

Consiglio di Stato sez. V 31/8/2016 n. 3753

N. 03753/2016REG.PROV.COLL.

N. 03009/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

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

sul ricorso numero di registro generale 3009 del 2016, proposto dalla Car Segnaletica Stradale S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Prozzo C.F. PRZRRT62T18F839E, con domicilio eletto presso Antonio Formiconi in Roma, via Cremera, 11

contro

Trenitalia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Rodolfo Mazzei C.F. MZZRLF64D16D086F, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via XX Settembre, 1

nei confronti di

Vuolo Taddeo s.r.l.

per la riforma della sentenza del T.A.R. della Campania, Sezione IV, n. 679/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Trenitalia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Roberto Prozzo e Rodolfo Mazzei;

Sentite le stesse parti circa la possibilità della definizione del ricorso con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.

Con ricorso proposti dinanzi al T.A.R. della Campania e recante il n. 4600/2015 l'odierna appellante Car Segnaletica Stradale s.r.l. impugnava e chiedeva l'annullamento degli atti conclusivi della gara GPA 5914465 del 27 gennaio 2015 indetta da Trenitalia s.p.a. e avente ad oggetto l'affidamento in appalto del servizio di smontaggio degli arredi dei rotabili tipo Frecciabianca, UIC-Zi servizio universale e Vicinali PR avente la durata di un anno (l'importo a base d'asta era pari ad 2.732.695,00 euro e la durata dell'appalto era rinnovabile di un anno fino al raggiungimento di ulteriori 1.932.525,00 euro).

In particolare, l'odierna appellante (che si era classificata al secondo posto dopo l'aggiudicataria Vuolo Taddeo s.r.l.) chiedeva l'annullamento

- del provvedimento di ammissione alla gara e/o di mancata esclusione dell'aggiudicataria;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della Vuolo Taddeo s.r.l. comunicato con nota in data 15 luglio 2015;
- di tutti gli atti infraprocedimentali cui si riferivano le censure contenute nei motivi di ricorso;
- del rifiuto di Trenitalia s.p.a. di rilasciare copia della documentazione necessaria per accertare l'effettivo possesso dei requisiti (rifiuto espresso nel verbale di accesso del 10 settembre 2015).

In particolare l'odierna appellante lamentava la mancata esclusione dalla gara della Vuolo Taddeo s.r.l. nonostante quest'ultima avesse omesso di provare ritualmente e tempestivamente i requisiti richiesti dalla lex specialis di gara.

Nell'imminenza della discussione dell'istanza cautelare formulata nell'ambito del ricorso di primo grado, Trenitalia s.p.a. procedeva alla stipula del contratto con la prima classificata (il contratto veniva infatti stipulato in data 1 dicembre 2015 mentre l'udienza camerale in primo grado era fissata per il giorno 2 dicembre).

Con la sentenza in epigrafe il T.A.R. della Campania ha respinto il ricorso ritenendolo infondato.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla Car Segnaletica Stradale s.r.l. la quale ne ha chiesto la riforma articolando quattro motivi di appello.

Con il primo motivo la Car Segnaletica Stradale s.r.l. chiede la riforma della sentenza in questione per la parte in cui i primi Giudici hanno ritenuto il carattere solo ordinatorio del termine di cui all'articolo 48 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ai fini della comprova del possesso dei requisiti di ordine oggettivo da parte dell'aggiudicataria.

Con il secondo motivo l'appellante lamenta la mancata considerazione da parte del T.A.R. della mancata indicazione da parte dell'aggiudicataria del possesso dei requisiti di ordine oggettivo (in particolare, dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica prescritte dalla legge speciale di gara).

Con il terzo motivo la Car Segnaletica Stradale s.r.l. chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui i primi Giudici hanno ritenuto che la Vuolo Taddeo s.r.l. potesse fornire la prova del possesso dei requisiti anche dopo la scadenza del termine di dieci giorni di cui all'articolo 48 del previgente 'Codice dei contratti' avvalendosi delle previsioni legislative in tema di c.d. 'soccorso istruttorio'.

Con il quarto motivo l'appellante lamenta l'erroneità della deduzione dei primi Giudici secondo cui l'aggiudicataria potesse ritualmente avvalersi dei requisiti del Consorzio Co.Me.Tav. di cui faceva parte.

L'appellante ha altresì richiesto che all'accoglimento dell'appello e all'annullamento dell'aggiudicazione consegua la declaratoria di inefficacia del contratto e la sostituzione nella posizione contrattuale dell'aggiudicataria di cui erroneamente è stata consentita la permanenza in gara.

Si è costituita in giudizio Trenitalia s.p.a. la quale ha concluso nel senso dell'infondatezza dell'appello.

Alla camera di consiglio del 19 maggio 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore delle manutenzioni ferroviarie (la quale aveva partecipato a una gara di appalto indetta da Trenitalia per manutenzione sul materiale rotabile e si era classificata al secondo posto) avverso la sentenza del T.A.R. della Campania con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui l'appalto in questione è stato aggiudicato alla controinteressata Vuoto Taddeo s.r.l.

2. Il ricorso in appello (che può essere definito con sentenza in forma semplificata ai sensi degli articoli 60 e 74 del cod. proc. amm., sussistendone i presupposti in fatto e in diritto) è fondato e meritevole di accoglimento nei termini che seguono.

3. In particolare è determinante ai fini del decidere la fondatezza del motivo di appello con cui (riproponendo analogo motivo già articolato in primo grado e disatteso dal T.A.R.) la Car Segnaletica Stradale s.r.l. ha osservato che la Vuolo Taddeo s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara (e non avrebbe potuto procedere alla stipula del contratto) per non aver proceduto ritualmente e tempestivamente a fornire la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dalla lex specialis di gara (e ciò, in violazione della previsione di cui al comma 2 dell'articolo 48 del decreto legislativo n. 163 del 2006).

Al riguardo il T.A.R. ha ritenuto di poter disattendere l'analogha censura già articolata in primo grado affermando il carattere solo ordinatorio del richiamato termine.

La sentenza è in parte qua meritevole di riforma alla luce dell'ormai consolidata giurisprudenza di questo Consiglio la quale afferma, al contrario, che ai sensi dell'articolo 48, comma 2, del Codice l'aggiudicatario, e il secondo classificato, devono presentare la documentazione comprovante il possesso dei requisiti tecnico - organizzativi ed economico - finanziari entro il termine di dieci giorni dalla data della richiesta e che tale termine ha natura perentoria (in tal senso –ex multis -: Cons. Stato, Ad. Plen. 10 del 2014; id., V, 4765 del 2015).

La sentenza dell'Adunanza Plenaria da ultimo richiamata, risolvendo i pregressi dubbi interpretativi insorti nella vigenza dell'articolo 48 del decreto legislativo n. 163 del 2006, ha – appunto – chiarito che il termine di dieci giorni riconosciuto al concorrente aggiudicatario per fornire la comprova dei requisiti di ordine oggettivo ai sensi del comma 2 del medesimo articolo 48 assume certamente carattere di perentorietà.

Ha osservato al riguardo l'Adunanza plenaria:

- che a tale conclusione deve necessariamente pervenirsi se solo si abbia riguardo all'identità di ratio che ispira i commi 1 e 2 della disposizione in questione;

- che "l'esigenza di celerità del procedimento è propria anche della fase specifica in cui si inserisce l'adempimento di cui all'art. 48, comma 2, che è quella, conclusiva della procedura, che inizia con l'aggiudicazione provvisoria, seguita: dalla verifica e approvazione di tale aggiudicazione; dall'emanazione, su questa base, del provvedimento di aggiudicazione definitiva; dalla verifica dei prescritti requisiti perché l'aggiudicazione sia efficace; dalla conseguente stipulazione del contratto, eventualmente sottoposto ad approvazione e controlli (articolo 11, commi 4, 5, 8, 9 e 10, articolo 12 del Codice)";

- che "l'esigenza di celerità, e certezza, di tale fase è provata, sul piano normativo, dalla previsione del condizionamento sequenziale degli adempimenti e dalla preordinazione di termini per la verifica e approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, per l'inoltro della richiesta di verifica dei requisiti da parte dell'amministrazione e per la stipulazione, approvazione e controlli del contratto (articolo 11, commi 9 e 10, articolo 12, articolo 48, comma 2, del Codice), e, sul piano teleologico, dalla diretta strumentalità di questa fase al perfezionamento dello scopo dell'intero procedimento, consistente nella stipula del contratto per l'esecuzione della prestazione, assumendo particolare rilevanza i principi generali di tempestività ed efficacia delle procedure di affidamento, di cui all'art. 2 del Codice, nel momento della conclusione utile della lunga e complessa attività svolta in precedenza per la scelta del contraente.

In questo quadro si deve ritenere la disciplina di ogni adempimento previsto in tale fase come finalizzata a renderla tempestiva e certa e non a rallentarne l'iter a tempo indefinito dovendosi perciò, ad avviso del Collegio, interpretare per quanto possibile in questo senso la ratio delle norme di riferimento pur se non letteralmente esplicitata".

