

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11704 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da Food Service Srl, Soc. Sapori Catering Srl, rappresentati e difesi dagli avv. John Riccardo Paladini, Valeria Pecorone, con domicilio eletto presso John Riccardo Paladini in Roma, Via Premuda, 3;

contro

Regione Lazio, rappresentata e difesa dall'avv. Stefania Ricci, domiciliata in Roma, Via Marcantonio Colonna, 27;

nei confronti di

Bar Banqueting Srl;

per l'annullamento

previa adozione di misure cautelari, del provvedimento del 04/09/2015 protocollo n. 472140 (doc. 1) con il quale la Regione Lazio comunicava alla Capogruppo Food Service S.r.l. ed alla mandante Sapori Catering S.r.l. la "decadenza dalla gara" "Concessione del servizio di bar e tavola calda/fredda nella sede Regione Lazio, Via Rosa Raimondi Garibaldi n. 7 – Roma CIG 6084877758" e di ogni atto successivo e consequenziale, con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, e per la condanna dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alle ricorrenti in forma specifica, mediante l'aggiudicazione nei confronti delle medesime società all'affidamento della concessione e subentro nell'esecuzione del contratto eventualmente già stipulato, proponendosi sin da ora la subordinata richiesta di risarcimento per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa (atti impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio); in parte qua, della determinazione n. G12511 del 19 ottobre 2015 con la quale la Regione Lazio - Risorse Umane e Sistemi Informativi, dichiarava l'esclusione per decadenza dalla gara dell'ATI: Food Service s.r.l. - Sapori Catering; procedeva all'escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'A.N.A.C. per l'ATI Food Service s.r.l. - Sapori Catering s.r.l.; procedeva allo scorrimento della graduatoria determinando seconda in graduatoria la Società Lorystoro S.r.l.; aggiudicava definitivamente il servizio in questione alla Società Bar Banqueting S.r.l., limitatamente alla parte in cui viene data attuazione alle sanzioni comminate dalla Regione Lazio nei confronti delle Società ricorrenti (atti impugnati con motivi aggiunti); oltre al risarcimento dei danni.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Lazio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2016 il dott. Roberto Proietti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio la parte ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, deducendo censure attinenti violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili, ed evidenziando quanto segue.

Nell'ambito della procedura di gara indetta dalla Regione Lazio per la "Concessione del servizio di bar e tavola calda/fredda nella sede Regione Lazio, Via Rosa Raimondi Garibaldi n. 7", pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 12/03/2015, alla quale le due Società ricorrenti avevano partecipato come capogruppo e mandataria della costituenda ATI, l'Ente committente, con nota del 10/08/2015, prot. n. 437970, comunicava alla Ditta "Bar Banqueting" S.r.l.

l'aggiudicazione provvisoria della gara di cui all'oggetto, comunicando altresì il "collocamento" al secondo posto, della predetta graduatoria, alla Food Service S.r.l., capogruppo della costituenda ATI con la Sapori Catering S.r.l.

La stazione appaltante, in asserita applicazione dell'art. 48, comma 2, del D. Lgs. 163/2006, provvedeva a richiedere, soltanto alla seconda aggiudicataria, la verifica del possesso dei requisiti comprovanti la capacità tecnica professionale mediante la produzione di un elenco dei servizi prestati negli ultimi tre anni per un importo complessivo di €. 800.000,00, fissando all'uopo, in maniera del tutto arbitraria, un termine di dieci giorni per il deposito della documentazione.

La stessa documentazione non veniva richiesta alla aggiudicataria in quanto quest'ultima era già risultata sorteggiata nella fase iniziale della gara, talché aveva già ottemperato alla dimostrazione dei requisiti richiesti.

La Food Service S.r.l. afferma di aver provveduto a trasmettere, tramite il caricamento nel sistema AVCPass, copia dei bilanci degli ultimi tre anni e documentazione comprovante l'esecuzione di contratti con varie amministrazioni pubbliche e private, a dimostrazione della propria capacità economica-professionale.

La Sapori Catering S.r.l., invece, riscontrava un problema nel caricamento della documentazione nel sistema AVCPass, il quale rifiutava di accettare la documentazione caricata dalla Sapori Catering S.r.l. segnalando un "termine scaduto" (a conferma di ciò, parte ricorrente ha depositato copia della "schermata" del "cruscotto gestione PASSoe" relativo all'utenza della Sapori Catering S.r.l.: doc. 2).

