvisandosi ragioni oggettive e immediatamente percepibili, che possano far presumere l'assoluta inidoneità dell'offerta, nella previsione secondo cui, per quanto attiene ai Consorzi partecipanti, per uno o più consorziati a pena di esclusione saranno tenuti a partecipare al sopralluogo sia il legale rappresentante del Consorzio sia i legali rappresentanti di ciascuno dei soggetti consorziati per i quali lo stesso Consorzio concorre.

2) Non va obliterata la considerazione secondo la quale, comunque, un delegato, legittimamente, posto che nessun obbligo di attestazione documentale in sede di delega poteva ritenersi necessaria, ha effettuato un

più che sufficiente sopralluogo, al fine di redigere una non complessa offerta.

3) E' altresì fondato anche il primo motivo di ricorso, risultando condivisibile la giurisprudenza richiamata da parte ricorrente secondo cui nelle gare d'appalto l'obbligo di dichiarare l'assenza dei "pregiudizi penali" è da considerarsi assolto dal legale rappresentante dell'impresa anche riguardo ai terzi, compresi i soggetti cessati dalla carica, specie quando la legge di gara non richiede la dichiarazione individuale di detti soggetti (v. da ultimo T.A.R. Calabria - Catanzaro Sez. I, Sent., 21/07/2016, n. 1575 che richiama T.a.r. Lazio - Roma, sez. III quater, n. 6682/2012 e Cons. St., n. 1894 del 2013); in ogni caso trattasi di irregolarità per cui poteva operare il soccorso istruttorio non essendo in presenza di un vizio tale da non consentire l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della documentazione ai sensi del citato comma 9 dell'art. 83 del D.lgs. n. 50/2016.

X. - Per le considerazioni che precedono il ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, va accolto e conseguentemente, previa declaratoria di nullità dell'art. 4 della lex specialis (nella parte in cui prevede a pena di esclusione l'effettuazione del sopralluogo dei locali adibiti a centro cottura e dei locali dove dovranno essere consegnati e somministrati i pasti), va dichiarata l'illegittimità della esclusione del Consorzio ricorrente.

XI. - In ragione della complessità e della novità delle questioni trattate, le spese di giudizio possono compensarsi ad eccezione di quelle relative al pagamento del contributo unificato alla cui restituzione nei confronti del ricorrente sono tenute, in solido, le altre parti intimato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto previa declaratoria di nullità dell'art. 4 della lettera di invito, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate, ad eccezione di quelle relative al pagamento del contributo unificato alla cui restituzione nei confronti di parte ricorrente sono tenute, in solido, le altre parti intimato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente
Maria Stella Boscarino, Consigliere
Francesco Mulieri, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Mulieri

IL PRESIDENTE
Pancrazio Maria Savasta