- che, in definitiva, "non soltanto [la] presentazione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti deve avvenire, da parte dell'aggiudicatario e del secondo classificato, entro un termine perentorio ma, anche, che 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".

3.1. In definitiva, all'indomani della pubblicazione della richiamata sentenza dell'Adunanza plenaria devono considerarsi ormai superate le pregresse oscillazioni giurisprudenziali circa la perentorietà o meno del termine di dieci giorni dalla richiesta riconosciuto alle imprese concorrenti per comprovare il possesso dei requisiti di ordine oggettivo ai sensi del comma 2 dell'articolo 48 del previgente 'Codice dei contratti'.

4. Il carattere perentorio ed essenziale del termine di cui al comma 2 dell'articolo 48, cit., nonché la riconosciuta finalità acceleratoria della sua fissazione e – non da ultimo – le conseguenze immediatamente escludenti che conseguono alla sua violazione non consentono (contrariamente a quanto ritenuto dai primi Giudici) di accordare al concorrente che tale violazione abbia commesso il beneficio dell'errore scusabile, ovvero la sostanziale rimessione in termini connessa all'applicazione del c.d. 'soccorso istruttorio' di cui all'articolo 38, comma 2-bis del decreto legislativo n. 163 del 2006.

A tacere d'altro, laddove si consentisse all'impresa concorrente di accedere – in ipotesi quale quella che qui rileva – al beneficio del soccorso istruttorio, si determinerebbe un'evidente violazione del principio della par condicio concorrenziale, ammettendo che un concorrente (il quale avrebbe dovuto comprovare il possesso

dei requisiti di ordine oggettivo sin dalla partecipazione alla gara) non solo possa sottrarsi a tale obbligo senza conseguenze di sorta, ma che vi si possa sottrarre anche successivamente (i.e.: nel momento in cui viene richiesto di procedere alla comprova ai sensi del comma 2 dell'articolo 48, cit.).

Anche sotto tale profilo, quindi, la sentenza in epigrafe deve essere riformata.

5. L'appello in epigrafe, quindi, deve essere accolto e di conseguenza – con assorbimento ogni altro profilo e deduzione – deve essere disposto l'annullamento degli atti impugnati in primo grado.

5.1. Ai sensi del comma 1 dell'articolo 122 del cod. proc. amm., "fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

Ebbene, il Collegio ritiene che all'annullamento dell'aggiudicazione in favore della Vuolo Taddeo s.r.l. possa e debba conseguire l'inefficacia del contratto stipulato in data 1 dicembre 2015 e il subentro dell'odierna appellante.

Al riguardo il Collegio osserva:

- che la domanda volta alla declaratoria di inefficacia del contratto e al subentro è stata ritualmente proposta;

- che, valutato l'oggetto del contratto, le modalità di esecuzione e lo stato di avanzamento, nonché nel bilanciamento fra i diversi interessi pubblici e privati che qui vengono in rilievo, risulta certamente possibile procedere al subentro nelle lavorazioni;

- che la decorrenza della perdita di efficacia del contratto e del disposto subentro è fissata alla data di pubblicazione della presente sentenza;

6. Per le ragioni sin qui esposte l'appello in epigrafe (che può essere definitivo con sentenza in forma semplificata ai sensi degli articoli 60 e 74 del cod. proc. amm., sussistendone i presupposti in fatto e in diritto) deve essere accolto con gli effetti richiamati al precedente punto 5.1.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), pronunciando sul ricorso in epigrafe ai sensi degli articoli 60 e 74 del cod. proc. amm. lo accoglie nei sensi di cui ai punti 5 e 6 della motivazione.

Spese del doppio grado compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Claudio Contessa Francesco Caringella

IL SEGRETARIO

Consiglio di Stato sez. IV 25/8/2016 n. 3688

Publicato il 25/08/2016

N. 03688/2016REG.PROV.COLL.

N. 06308/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6308 del 2015, integrato da motivi aggiunti proposto dalla società Umana s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Panariti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Celimontana, 38;

contro

Tempor s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difeso dagli avvocati Federico Hernandez e Francesco Hernandez, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via Gramsci, 14;

nei confronti di

Ministero della difesa, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Agenzia Industrie Difesa, Commissione di Gara non costituiti in giudizio;

Osmosi s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per l'Emilia-Romagna – Sede staccata di Parma - n. 221 del 17 settembre 2015 resa tra le parti, concernente gara per la somministrazione di lavoro a tempo determinato per l'anno 2015 presso lo stabilimento militare ripristini e recuperi del munizionamento di Noceto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tempor s.p.a. e del Ministero della Difesa;

Visti i motivi aggiunti al ricorso in appello depositati il 29/12/2015

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2016 il Cons. Andrea Migliozi e uditi per le parti gli avvocati Ardizzi, su delega di Panariti, Filippo Hernandez, su delega di Federico Hernandez, e l'Avvocato dello Stato Collabolletta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Agenzia Industrie Difesa indiceva con bando pubblicato l'11/11/2014 una gara d'appalto, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di somministrazione di lavoro a tempo determinato per l'anno 2015 presso lo Stabilimento Militare Ripristini e Recupero Munizionamento di Noceto cui partecipavano le Società Tempo s.p.a., Umana S.p.a. e Osmosi s.p.a..

1.1. Relativamente alle modalità di ammissione alla procedura selettiva in questione, il Disciplinare di gara all'art. 4.1 stabiliva specifiche modalità di presentazione del plico-offerta e precisamente " a mano, a mezzo posta, corriere o qualsiasi altro vettore, comunque a totale rischio della Ditta, entro le ore 20:00 del giorno 10/12/2014" (penultimo giorno utile) oppure direttamente tramite il proprio rappresentante legale o a mezzo di proprio rappresentante munito di procura speciale notarile entro le ore 11 del giorno 11/12/2014".

1.2. La Tempor s.p.a. si avvaleva della modalità di presentazione a mezzo di corriere SDA, consegna che però non andava a buon fine tanto che il giorno 11/12/2014 una delegata della predetta Società, la sig.ra Eleonora Buttarelli, presentava a mano la relativa busta, ma la Commissione di gara disponeva che " la busta consegnata a mano ai sensi dell'art.4 del Disciplinare di Gara dell'Azienda Tempor viene esclusa poiché la stessa non è stata consegnata con debita procura notarile"; successivamente la stazione appaltante ha restituito , con nota del 18/12/2014, alla suindicata Società il plico-offerta " in quanto consegnato a mezzo di corriere il giorno 11/12/2014 non rispettando quanto stabilito dal disciplinare di gara".

2. - Tempor s.p.a., con ricorso notificato l'8 febbraio 2015, ha impugnato innanzi al Tar di Parma la sua esclusione dalla gara, l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto disposta in favore di Umana s.p.a , le clausole di gara disciplinanti la presentazione delle offerte nonché la mancata esclusione dalla gara di Umana s.p.a.

2.1. L'adito Tribunale amministrativo nel pronunciarsi sulla domanda di "sospensiva" dei provvedimenti impugnati, con ordinanza n. 42/2015 accoglieva l'istanza formulata ai sensi dell'art. 55 c.p.a. che però veniva riformata da questa Sezione con ordinanza n.1316/2015 a seguito di appello cautelare proposto dalla controinteressata Umana s.pa.

2.2. Quindi, l'Amministrazione aggiudicava nuovamente in via provvisoria la gara e in data 15 aprile 2015 disponeva l'aggiudicazione definitiva in favore dell'attuale appellante e Tempor proponeva in relazione a tali sopravvenuti provvedimenti ricorso per motivi aggiunti con cui replicava integralmente le doglianze già formulate con il ricorso introduttivo.

2.3. Il TAR accoglieva con ordinanza n. 119/2015 la domanda di sospensiva prodotta in sede di motivi aggiunti che veniva riformata in appello con ordinanza n.3035/2015 di questa Sezione (che aveva modo di riconfermare il suo precedente avviso circa la rilevata non corretta presentazione dell'offerta della Tempor s.p.a. in relazione alle prescrizioni di cui all'art. 4.1 del Disciplinare di gara).

2.4. Il giudice di primo grado in sede di giudizio di merito emetteva il dispositivo di sentenza n.206/2015 di accoglimento del ricorso come integrato dai motivi aggiunti ma, ancora una volta, questa Sezione con ordinanza n. 3364/2015, accoglieva il gravame della società Umana disponendo la sospensione dell'esecuzione di detto dispositivo.

2.5. E' intervenuta quindi la sentenza di merito di primo grado, n. 221/2015 con cui il Tar di Parma ha esplicitato le ragioni del dispositivo di accoglimento del ricorso e dei connessi motivi aggiunti.