Sapori Catering S.r.l., affermando di non aver avuto la possibilità di caricare la documentazione richiesta dalla committente nel sistema AVCPass, ha rappresentato di aver provveduto ad inviare alla Regione Lazio la documentazione attestante il possesso della capacità tecnica professionale a mezzo raccomandata spedita il 23/08/2015 (cfr. doc. 3 di parte ricorrente), chiedendo l'acquisizione dei documenti che erano stati richiesti.

Con nota del 04/09/2015, protocollo n. 472140, la Regione Lazio comunicava alla ATI Capogruppo Food Service S.r.l. ed alla mandante Sapori Catering S.r.l., la "decadenza dalla gara, ai sensi dell'art. 48 del D. Lgs. 163/2006, nonché la comunicazione che la cauzione provvisoria sarebbe stata escussa e che il fatto sarebbe stato segnalato all'AVCP (ora A.N.A.C.)" per non avere dette imprese rispettato il termini di dieci giorni "stabilito" dall'Amministrazione per il deposito della documentazione richiesta.

Avverso il provvedimento di "decadenza dalla gara", comunicato in data 04/09/2015, la Food Service S.r.l. presentava alla Regione Lazio apposita istanza di riesame e di rettifica "in autotutela" della decisione adottata, mediante la notifica di "comunicazione di preavviso di ricorso" ex art. 243 bis del Codice degli appalti.

Ritenendo erronee ed illegittime le determinazioni assunte dall'Amministrazione, la parte ricorrente le ha impugnate dinanzi al TAR del Lazio, avanzando le domande indicate in epigrafe e deducendo le seguenti censure: violazione dei principi ordinali di buon andamento, imparzialità, proporzionalità e ragionevolezza (art. 3 e 97 Cost.); violazione e/o falsa applicazione di legge, con particolare riferimento all'art. 48, comma 1 e 2, del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 6 comma 11 del D. Lgs. 163/2006; eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e diritto, per erronea valutazione dei fatti.

Parte ricorrente afferma, anzitutto, che il termine di cui al secondo comma dell'articolo 48 del D.lgs. n. 163/2006, non avrebbe natura perentoria e, quindi, il non aver inviato entro dieci giorni la documentazione richiesta formulata in data 10/08/2015, non avrebbe dovuto comportare né la

decadenza dalla procedura di gara, né l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'AVCP (poi, A.N.A.C.).

In sostanza, agendo in questo modo, la Stazione appaltante avrebbe violato l'art. 48, comma 2, del D. Lgs. 163/2006, e l'art. 6, comma 11, del medesimo codice dei contratti pubblici, oltre che i principi costituzionali di imparzialità ed eguaglianza di cui agli artt. 3 e 97 della Costituzione. Peraltro, nella fattispecie, entrambe le Società facenti parte della costituenda ATI hanno adempiuto a quanto richiesto dalla Stazione appaltante, dando prova del possesso dei propri requisiti economici e professionali.

Food Service S.r.l. ha caricato i propri documenti nel Sistema AVCPass in quanto al momento del caricamento il sistema ha accettato il deposito eseguito mentre, Saponi Catering S.r.l. sarebbe vista preclusa la possibilità di caricare i documenti nel sistema AVCPass perché il sistema ha ritenuto "scaduta" la richiesta e non ha accettato il deposito.

Tuttavia, secondo parte ricorrente, il sistema non avrebbe potuto rifiutare il deposito della documentazione perché la richiesta non era scaduta essendo il termine in questione non perentorio. Tra l'altro, nel sistema AVCPass la scadenza della richiesta del 20/08/2015 è indicata richiamando non già l'art. 48 comma 2 del codice di contratti pubblici ma, l'art. 42, comma 1, lettera a), che viene richiamato nel citato articolo 48 relativamente ai controlli che devono essere effettuati nella fase iniziale della gara.

Oltre a quanto sopra, la parte ricorrente ha affermato che nella fattispecie non sarebbero applicabili le sanzioni (esclusione dalla gara, escussione della cauzione e segnalazione del fatto all'autorità) previste dall'art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, in quanto avuto riguardo alla natura non perentoria del richiamato termine di cui all'articolo 48, comma 2, del codice dei contratti pubblici, non si sarebbe verificata l'ipotesi normativamente descritta riguardante il caso "in cui essi (l'aggiudicatario ed il concorrente che segue in graduatoria) non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni".