Il Tribunale amministrativo, pur dando atto della "non conformità delle modalità di presentazione dell'offerta da parte della ricorrente", ha ritenuto fondato il rilievo per cui anche Umana s.p.a. doveva essere esclusa dalla gara per avere anch'essa non rispettato le prescrizioni di cui all'art. 4.1 del Disciplinare circa la "procura notarile" in possesso della delegata della Società risultata aggiudicataria.

2.6. Avverso tale decisum Umana s.p.a. ha prodotto motivi aggiunti con cui sono stati sostanzialmente riproposti i profili di doglianza già dedotti con l'appello avverso il dispositivo.

In particolare è stata sottolineata la non esattezza della statuizioni rese dal primo giudice che avrebbe omissis di rilevare la irricevibilità del ricorso di primo grado, il difetto di legittimazione di Tempor s.p.a ad impugnare gli atti di gara ed erroneamente ritenuto non corrette la modalità di presentazione dell'offerta da parte di Umana s.p.a..

2.7. Si è costituita per resistere all'appello Tempor s.p.a. con richiesta di conferma delle impugnature statuizioni del giudice di primo grado.

2.8. Con ordinanza n. 322/2016 è stata accolta l'istanza di sospensiva con condanna della società Tempor al pagamento delle spese della fase cautelare.

2.9. All'udienza pubblica del 16 giugno 2016 la causa è stata introitata per la decisione.

3. L'appello è fondato e deve essere accolto.

3.1. In ordine logico è prioritario l'esame del primo motivo di appello con cui si reitera l'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado avverso il provvedimento di esclusione della società Tempor.

L'eccezione è fondata per le seguenti ragioni in fatto e diritto:

a) alla seduta dell'11 dicembre 2014, nel corso della quale la Commissione ha ruscato il plico della ditta Tempor perché pervenuto oltre il termine perentorio di scadenza fissato dal bando, era presente la rappresentante della ditta medesima;

b) alla stregua dei consolidati principi elaborati sul punto dalla giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. da ultimo Sez. V, n. 671 del 2015; Sez. V, n. 2614 del 2013, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.), il termine di 30 giorni sancito dall'art. 120, co. 5, c.p.a. e 79, co. 5 e 5-bis, codice degli appalti (d.lgs. n. 163 del 2006) per impugnare il provvedimento di esclusione decorre dal momento in cui l'impresa, tramite il suo amministratore o rappresentante, viene edotta, nella sostanza, delle ragioni della esclusione indipendentemente da qualsivoglia successiva comunicazione formale.

3.2. Il consolidamento della esclusione dalla procedura di gara rende inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnativa dell'aggiudicazione e, più in generale, di tutti i successivi atti della procedura (cfr. negli esatti termini, Sez. IV, n. 1560 del 2016 cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.).

Ne discende la inammissibilità delle censure dedotte da Tempor in ispecie con i motivi aggiunti di primo grado avverso l'ammissione alla gara di Umana.

Né può valere a mandare esente da detta inammissibilità il principio giurisprudenziale di matrice comunitario affermato dalla Corte di giustizia UE nel caso Puligienica (Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13), attesa la

radicale diversità delle fattispecie; qui viene in rilievo una situazione di fatto e di diritto affatto diversa da quella posta alla base della richiamata pronuncia:

a) essendosi verificata una preclusione processuale dovuta alla tardiva iniziativa dell'impresa ricorrente che ha lasciato consolidare gli effetti della propria esclusione;

b) avendo partecipato alla gara una terza impresa la cui offerta non risulta essere stata esclusa;

c) non controvertendosi circa il rapporto fra impugnativa principale e incidentale escludente.

Del resto, proprio la Corte di Giustizia (Corte giustizia UE, sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12, Fastweb) ha sempre fatto riferimento al concetto di "legittimazione" quale condizione per promuovere il ricorso giurisdizionale, di guisa che non si pone alcun dubbio nel caso di specie in ordine alla interpretazione e all'applicazione delle norme comunitarie; trattasi di questione a più riprese esaminata in sede europea e nazionale (cfr. Sez. IV, n. 1560 del 2016 cit. ivi i richiami alla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014 ed agli ulteriori precedenti del giudice europeo).

5.5 - In forza delle su estese considerazioni l'appello proposto da Umana deve essere accolto.

6. - Le spese del doppio grado del giudizio (comprehensive di quelle della fase cautelare), regolamentate secondo il criterio della soccombenza, sono liquidate come in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55 e dell'art. 26 c.p.a.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello meglio specificato in epigrafe lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, dichiara irricevibile il ricorso principale di primo grado e inammissibili i motivi aggiunti.

Condanna la società Tempor s.p.a. al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio liquidate complessivamente in euro 10.000,00 (diecimila/00) oltre accessori come per legge (I.V.A., C.P.A. e rimborso delle spese generali al 15%), di cui 5.000,00 in favore di Umana s.p.a. e 5.000,00 in favore del Ministero della difesa.

Pone a carico della società Tempor s.p.a. il contributo unificato relativamente ad entrambi i gradi di giudizio disponendo il rimborso di quello anticipato dalla società Umana s.p.a. per il presente appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO

Consiglio di Stato sez. III 31/8/2016 n. 3754

1. APPALTI PUBBLICI - INFORMATIVA ANTIMAFIA - PRINCIPI DESUMIBILI DALLA DISCIPLINA NORMATIVA - INDIVIDUAZIONE

2. APPALTI PUBBLICI - INFORMATIVA ANTIMAFIA - PRINCIPI ELABORATI DALLA GIURISPRUDENZA - INDIVIDUAZIONE

1. Secondo la più recente giurisprudenza, in materia di informative antimafia trovano applicazione i seguenti principi (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743):

- l'informativa antimafia, ai sensi degli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, del d. lgs. n. 159/2011, presuppone «concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata»;
- quanto alla ratio dell'istituto dell'interdittiva antimafia, si tratta di una misura volta - ad un tempo - alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica Amministrazione: l'interdittiva antimafia comporta che il Prefetto escluda che un imprenditore - pur dotato di adeguati mezzi economici e di una adeguata organizzazione - meriti la fiducia delle Istituzioni (vale a dire che risulti 'affidabile') e possa essere titolare di rapporti contrattuali con le pubbliche Amministrazioni o degli altri titoli abilitativi, individuati dalla legge;
- ai fini dell'adozione del provvedimento interdittivo, rileva il complesso degli elementi concreti emersi nel corso del procedimento: una visione 'parcellizzata' di un singolo elemento, o di più elementi, non può che far perdere a ciascuno di essi la sua rilevanza nel suo legame sistematico con gli altri;
- è estranea al sistema delle informative antimafia, non trattandosi di provvedimenti nemmeno latamente sanzionatori, qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio (né - tanto meno - occorre l'accertamento di responsabilità penali, quali il 'concorso esterno' o la commissione di reati aggravati ai sensi dell'art. 7 della legge n. 203 del 1991), poiché simile logica vanificherebbe la finalità anticipatoria dell'informativa, che è quella di prevenire un grave pericolo e non già quella di punire, nemmeno in modo indiretto, una condotta penalmente rilevante;
- il rischio di inquinamento mafioso deve essere valutato in base al criterio del più 'probabile che non', alla luce di una regola di giudizio, cioè, che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, qual è, anzitutto, anche quello mafioso;
- pertanto, gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione;
- quanto ai rapporti di parentela tra titolari, soci, amministratori, direttori generali dell'impresa e familiari che siano soggetti affiliati, organici, contigui alle associazioni mafiose, l'Amministrazione può dare loro rilievo laddove tale rapporto, per la sua natura, intensità, o per altre caratteristiche concrete, lasci ritenere, per la logica del 'più probabile che non', che l'impresa abbia una conduzione collettiva e una regia familiare (di

diritto o di fatto, alla quale non risultino estranei detti soggetti) ovvero che le decisioni sulla sua attività possano essere influenzate, anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contatto col proprio congiunto;

- nei contesti sociali in cui attecchisce il fenomeno mafioso, all'interno della famiglia si può verificare una 'influenza reciproca' di comportamenti e possono sorgere legami di cointeressenza, di solidarietà, di copertura o quanto meno di soggezione o di tolleranza;

- una tale influenza può essere desunta non dalla considerazione (che sarebbe in sé errata e in contrasto con i principi costituzionali) che il parente di un mafioso sia anch'egli mafioso, ma per la doverosa considerazione, per converso, che la complessa organizzazione della mafia ha una struttura clanica, si fonda e si articola, a livello particellare, sul nucleo fondante della 'famiglia', sicché in una 'famiglia' mafiosa anche il soggetto che non sia attinto da pregiudizio mafioso può subire, nolente, l'influenza del 'capofamiglia' e dell'associazione;

- hanno dunque rilevanza circostanze obiettive (a titolo meramente esemplificativo, ad es., la convivenza, la cointeressenza di interessi economici, il coinvolgimento nei medesimi fatti, che pur non abbiano dato luogo a condanne in sede penale) e rilevano le peculiari realtà locali, ben potendo l'Amministrazione evidenziare come sia stata accertata l'esistenza - su un'area più o meno estesa - del controllo di una 'famiglia' e del sostanziale coinvolgimento dei suoi componenti (a fortiori se questi non risultino avere proprie fonti legittime di reddito).

2. A questi principi enucleati di recente dalla Sezione, occorre aggiungere quelli che sono stati costantemente affermati dalla giurisprudenza:

- non è richiesta la prova dell'attualità delle infiltrazioni mafiose, dovendosi solo dimostrare la sussistenza di elementi dai quali è deducibile - secondo il principio del 'più probabile che non' - il tentativo di ingerenza, o una concreta verosimiglianza dell'ipotesi di condizionamento sulla società da parte di soggetti uniti da legami con cosche mafiose, e dell'attualità e concretezza del rischio (Cons. Stato, Sez. III, 5 settembre 2012, n. 4708; Cons. Stato n. 3057/10; 1559/10; 3491/09);

- la valutazione del pericolo di infiltrazioni mafiose, di competenza del Prefetto, è connotata, per la specifica natura del giudizio formulato, dall'utilizzo di peculiari cognizioni di tecnica investigativa e poliziesca, che esclude la possibilità per il giudice amministrativo di sostituirvi la propria, ma non impedisce ad esso di rilevare se i fatti riferiti dal Prefetto configurino o meno la fattispecie prevista dalla legge e di formulare un giudizio di logicità e congruità con riguardo sia alle informazioni acquisite, sia alle valutazioni che il Prefetto ne abbia tratto (Cons. Stato, n. 5130 del 2011; Cons. Stato, n. 2783 del 2004; Cons. Stato, n. 4135 del 2006);

- l'ampia discrezionalità di apprezzamento del Prefetto in tema di tentativo di infiltrazione mafiosa comporta che la sua valutazione sia sindacabile in sede giurisdizionale in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti, mentre al sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità dell'informativa antimafia rimane estraneo l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento (in termini, Cons. Stato, n. 4724 del 2001).

Tale valutazione costituisce espressione di ampia discrezionalità che, per giurisprudenza costante, può essere assoggettata al sindacato del giudice amministrativo solo sotto il profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati (Cons. Stato, n. 7260 del 2010).

Pubblicato il 31/08/2016

N. 03754/2016REG.PROV.COLL.

N. 00579/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 579 del 2015, proposto dal Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro-tempore, e U.T.G. - Prefettura di Milano, in persona del Prefetto pro tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;

contro

la S.r.l. Finteco Lavori, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato - OMISSIS-C.F. PSTDNL74S05E379Y, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Pietro Catone in Roma, Via Asiago, n. 2;

nei confronti di

Il Comune di Cormano ed il Comune di Rivarolo Canavese, in persona dei rispettivi Sindaci p.t., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Lombardia, Milano, Sezione I, n. 1823 dell'11 settembre 2014.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della S.r.l. Finteco Lavori;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2016 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per la parte appellata l'avvocato -OMISSIS-e per il Ministero appellante l'Avvocato dello Stato Maria Vittoria Lumetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con ricorso al T.a.r. per la Lombardia, sede di Milano, n. r.g. 15 del 2014, la società Finteco Lavori S.r.l. (d'ora in avanti, Finteco) impugnava l'informazione antimafia emessa a suo carico dal Prefetto di Milano su richiesta del Comune di Rivarolo Canavese, in data 19 novembre 2013, nonché gli atti con i quali il Comune di Cormano ha disposto il recesso dal contratto di appalto per lavori di manutenzione straordinaria di copertura delle facciate del palazzo comunale, la determinazione con la quale il Comune di Rivarolo Canavese ha revocato l'aggiudicazione dell'appalto di opere da elettricista e il provvedimento dell'Autorità di vigilanza recante annotazione pregiudizievole nel casellario informatico.

2. - La Società ricorrente contestava le risultanze investigative acquisite a suo carico (note del Dipartimento della Pubblica Sicurezza – Direzione Centrale della Polizia Criminale – Servizio Analisi Criminale Gruppo Interforze Ricostruzione Emilia Romagna, n. MI-123-U-GIRER-1-2013-199 del 3 luglio 2013; della Questura di Aosta n. 1011/Antimafia/IIP.876/A/2011 del 26 luglio 2013 e della Direzione Investigativa Antimafia – Centro Operativo di Torino, trasmessa dalla Prefettura di Torino con nota del 29 ottobre 2013).

2.1. - Secondo tali risultanze, «le molteplici sostituzioni degli organi sociali e delle quote societarie, i numerosi rapporti sia economici che personali intrattenuti dalla società in argomento con società e personaggi contigui alla criminalità organizzata, l'attuale convivenza di fatto di R.L.T. con il marito, attualmente sottoposto alla misura alternativa degli arresti domiciliari per violazione dell'art. 416-ter c.p. (scambio elettorale politico mafioso)», integrerebbero «un quadro indiziario complessivo ed elementi tali da far ritenere fondata l'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità organizzata nei confronti della Finteco Lavori S.r.l.».

3. - La ricorrente a sostegno dell'impugnazione deduceva i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 10 della L. n. 241/90 e di ogni norma e principio in materia di garanzie nell'attuazione del contraddittorio procedimentale;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. n. 241/90 ed eccesso di potere per difetto di motivazione;

3) violazione e falsa applicazione degli artt. 84, 67 e 91 del D.lgs. n. 159/2011; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento delle circostanze di fatto ed errore nei presupposti;

4) invalidità derivata degli atti del Comune di Cormano, della Città di Rivarolo Canavese e dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, per violazione e falsa applicazione del D.lgs. n. 159/2011; invalidità propria e derivata per eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento delle circostanze di fatto ed errore nei presupposti;

5) violazione e falsa applicazione dell'art. 107 del D.lgs. n. 267/2000, incompetenza della Giunta comunale di Cormano, violazione e falsa applicazione dello Statuto del Comune di Cormano in ordine alle competenze della Giunta comunale, violazione e falsa applicazione dell'art. 94, comma 3, del D.lgs. n. 159/2011;

3.1.- La ricorrente proponeva anche una domanda risarcitoria.

4. - Con la sentenza n. 1823 del 2014, il T.a.r. adito (previa sospensione degli effetti dell'interdittiva con ordinanza cautelare n. 174 del 2014, confermata in appello, e conseguente ripresa dei lavori) ha ritenuto la propria competenza territoriale in relazione a tutti i provvedimenti impugnati; ha dichiarato la cessata materia del contendere con riferimento alle domande proposte contro il Comune di Cormano, atteso che quest'ultimo, in esecuzione dell'ordinanza cautelare n. 174/2014, ha autorizzato la ripresa dei lavori di cui è causa; ha accolto il ricorso avverso l'informativa del Prefetto per difetto di istruttoria e di motivazione; ha annullato gli atti del Comune di Rivarolo Canavese e dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici; ha rigettato la domanda risarcitoria; ha compensato le spese di giudizio, salvo quelle del contributo unificato.

5. - Con atto notificato in data 16 gennaio 2014, il Ministero ha interposto appello avverso la sentenza.

5.1 - Il Ministero lamenta l'erroneità della decisione per violazione delle norme del codice antimafia, consistente nella inaccettabile equiparazione degli accertamenti del giudice penale strumentali al riconoscimento della colpevolezza degli imputati alle verifiche funzionali alla individuazione di elementi solo indiziari circa il collegamento dell'impresa con organizzazioni criminali.

L'Amministrazione deduce l'inidoneità delle circostanze di fatto valorizzate dalla sentenza impugnata ad inficiare il quadro sintomatico esistente a carico della società.

6. - Si è costituita la società appellata, eccependo la tardività dell'appello, notificato oltre il termine lungo dimezzato di tre mesi per la notifica degli appelli in materia di appalti, e, nel merito, la sua infondatezza.

7. - All'udienza pubblica del 26 maggio 2016, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è fondato.

2. - Preliminarmente, va rigettata l'eccezione di tardività sollevata dall'appellata.

L'appello, notificato in data 12 marzo 2015 al procuratore costituito in primo grado presso il suo studio "nel verde canavese", e all'impresa in data 8 aprile 2015, sarebbe stato proposto oltre il termine semestrale decorrente dalla pubblicazione della sentenza, che scadeva, compreso il periodo feriale di 45 gg. ante riforma, in data 26 febbraio 2015.

In ogni caso, ad avviso dell'appellata, andava applicato il dimezzamento dei termini processuali, tra cui il termine per proporre l'appello, così come in primo grado, secondo le norme del rito appalti di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a..

3. - Rileva il Collegio che dagli atti di causa risulta che in data 16 gennaio 2015 l'atto di appello è stato consegnato all'ufficiale giudiziario per la notifica alla Finteco, presso lo studio dell'Avv.-OMISSIS-di Viale Caldara n. 41 in Milano, domicilio eletto in primo grado, mediante servizio postale, ai sensi dell'art. 149 c.p.c..