Infatti, tali sanzioni si applicano solo in caso di mancata prova o mancata conferma delle dichiarazioni rese in sede di presentazione dell'offerta ma, nel caso di specie, la costituenda ATI con capogruppo Food Service S.r.l. non ha ommesso di fornire la prova dei requisiti, né è emerso che le dichiarazioni rese erano inesatte o non veritiere, posto che entrambe le Società hanno fornito alla Stazione appaltante quanto richiesto.

Peraltro, la Regione Lazio, con il provvedimento impugnato, non ha dichiarato "l'esclusione" dalla gara ma, la "decadenza dalla gara", omettendo di considerare che le ricorrenti non si erano aggiudicate la procedura ad evidenza pubblica.

In sostanza, secondo parte ricorrente, la Regione Lazio non avrebbe potuto applicare l'esclusione (in quanto non prevista dalla legge), né dichiarare la decadenza (prevista dal bando solo per l'aggiudicatario).

Oltre alla domanda di annullamento, la parte ricorrente ha avanzato domanda di risarcimento danni, affermando che i provvedimenti impugnati hanno comportato effetti pregiudizievoli patrimonialmente valutabili in relazione all'escussione della cauzione, resa mediante fideiussione assicurativa, ed alla segnalazione all'AVCP (ora ANAC).

Pertanto, dopo aver chiesto l'annullamento del provvedimento impugnato, parte ricorrente ha chiesto il ristoro dei danni nel seguente modo: in via preliminare, disponendo l'annullamento del provvedimento di decadenza dalla gara, con conseguente riapertura della graduatoria ed eventuale revoca dell'aggiudicazione definitiva qualora già dichiarata; in via subordinata, in caso di annullamento dell'intera procedura di gara, il risarcimento delle spese sopportate per la partecipazione alla predetta gara (progetti redatti dall'architetto, documentazione, rilievi, costi della fideiussione, ecc.) il tutto da determinare in separato giudizio, unitamente alle spese del presente giudizio.

Con memoria recante motivi aggiunti notificata il 13.11.2015, parte ricorrente ha impugnato, in parte qua, limitatamente alla parte in cui viene data attuazione alle sanzioni comminate dalla Regione Lazio nei confronti delle Società ricorrenti, la determinazione n. G12511 del 19 ottobre

2015 con la quale la Regione Lazio - Risorse Umane e Sistemi Informativi, ha dichiarato l'esclusione per decadenza dalla gara dell'ATI Food Service s.r.l. - Sapori Catering; ha proceduto all'escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'A.N.A.C. per l'ATI Food Service s.r.l. - Sapori Catering s.r.l.; ha proceduto allo scorrimento della graduatoria determinando seconda in graduatoria la Società Lorystoro S.r.l.; ha aggiudicato definitivamente il servizio in questione alla Società Bar Banqueting S.r.l..

La Regione Lazio, costituitasi in giudizio, ha affermato l'infondatezza del ricorso e ne ha chiesto il rigetto.

A sostegno delle proprie ragioni, l'Amministrazione ha prodotto note, memorie e documenti per sostenere la correttezza del proprio operato e l'infondatezza delle censure proposte dalla parte ricorrente.

Con ordinanza n. 5519/2015, la domanda cautelare proposta dalla ricorrente è stata respinta.

Con successive memorie le parti hanno argomentato ulteriormente le rispettive difese.

All'udienza del 5 aprile 2016 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene che le censure di parte ricorrente siano infondate e debbano essere respinte. Dagli atti di causa emerge che con Determinazione n. G02534 del 12.03.15 la Regione Lazio ha avviato una procedura aperta per la concessione del servizio bar e tavola calda/fredda nella sede di Via R. Raimondi Garibaldi, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art.83 del D. Lgs. n.163/06.

Il bando di gara è stato pubblicato su GUUE del 12 marzo 2015, GURI - V Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 33 del 18 marzo 2015, su giornali quotidiani, nonché sul sito istituzionale dell'Ente sezione "Bandi di gara".

Entro il termine fissato del 21 aprile 2015 sono pervenute 8 offerte tra cui quella dell'ATI Food Service srl -Sapori Catering e Bar Banqueting srl.

All'esito delle valutazioni della Commissione giudicatrice nominata con determinazione n. G04894 del 23.04.15, è risultata aggiudicataria provvisoria la Società Bar Banqueting srl, e seconda classificata l'ATI Food Service srl - Sapori Catering srl.