Risulta anche che in data 19 gennaio 2015 è stata effettuata la consegna del plico affidato per la notifica, a mezzo del servizio postale, lo stesso 16 gennaio 2015, al comune di Cormano, presso il domicilio eletto, ossia presso gli Avvocati -OMISSIS-e -OMISSIS-in via Filippo Corridoni, n. 39.

Altra copia, ad abundantiam, è stata consegnata all'UNEP per la notifica a mezzo del servizio postale alla Finteco, nella sua sede di via Pantano, n. 15, in Milano, nonché presso la Segreteria del TAR per la Lombardia e presso l'Avvocato -OMISSIS-in via Bastioni n. 2 Rivara (Torino), in data 10 marzo 2015.

E' stata poi richiesta una rinotifica dell'atto di appello in data 3 aprile 2015 alla Finteco, presso la sede di Salassa (Torino) via ex Internati, n. 2.

Ritiene, pertanto, il Collegio che, considerando la prima notifica effettuata il 16/19 gennaio 2015, l'atto di appello sia stato notificato correttamente nel termine semestrale dalla pubblicazione della sentenza impugnata, che scadeva il 26 febbraio 2015.

3.1. - Inoltre, il Collegio rileva che non trova applicazione nella fattispecie l'art. 119, commi 2 e 7, c.p.a., che dimezza i termini per la proposizione dell'appello: infatti, non vengono impugnati, unitamente all'informativa antimafia, atti inerenti alla procedura di gara (ex art. 119, comma 1, lett. a), per i quali sussiste l'interesse pubblico specifico alla sollecita definizione delle relative controversie, sotteso alla disposizione che dimezza i termini processuali.

Nella fattispecie, la fase di affidamento si era in precedenza esaurita con la stipulazione dei contratti oggetto dei contestati atti risolutivi (recesso dal contratto di appalto disposto dal Comune di Cormano e determina di revoca dell'aggiudicazione disposta dal Comune di Rivarolo Canavese).

Poiché gli atti impugnati - unitamente all'informativa - attengono alla fase esecutiva del rapporto, trovano applicazione le regole del rito ordinario (C.d.S., Sezione VI, n. 3999 del 4 luglio 2011).

4. - Nel merito, sono fondate le doglianze del Ministero.

4.1 - Il TAR ha ritenuto che «gli elementi posti a base dell'impugnata informazione interdittiva prefettizia siano privi del necessario carattere dell'oggettiva significatività, sicché il riscontrato pericolo di infiltrazioni mafiose riposa su elementi dubbi e non univoci, che non danno adeguato e preciso conto dei legami e della contiguità con esponenti della criminalità organizzata, incapaci pertanto di corroborare sufficientemente il giudizio di possibilità che l'attività imprenditoriale possa, anche in maniera indiretta, agevolare le attività criminali o esserne in qualche modo condizionata».

Secondo il primo giudice, il Prefetto non avrebbe adeguatamente valutato alcune circostanze di fatto anteriori all'emissione dell'interdittiva e, in particolare, che:

- la Corte di Cassazione penale, Sez. I, con sentenza n. 27655 dell'11 luglio 2012, ha annullato, con rinvio, l'ordinanza n. 1208/2011 del Tribunale della Libertà di Torino, ritenendo non configurabile a carico del ricorrente l'aggravante di cui all'art. 7 del D.L. n. 152/1991 ed esprimendo perplessità in ordine alla stessa possibilità di qualificare il reato ascritto a -OMISSIS- come delitto di cui all'art. 416 - ter c.p.;

- il Tribunale di Torino, Sezione V penale, in data 6 novembre 2012 ha revocato la misura cautelare dell'obbligo di dimora imposta a -OMISSIS-;

- il trasferimento, da parte di M.A., in data 23 luglio 2010, delle proprie quote della Finteco Lavori S.r.l. a V.A., è stato dichiarato inefficace nei confronti della Finteco Lavori S.r.l. a seguito di lodo arbitrale pronunciato su ricorso ex art. 825 c.p.c., proposto il 27 febbraio 2012 da Finteco Lavori S.r.l., da M.A. e da F.Ili -OMISSIS- S.r.l.;

- l'acquisto da parte della Finteco del ramo d'azienda di Foglia Costruzioni S.r.l. è avvenuto tramite procedura fallimentare, nel rispetto della relativa disciplina.

Sicché, il T.a.r. ha concluso nel senso che «la valutazione rimessa alle cure dell'autorità di pubblica sicurezza non risulta congruamente effettuata e si palesa affetta, pertanto, dai denunciati vizi di carenza di istruttoria in ordine ai presupposti legittimanti la misura e di difetto di motivazione».

5. - Il Ministero contesta tali conclusioni e ribadisce che l'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità organizzata si fonda su una pluralità di indizi, indicati nell'annullato provvedimento prefettizio e segnatamente:

- sulle molteplici sostituzioni degli organi sociali e delle quote societarie;

- sui numerosi rapporti sia economici che personali intrattenuti dalla Finteco Lavori S.r.l. con società e personaggi contigui alla criminalità organizzata;

- sull'attuale convivenza di fatto dell'amministratrice della società con il marito -OMISSIS-.

5.1. - La circostanza che la Cassazione nella sentenza n. 27655 dell'11 luglio 2012 abbia escluso l'aggravante di cui all'art. 7 del D.L. 152/1991 (consistente nell'aver commesso il reato di cui all'art. 416 ter c.p. - corruzione elettorale - al fine di agevolare l'associazione mafiosa) e la perplessità espressa in ordine alla possibilità di qualificare il reato ascritto a -OMISSIS- come delitto di cui all'art. 416 ter c.p. costituiscono, secondo il Ministero, indubbiamente, elemento idoneo a far ritenere legittimo l'operato dell'Amministrazione, posto che il reato per cui egli è stato poi condannato (scambio di voti) costituisce in ogni caso un chiaro riscontro della fondatezza del giudizio di condizionamento.

Secondo la giurisprudenza penale, i reati di corruzione elettorale si pongono in un contesto di possibile configurazione di concorso interno o esterno alle finalità politiche-elettorali di associazioni mafiose.

5.2. - Anche il provvedimento del Tribunale di Torino, Sezione V Penale, del 6 novembre 2012, di revoca della misura cautelare dell'obbligo di dimora imposta a -OMISSIS- non può costituire un elemento idoneo a decantare il quadro di forte influenza criminale nel quale si trova inserita la Finteco.

5.3 - Le finalità di deterrenza anticipata dell'informativa antimafia fanno escludere che sia necessario l'accertamento in sede penale - con carattere di certezza e definitività - della collusione e della cointeressenza con la malavita: da qui l'irrilevanza delle risultanze cui è pervenuta la Cassazione penale nella richiamata sentenza.

5.4. - A ulteriore sostegno delle proprie argomentazioni, il Ministero cita l'Osservatorio centrale sugli appalti della Direzione investigativa antimafia, che, con riferimento alla compravendita di quote societarie della Finteco a favore di -OMISSIS-., effettuata in data 5 agosto 2012, ha rilevato come con l'anzidetta operazione di cessione sia stato posto in essere un tentativo di eludere la normativa antimafia, attraverso l'intestazione fittizia di quote ad un terzo non riconducibile alla famiglia -OMISSIS-., tentando l'acquisizione di lavori pubblici di manutenzione elettrica presso il Comune di Rivarolo Canavese.

5.5. - L'elusione della normativa per l'affidamento degli appalti parrebbe riproporsi con l'acquisizione delle quote da parte di -OMISSIS-., moglie di -OMISSIS-., di fatto con lo stesso convivente.

5.6. - Il Ministero deduce ancora che l'equivalenza del prezzo di acquisto e di vendita dell'intero capitale della Finteco (euro 15.000) ha escluso ogni profitto a favore del -OMISSIS-.; sicchè le operazioni di cessione del luglio 2012 e del giugno 2013 costituiscono, di fatto, parte di un piano preordinato volto ad aggirare la normativa antimafia, tendendo all'acquisizione dei lavori pubblici di manutenzione elettrica presso il Comune di Rivarolo Canavese in seguito aggiudicati.

La prima operazione a favore del-OMISSIS-. è avvenuta quando -OMISSIS-., amministratore unico e titolare del 95% del capitale della Fratelli -OMISSIS-. srl, si trovava a convivere stabilmente con il -OMISSIS-. che, all'epoca, era agli arresti domiciliari.

Inoltre, le quote di-OMISSIS-. sono state interamente riacquistate dalla Ruat. solo in seguito alla sentenza della Cassazione che ha escluso la configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 7 D.L. 152/1991.

5.7 - Il Ministero deduce l'irrilevanza ai fini dell'informativa dell'ulteriore elemento considerato dal primo giudice, ovvero l'acquisto mediante procedura fallimentare del ramo di azienda di Fogl. Costruzioni s.r.l., atteso il complessivo contesto illecito in cui versano le società e i loro amministratori e la serie di collegamenti sintomatici della permeabilità delle società stesse all'infiltrazione criminale.

5.8. - Del pari, non ha rilevanza secondo il Ministero che il trasferimento di quote della Finteco da -OMISSIS-. Alb. a -OMISSIS-. sia stato dichiarato inefficace nei confronti della Finteco a seguito di lodo arbitrale.

5.9. - Né a conclusioni diverse potrebbe giungersi in relazione alle circostanze sopravvenute nelle more del giudizio: la sentenza della Cassazione n. 27655 del 2012 di cui si è detto; la sentenza del 22 novembre 2013 del Tribunale di Torino, in sede di rinvio, che ha riqualificato il reato attribuito al -OMISSIS-. contestandogli la diversa ipotesi delittuosa del 'voto di scambio' (non risultando la prova della dazione del denaro), ipotesi che non risulta contemplata tra quelle tipizzate di cui all'art. 10 DPR 252 cit.

Il Ministero osserva, a tal proposito, che il reato attribuito al -OMISSIS-. è comunque sintomatico della disponibilità dell'uomo politico a venire a patti con la consorte mafiosa, in vista del concreto adempimento dell'impegno assunto in cambio dell'appoggio elettorale.

6. - Il Collegio condivide le considerazioni del Ministero appellante circa l'inidoneità dei fatti sopra puntualmente richiamati, considerati decisivi dal primo giudice ai fini dell'annullamento dell'informativa impugnata, ad inficiare il valore complessivamente sintomatico degli elementi posti a base dell'informativa.

7. - E' opportuno ricordare che, secondo la più recente giurisprudenza di questa Sezione, in materia trovano applicazione i seguenti principi (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743):

- l'informativa antimafia, ai sensi degli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, del d. lgs. n. 159/2011, presuppone «concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata»;

- quanto alla ratio dell'istituto dell'interdittiva antimafia, si tratta di una misura volta - ad un tempo - alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica Amministrazione: l'interdittiva antimafia comporta che il Prefetto escluda che un imprenditore - pur dotato di adeguati mezzi economici e di una adeguata organizzazione - meriti la fiducia delle Istituzioni (vale a dire che risulti 'affidabile') e possa essere titolare di rapporti contrattuali con le pubbliche Amministrazioni o degli altri titoli abilitativi, individuati dalla legge;

- ai fini dell'adozione del provvedimento interdittivo, rileva il complesso degli elementi concreti emersi nel corso del procedimento: una visione 'parcellizzata' di un singolo elemento, o di più elementi, non può che far perdere a ciascuno di essi la sua rilevanza nel suo legame sistematico con gli altri;

- è estranea al sistema delle informative antimafia, non trattandosi di provvedimenti nemmeno latamente sanzionatori, qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio (né - tanto meno - occorre l'accertamento di responsabilità penali, quali il 'concorso esterno' o la commissione di reati aggravati ai sensi dell'art. 7 della legge n. 203 del 1991), poiché simile logica vanificherebbe la finalità anticipatoria dell'informativa, che è quella di prevenire un grave pericolo e non già quella di punire, nemmeno in modo indiretto, una condotta penalmente rilevante;

- il rischio di inquinamento mafioso deve essere valutato in base al criterio del più 'probabile che non', alla luce di una regola di giudizio, cioè, che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, qual è, anzitutto, anche quello mafioso;

- pertanto, gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione;

- quanto ai rapporti di parentela tra titolari, soci, amministratori, direttori generali dell'impresa e familiari che siano soggetti affiliati, organici, contigui alle associazioni mafiose, l'Amministrazione può dare loro rilievo laddove tale rapporto, per la sua natura, intensità, o per altre caratteristiche concrete, lasci ritenere, per la logica del 'più probabile che non', che l'impresa abbia una conduzione collettiva e una regia familiare (di diritto o di fatto, alla quale non risultino estranei detti soggetti) ovvero che le decisioni sulla sua attività possano essere influenzate, anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contatto col proprio congiunto;

- nei contesti sociali in cui attecchisce il fenomeno mafioso, all'interno della famiglia si può verificare una 'influenza reciproca' di comportamenti e possono sorgere legami di cointeressenza, di solidarietà, di copertura o quanto meno di soggezione o di tolleranza;

- una tale influenza può essere desunta non dalla considerazione (che sarebbe in sé errata e in contrasto con i principi costituzionali) che il parente di un mafioso sia anch'egli mafioso, ma per la doverosa considerazione, per converso, che la complessa organizzazione della mafia ha una struttura clanica, si fonda e si articola, a livello particellare, sul nucleo fondante della 'famiglia', sicché in una 'famiglia' mafiosa anche il soggetto che non sia attinto da pregiudizio mafioso può subire, nolente, l'influenza del 'capofamiglia' e dell'associazione;

- hanno dunque rilevanza circostanze obiettive (a titolo meramente esemplificativo, ad es., la convivenza, la cointeressenza di interessi economici, il coinvolgimento nei medesimi fatti, che pur non abbiano dato luogo a condanne in sede penale) e rilevano le peculiari realtà locali, ben potendo l'Amministrazione evidenziare come sia stata accertata l'esistenza - su un'area più o meno estesa - del controllo di una 'famiglia' e del sostanziale coinvolgimento dei suoi componenti (a fortiori se questi non risultino avere proprie fonti legittime di reddito).

7.1. - A questi principi enucleati di recente dalla Sezione, occorre aggiungere quelli che sono stati costantemente affermati dalla giurisprudenza:

- non è richiesta la prova dell'attualità delle infiltrazioni mafiose, dovendosi solo dimostrare la sussistenza di elementi dai quali è deducibile - secondo il principio del 'più probabile che non' - il tentativo di ingerenza, o una concreta verosimiglianza dell'ipotesi di condizionamento sulla società da parte di soggetti uniti da legami con cosche mafiose, e dell'attualità e concretezza del rischio (Cons. Stato, Sez. III, 5 settembre 2012, n. 4708; Cons. Stato n. 3057/10; 1559/10; 3491/09);

- la valutazione del pericolo di infiltrazioni mafiose, di competenza del Prefetto, è connotata, per la specifica natura del giudizio formulato, dall'utilizzo di peculiari cognizioni di tecnica investigativa e poliziesca, che esclude la possibilità per il giudice amministrativo di sostituirvi la propria, ma non impedisce ad esso di rilevare se i fatti riferiti dal Prefetto configurino o meno la fattispecie prevista dalla legge e di formulare un giudizio di logicità e congruità con riguardo sia alle informazioni acquisite, sia alle valutazioni che il Prefetto ne abbia tratto (Cons. Stato, n. 5130 del 2011; Cons. Stato, n. 2783 del 2004; Cons. Stato, n. 4135 del 2006);

- l'ampia discrezionalità di apprezzamento del Prefetto in tema di tentativo di infiltrazione mafiosa comporta che la sua valutazione sia sindacabile in sede giurisdizionale in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti, mentre al sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità dell'informativa antimafia rimane estraneo l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento (in termini, Cons. Stato, n. 4724 del 2001).

Tale valutazione costituisce espressione di ampia discrezionalità che, per giurisprudenza costante, può essere assoggettata al sindacato del giudice amministrativo solo sotto il profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati (Cons. Stato, n. 7260 del 2010).

8. - Alla luce di tali criteri, il Collegio ritiene che:

- sia irrilevante la circostanza che la sentenza della Corte di Cassazione n. 27655 dell'11 luglio 2012 abbia ritenuto non configurabile l'aggravante di cui all'art. 7 del D.L. n. 152/1991;

- sia irrilevante che il Tribunale di Torino, Sezione V penale in data 6 novembre 2012 abbia revocato la misura cautelare dell'obbligo di dimora imposta allo stesso -OMISSIS-;

- sia irrilevante che il trasferimento di quote della società da -OMISSIS-. Alb. a -OMISSIS-. sia stato dichiarato inefficace nei confronti della stessa Finteco s.r.l.;

- sia irrilevante che l'acquisto da parte di Finteco del ramo di azienda di Fog. Costruzioni s.r.l. sia avvenuto tramite procedura fallimentare;

- sia irrilevante che il reato attribuito al -OMISSIS-. sia stato riqualificato in voto di scambio (art. 96 DPR 30 marzo 1957, n. 361);

8.1. - Il contesto di criminalità organizzata in cui si è consumato il reato per cui il -OMISSIS-. (marito convivente dell'attuale amministratrice della Finteco) ha riportato condanna, unitamente alle vicende di cessione di quote della società a terzi e di trasferimento dell'intero capitale sociale e della carica di

amministratore unico in favore di -OMISSIS-, sono elementi sufficienti a far ritenere sorretta da idonea motivazione e istruttoria la valutazione compiuta dal Prefetto di Milano.

9. - In conclusione, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, vanno respinte le censure formulate in primo grado avverso gli atti impugnati.

10. - Le spese dei due gradi di giudizio si compensano tra le parti, in considerazione della complessità della vicenda.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 579 del 2015, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l'effetto, in riforma della sentenza del T.a.r. Lombardia, sede di Milano, n. 1823 dell'11 settembre 2015 appellata, dichiara la legittimità degli atti impugnati.