Con nota prot. 437970 del 10.08.15, l'aggiudicazione provvisoria è stata comunicata agli operatori economici interessati, evidenziando che la stessa sarebbe divenuta definitiva (ex art. 11, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006) a seguito della positiva verifica del possesso di tutti i prescritti requisiti autocertificati, verifica da effettuare solo nei confronti della seconda classificata, ai sensi dell'art. 48, comma 2, del codice dei contratti pubblici, poiché la prima classificata era stata già controllata in fase di gara, a seguito di sorteggio.

Quindi, con la citata nota del 10.08.15, è stato richiesto all'ATI Food Service srl - Sapori Catering srl. (seconda classificata) di fornire entro 10 giorni dalla data della nota stessa la documentazione attestante il possesso del requisito della capacità tecnico-professionale fornendo l'elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni (2012-2013-2014), per un importo complessivo di € 800.000,00, inserendola nel sistema AVCpass.

Entro il termine indicato (20/08/2015) solo la capogruppo Food Service srl, ha presentato la documentazione, caricandola in data 19.08.15 nell'AVCPass, mentre la mandante Sapori Catering s.r.l. non risulta aver provveduto ad inserire alcun documento.

Con nota pervenuta il 26/08/2015, Sapori Catering s.r.l. ha dichiarato di aver "generato file con firma certificata il 12/08/2015 e caricato su libreria AVCP" e di aver commesso un errore di caricamento, pertanto ha allegato i documenti in formato cartaceo (cfr. doc. 3 di parte resistente).

Con nota prot. n. 472140 del 04.09.2015, la Stazione appaltante, preso atto che non si era provveduto, nei termini stabiliti, a inserire i suddetti documenti nel Sistema AVCpass, ha comunicato a Sapori Catering s.r.l. la decadenza con relativa esclusione dalla gara.

Successivamente, con determinazione n. G12511 del 19.10.15, sono stati la gara è stata aggiudicata definitivamente a Società Bar Banqueting srl.

2. Premesso quanto sopra, va rilevato che le Società ricorrenti contestano la perentorietà del termine indicato dalla Stazione appaltante per inviare la documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione, affermando che l'art. 48, comma 2, del codice dei contratti pubblici non richiederebbe alcun termine per l'invio della documentazione ma solo per la richiesta della stessa. Il Collegio ritiene errato quanto affermato da parte ricorrente, osservando che il termine in questione è da considerare perentorio in considerazione delle esigenze di certezza e celerità della procedura ad evidenza pubblica.

Al riguardo, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con decisione del 25 febbraio 2014 n. 10, ha affermato la perentorietà dei termini di dieci giorni previsti dai commi 1 e 2, dell'articolo 48, del d.lgs. n. 163/2006, entro i quali gli operatori economici sorteggiati, l'aggiudicatario ed il concorrente che lo segue in graduatoria, devono presentare la documentazione a comprova dei requisiti, salva l'oggettiva impossibilità della produzione della documentazione.

Ne consegue (come correttamente rilevato dall'Amministrazione regionale resistente) che, nel caso di specie, anche se Saponi Catering Srl (con nota del 26/08/2015) ha inviato i documenti richiesti in formato cartaceo ed ha chiesto, in caso di mancata accettazione degli stessi, di fare "nuova richiesta su AVCP...", che ragionevolmente la Stazione appaltante non ha accolto tale richiesta in quanto il termine di 10 giorni era scaduto e, quindi, ha deciso di garantire la par condicio e la celerità del procedimento.

Sul punto, con la citata decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2014 è stato precisato che «la presentazione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti deve avvenire, da parte dell'aggiudicatario e del secondo classificato, entro un termine perentorio, questo termine è lo stesso, di dieci giorni dalla data della richiesta, previsto nel primo comma dell'articolo, non essendovi motivo per ritenere che le disposizioni dei due commi, fondate sulla stessa ratio e coordinate con il rinvio del secondo al primo, si differenzino poi per la durata del periodo fissato per l'adempimento, non emergendo alcuna specificità in tal senso nel comma secondo, attinente anzi, come detto, ad una fase del procedimento che ha raggiunto il proprio esito e tanto più, quindi, deve essere informata ad esigenze di celerità». Pertanto, viene in rilievo «un adempimento essenziale per la definizione del procedimento in connessione con il suo scopo poiché, se la verifica è positiva, viene stipulato il contratto, se manca, si procede al ricalcolo della soglia di anomalia e all'eventuale nuova aggiudicazione, con effetto determinante, in entrambi i casi, per la conclusione efficace della procedura».