Spese compensate dei due gradi.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità, nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare i soggetti privati.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2016, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Paola Alba Aurora Puliatti Luigi Maruotti

Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia Sezione giurisdizionale 23/8/2016 n. 275

N. 00275/2016REG.PROV.COLL.

N. 00911/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 911 del 2015, proposto dalla Impresa Ge.S.P.I. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Ignazio Scuderi, con domicilio eletto presso Maria Beatrice Miceli in Palermo, V. Nunzio Morello 40;

contro

Autorità Portuale di Augusta, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso la quale è domiciliata in Palermo, via De Gasperi 81;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA - SEZ. STACCATA DI CATANIA, Sez. III, n. 1439/2015, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale di Augusta;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 luglio 2016 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti l'avv. C.

Barreca su delega dell'avv. I. Scuderi, nonché l'avv. dello Stato Ciani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 La GE.S.P.I. s.r.l., concessionaria del servizio di raccolta dei rifiuti provenienti da cucina, cambusa, alloggi e pulitura di cisterne delle navi in sosta nell'ambito portuale di Augusta e relativo specchio acqueo, da ultimo giusta rinnovo del titolo mediante concessione provvisoria n. 05/2013 del 18 novembre 2013 rilasciata dalla locale Autorità Portuale, proponeva ricorso al T.A.R. per la Sicilia – Sezione di Catania per l'annullamento del nuovo bando di gara pubblicato dalla stessa Autorità il 25 luglio 2014, con il quale tale Stazione appaltante aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento in concessione, per un periodo di 48 mesi, del servizio

di raccolta, trasporto e recupero/smaltimento dei rifiuti solidi pericolosi e non, e dei residui del carico, prodotti dalle navi approdanti nel medesimo Porto.

La ricorrente impugnava anche il disciplinare e relativo capitolato speciale, nonché la comunicazione dell'Autorità Portuale del 12 settembre 2014 recante risposte di chiarimento sui quesiti avanzati da essa società.

A fondamento del ricorso venivano articolate le seguenti censure:

- 1) violazione dei principi desumibili dagli artt. 1 e 3 della legge n. 241/1990; violazione dei principi desumibili dall'art. 5 del d.lgs. n. 182/2003 e dal suo allegato 1;
- 2) violazione dei principi desumibili dall'art. 26, comma 3, del d.lgs n. 81/2008; violazione dei principi desumibili dall'art. 68 e dell'allegato VIII del d.lgs. n. 163/2006;
- 4) violazione dei principi desumibili dall'allegato IV, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 182/2003;
- 5) mancata distinzione tra rifiuti mensa e cucina e rifiuti speciali; carenze piano tariffario;
- 6) violazione dei principi desumibili dall'art. 80 del d.lgs. n. 163/2006;
- 7) violazione dell'art. 71, comma 2, d.lgs n. 163/2006;
- 8) violazione dell'art. 132 d.lgs. n. 163/2006; contrarietà al principio di ragionevolezza.

I motivi dedotti riguardavano, tra l'altro: l'assenza di un piano di raccolta e di gestione dei rifiuti aggiornato, che avrebbe costituito il presupposto logico per l'indizione della procedura di gara; l'omessa predisposizione del DUVRI, e quindi la mancata indicazione degli oneri fissi per la sicurezza, in ritenuto contrasto con l'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008; l'omessa indicazione della tariffa fissa per le attività di raccolta e smaltimento rifiuti, omissione che avrebbe reso impossibile formulare un'offerta consapevole; l'omessa distinzione del piano tariffario tra rifiuti mensa e rifiuti speciali, omissione che parimenti avrebbe precluso la formulazione di un'offerta consapevole; la violazione dell'art. 80 del Codice sulla mancata indicazione delle relative spese; l'illegittima previsione del capitolato speciale (art. 2) per cui il concessionario si sarebbe obbligato ad adeguarsi alla revisione delle tariffe e alle modifiche risultate necessarie a seguito dell'aggiornamento del piano rifiuti.

Alla pubblicazione del bando di gara seguiva, nel frattempo, anche la presentazione di offerte da parte della medesima soc. GESPI e di altro concorrente.

L'Amministrazione intimata si costituiva in giudizio in resistenza al ricorso chiedendone il rigetto.

2 All'esito del giudizio di primo grado il Tribunale adito con la sentenza n. 1439/2015 in epigrafe respingeva il gravame, giudicato infondato.

Il T.A.R., in particolare: con riferimento a taluni dei vizi denunciati - quali l'omessa predisposizione del DUVRI, l'omessa distinzione tra rifiuti mensa e rifiuti speciali, la mancanza di un piano tariffario - escludeva che essi avessero una connotazione e un effetto escludente; in relazione ad altri, escludeva che fossero tali da inficiare lo svolgimento della gara, attenendo piuttosto alla fase esecutiva dell'affidamento (come nel caso dell'ottavo motivo, sulla possibilità di procedere alla revisione delle tariffe).

3 Seguiva avverso tale sentenza la proposizione del presente appello da parte della società soccombente, che contestava il rigetto da parte del Tribunale delle proprie censure reiterandole.

L'Amministrazione si costituiva in giudizio con atto di mero stile.

4 Questo Consiglio con la sentenza parziale 13 aprile 2016 n. 86, nel mentre disponeva incumbenti istruttori con riferimento al secondo e terzo motivo d'appello, chiedendo alla Stazione appaltante una relazione di chiarimenti, respingeva i restanti mezzi.

L'Autorità portuale rendeva i chiarimenti richiesti con documentazione pervenuta il 5 maggio 2016.

L'appellante con successiva memoria riprendeva le proprie deduzioni e insisteva per l'accoglimento dell'appello.

Alla pubblica udienza del 26 luglio 2016 la causa è stata quindi nuovamente trattenuta in decisione.

5 L'appello è infondato anche per la parte che rimane da decidere dopo le statuizioni che il Consiglio ha già emesso con la sentenza parziale n. 86/2016.

6a Sviluppando gli spunti già espressi nella precedente decisione giova ricordare che, secondo l'impostazione corrente in giurisprudenza, l'impugnazione immediata degli atti d'indizione delle gare pubbliche è ammessa quando si lamenti che le loro clausole impediscano una corretta e consapevole elaborazione della proposta individuale, pregiudicando così il corretto esplicarsi della gara.

Più in dettaglio, una situazione siffatta può essere riscontrata dinanzi a clausole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile, o impongano obblighi contrari alla legge, o prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta, ma altresì in presenza di disposizioni abnormi o illogiche che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, o davanti a condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente, o infine al cospetto di gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (C.d.S., III, 23 gennaio 2015, n. 293; in termini, V, 18 giugno 2015, n. 3104; analogamente, nel senso dell'immediata impugnabilità dell'atto indittivo la cui genericità impedisca la formulazione delle offerte e l'individuazione dei parametri del giudizio della Commissione, v. sez. III, 19 febbraio 2016, n. 697; nel senso che l'onere di un ricorso immediato sorge anche in relazione alle clausole che impongano oneri incomprensibili o manifestamente sproporzionati, come tali immediatamente ostativi alla partecipazione alla gara, oppure, ancora, rechini criteri selettivi inapplicabili o criteri di valutazione incongrui e fonti d'incertezza e di imprevedibili effetti distorsivi sul contenuto dell'offerta, v. IV, 26 febbraio 2014, n. 936, e infine 13 marzo 2014, n. 1243).

6b Occorre però osservare sin d'ora che le indicazioni giurisprudenziali identificative dei casi d'immediata impugnabilità del bando vanno applicate con il necessario metro di rigore, per evitare sovvertimenti, in questa materia, del rapporto tra la regola generale e la sua eccezione: sicché gli elementi di difficoltà, lacunosità, genericità o irragionevolezza eventualmente addebitabili alla legge di gara devono essere appunto rivestiti, all'indicato fine di poter giustificare un'impugnativa immediata, di un'incidenza tale da inficiare alla radice la partecipazione alla gara stessa.

La regola generale al cospetto di un bando di gara non è infatti quella della libera impugnabilità immediata della relativa *lex specialis*, e perciò di una generalizzata valutabilità *ex ante* della legittimità dell'assetto impresso alle procedure dell'evidenza pubblica.

La regola di principio in questa materia rimane, invece, quella esattamente opposta.

6c Da qui la conseguenza che chi agisca in giudizio avverso l'atto indittivo di una procedura contrattuale lamentandone un effetto lesivo immediato è gravato normalmente, sul punto, di un onere di dimostrazione

dell'allegata lesione, il quale reclama di essere adempiuto facendo constare come la legge di gara impedisca ogni seria partecipazione alla selezione appena indetta.

6d Non pare dubbio, inoltre, che tale onere diventi vieppiù imperioso quando chi abbia proposto un simile ricorso, in seguito, contraddicendo almeno in apparenza la propria impostazione, si determini a partecipare alla medesima gara, il che è quanto nella specie avvenuto.