3. Va respinta anche la censura con la quale le Società ricorrenti contestano l'applicazione della sanzione prevista dall'art. 48 del codice dei contratti pubblici, considerato che il secondo comma dell'articolo 48 del D. Lgs. n. 163/2006 rinvia al primo comma del medesimo articolo, specificando che si applicano le sanzioni ivi previste qualora non venga fornita la prova del possesso dei requisiti o non siano confermate le dichiarazioni rese in sede di offerta.

Alla luce di tale disciplina, correttamente la Stazione appaltante, non avendo ricevuto nei termini previsti la documentazione attraverso gli strumenti informatici indicati nella lex specialis, ha adottato gli atti impugnati, tra l'altro, comunicando l'escussione della cauzione provvisoria e segnalando il fatto all'Autorità.

Riguardo al fatto che la richiesta della Stazione appaltante abbia riguardato l'operatore economico collocatosi secondo in graduatoria, va rilevato che trattasi di un concorrente che deve essere pronto a subentrare nell'affidamento in caso di rinuncia o impossibilità da parte del primo classificato.

Ciò, pur a voler prescindere dal fatto che le offerte ritenute valide sono considerate ai fini del calcolo della soglia di anomalia e, quindi, la verifica in questione rileva anche sotto questo profilo. In sostanza, il comportamento del concorrente assume rilievo sotto diversi aspetti e, quindi, con la previsione dell'escussione della cauzione e della segnalazione all'Autorità, si responsabilizzano i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese al fine di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta. Per tale ragione, l'escussione della cauzione e la comunicazione del fatto all'A.N.A.C. costituiscono una conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, tenuto conto che

gli operatori economici, con la domanda di partecipazione e al momento della partecipazione alla gara, si impegnano ad osservare le regole della procedura ad evidenza pubblica.

Riguardo all'escussione della cauzione ed alla comunicazione all'A.N.A.C. per mancata presentazione della documentazione di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 153/2006, l'Autorità si è pronunciata con la Determinazione n. 1 del 15 gennaio 2014, rilevando che "il potere sanzionatorio della stazione appaltante si esplica attraverso l'esclusione dalla gara e l'escussione della cauzione, ed è esercitato non solo in caso di mancata conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta ma anche "quando tale prova non sia fornita", e cioè sia in caso di omissione o di rifiuto, come anche in caso di ritardo rispetto al termine perentorio di dieci giorni. Si tratta di sanzioni che la stazione appaltante applica in modo automatico, indipendentemente dall'effettivo possesso o meno dei requisiti dichiarati dall'operatore economico, essendo l'esclusione e l'incameramento della cauzione volti a sanzionare il comportamento inadempiente dell'operatore economico nel partecipare a quella specifica gara". In sostanza, deve essere colpito "il comportamento scorretto del singolo operatore in ragione dell'interesse di portata generale a che nel settore degli appalti pubblici agiscano soggetti non solo idonei ma anche rispettosi delle regole previste dalle stazioni appaltanti per l'aggiudicazione delle procedure di appalto, a prescindere dalla singola procedura selettiva nel cui ambito si sono verificate le irregolarità in concreto rilevate". Secondo l'Autorità, il decorso del termine di cui all'art. 48, del D.Lgs. n. 163/2006, senza che l'impresa abbia fatto pervenire alla stazione appaltante la necessaria documentazione, implica l'automatico effetto dell'esclusione dalla gara, non potendo assumere rilievo l'effettivo possesso dei requisiti ovvero la produzione tardiva delle certificazioni mancanti. Infatti, considerata la natura perentoria del termine, l'eventuale documentazione presentata dopo il suo inutile decorso deve essere considerata come non prodotta, in quanto in presenza di un termine perentorio il mero ritardo è equiparato all'inadempimento definitivo (parere AVCP n. 40 del 21.03.2012).

4. L'infondatezza della domanda di annullamento comporta il rigetto della domanda di risarcimento danni.

5. Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio ritiene che il ricorso sia infondato e debba essere respinto.

6. Le spese seguono la soccombenza, nella misura liquidata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo respinge;
- condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore dell'Amministrazione resistente, che si liquidano in complessivi 2.500,00 (duemilacinquecento/00) euro, compresi gli onorari di causa;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla competente Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Germana Panzironi, Presidente
Roberto Proietti, Consigliere, Estensore
Alessandro Tomassetti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/05/2016

IL SEGRETARIO