Questo soprattutto perché la partecipazione concreta alla procedura non è agevole da conciliare con una tesi di fondo, quale quella dell'odierna ricorrente, imperniata sull'inidoneità della legge di gara a permettere agli operatori di formulare offerte ponderate, serie e concorrenziali.

6e Nell'interpretazione della vicenda sub *judice* non è infine priva di rilievo la circostanza che l'odierna ricorrente, quale gestore uscente del servizio, avesse un evidente interesse a conservare il più possibile tale posizione (da ultimo conferitagli proprio fino all'individuazione del nuovo affidatario mediante procedura concorsuale): da qui l'oggettiva attitudine strumentale e dilatoria del suo ricorso, proposto contro l'indizione della nuova procedura, al mantenimento del precedente affidamento.

E anche questo dato suggerisce un metro di rigore nel verificare l'adempimento dell'onere della ricorrente di dimostrare l'immediatezza della lesività degli atti indittivi della nuova procedura secondo i criteri oggettivi già esposti.

7 Alla luce di questi principi può dunque procedersi all'esame del secondo motivo d'appello, che verte sulla dedotta violazione dell'art. 26 del d.lgs. n. 81/2006 in ragione dell'omessa predisposizione, da parte della Stazione appaltante, del DUVRI e quindi degli oneri fissi per la sicurezza derivanti da rischi da interferenza.

7a Il Collegio in occasione della propria decisione parziale ha già osservato in proposito quanto segue.

Nella fattispecie "si controverte in ordine all'affidamento di una concessione di servizi (cui non si applicano le disposizioni del Codice dei contratti se non nei limiti di cui all'art. 30 del Codice o di quelle espressamente richiamate dal bando), laddove invece l'art. 26 del d.lgs. 81/2008 fa riferimento letteralmente alla tipologia dell'appalto. La differenza potrebbe essere rilevante sulla base della nota distinzione tra concessione ed appalto, incentrata sull'elemento del rischio posto, nel primo a caso, integralmente a carico del concessionario."

Nell'occasione è stata posta in evidenza, inoltre, e soprattutto, la chiara previsione contenuta nell'art. 9 del capitolato speciale dell'Autorità portuale, "dove l'obbligo di dotarsi del documento sulla valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute (DUVRI) è posto testualmente a carico del (solo) concessionario e non (anche) del concedente."

7b L'Autorità portuale nell'evadere la richiesta di chiarimenti indirizzata dal Consiglio ha ulteriormente rimarcato l'univocità dell'indicazione della propria *lex specialis* sul punto, ribadendo il proprio orientamento circa l'imputazione proprio a carico della futura concessionaria dell'onere di redigere e aggiornare i piani di sicurezza.

Negli stessi chiarimenti è stato osservato, in particolare, che "la ricorrente ha formulato e presentato la propria offerta per la partecipazione alla gara, e ancora prima ha eseguito così come oggi esegue il servizio, quale titolare della concessione, senza avere o aver avuto nulla in tal senso a che pretendere o lamentare, e che pertanto questa amministrazione anche in ragione dell'esperienza maturata con la parte ricorrente,

attuale concessionaria società Gespi, ha ritenuto corretti e completi gli elementi forniti in fase di gara ai fini della formulazione dell'offerta".

E' stato precisato, infine, che il richiamo al "particolare ambiente di lavoro" rinvenibile nell'art. 9 del capitolato speciale si ricollegava alla previsione della messa a disposizione del concessionario di un'area demaniale di mq 500.

7c A conferma dell'univocità della legge di gara in argomento va altresì ricordato che un mese prima della proposizione del ricorso introduttivo dinanzi al T.A.R. la soc. GESPI aveva sottoposto alla Stazione appaltante una richiesta di chiarimenti sollevando, tra le altre, anche la problematica in esame (quesito n. 2): ma la sollecita risposta dell'Amministrazione aveva appunto richiamato senza incertezza le disposizioni dettate dal già citato art. 9 del capitolato.

7d Al cospetto delle previsioni della lex specialis -e in disparte, naturalmente, il tema di merito della loro intrinseca legittimità- risulta, allora, arduo comprendere come la soc. GESPI possa lamentare, sotto il profilo in esame, di aver patito in forza dell'indizione della gara in discussione una lesione immediata del proprio interesse partecipativo.

Il T.A.R., d'altra parte, proprio su questa circostanza ha posto l'accento allorché ha osservato -per quanto sinteticamente- che "in ogni caso quanto attribuito all'Amministrazione non ha nessuna connotazione escludente, tant'è che non si è avverato quanto paventato da parte ricorrente atteso che la stessa ha presentato regolare offerta nella gara in questione".

Questo capo di decisione è rimasto però privo di una puntuale confutazione.

L'appellante si è trincerato dietro l'apodittico assunto che non si sarebbe potuto affidare al concessionario, "che non conosce nel dettaglio le interferenze esistenti ed i soggetti operanti all'interno dell'area", l'individuazione postuma degli oneri di sicurezza da interferenza.

Ma questa affermazione, per il fatto di pervenire proprio dal gestore uscente del servizio, che oltretutto lo disimpegnava già da una decina di anni, non può essere reputata sufficiente a far ritenere adempiuto da parte sua l'onere di dimostrare come la norma della lex specialis impedisse di formulare offerte ponderate, serie e concorrenziali, precludendo una seria partecipazione alla procedura.

Tanto più se a quanto detto si aggiunge che la stessa GESPI, in pari tempo, ha fatto seguito al bando regolarmente presentando la propria offerta.

La società non ha fornito, difatti, nemmeno un principio di persuasiva spiegazione circa il modo in cui essa abbia affrontato e potuto ovviare all'ostacolo denunciato nel proprio motivo di ricorso, in modo tale da poter dimostrare, come sarebbe stato suo onere fare, le caratteristiche di radicalità e sostanziale insuperabilità che l'ostacolo stesso avrebbe dovuto presentare per potersene inferire la lesività immediata del bando.

7e Ne consegue il rigetto di questo primo motivo d'appello.

8 La stessa conclusione s'impone, per ragioni simili, anche per il mezzo successivo.

8a Il contenuto di tale doglianza è stato così ricostruito in occasione della precedente decisione parziale.

"La censura investe il regime tariffario applicabile ai rifiuti prodotti dalle navi e muove dall'assunto che l'Autorità portuale avrebbe omesso di indicare la quota fissa della tariffa, da far pagare alle navi che approdano nel porto indipendentemente dall'effettivo utilizzo degli impianti di raccolta, commisurata in modo

da coprire almeno il 35% dei costi; così violando la direttiva 2000/59/CE e il d.lgs. 182/2003, da un lato, e impedendo ai potenziali concorrenti di presentare un'offerta consapevole, dall'altro.

Il Tar ha giudicato il motivo infondato sul rilievo che l'impianto di raccolta e trattamento dei rifiuti non sia di proprietà dell'Autorità portuale, seguendo un ragionamento che l'appellante sottolinea essere stato in passato disatteso dal Ministero dell'Ambiente in un parere del 3.12.2008, prodotto in atti, e che non sarebbe conforme al diritto dell'Unione e alle finalità della direttiva. Sicché si chiede la disapplicazione della normativa interna, ove sia da intendere nel senso ritenuto dal Giudice di primo grado o, in subordine, che la questione sia rimessa alla Corte di Giustizia."

Questo Consiglio ha quindi già sottolineato anche come il nucleo della censura risieda nel dato testuale di *lex specialis* che non menziona la componente fissa della tariffa e, per questo, "non offrirebbe ai potenziali concorrenti un valido parametro per la formulazione della loro offerta economica."

8b Le parti in controversia convengono, peraltro, proprio sul punto che la disciplina di gara non contempli la suddetta quota fissa della tariffa, ma solo componenti variabili in ragione essenzialmente delle tipologie e dei quantitativi dei rifiuti conferiti (cfr. l'art. 6 del capitolato speciale).

La relativa disciplina testuale a base della procedura può perciò essere considerata, in se stessa, sufficientemente chiara.

8c L'impostazione così adottata dalla Stazione appaltante viene da essa giustificata nel merito richiamando la circostanza che l'impianto di raccolta e trattamento dei rifiuti è ubicato in area privata e non di proprietà dell'Autorità portuale.

8d Osserva il Collegio, tuttavia, che, prima di poter valutare se l'interpretazione così seguita dall'appellata sia legittima, occorre anche in questo caso verificare se la relativa contestazione mossa dalla soc. GESPI sia ammissibile. E la risposta a tale interrogativo, alla luce dei principi sopra esposti, dev'essere anche in questo frangente negativa, con la conseguenza che nemmeno questo motivo d'impugnazione è suscettibile di trovare scrutinio in questa sede.

8e Dinanzi alla doglianza va ripetuta, infatti, la constatazione del mancato adempimento, da parte della ricorrente, del proprio onere di dimostrare come la norma della legge di gara realmente impedisse di formulare offerte ponderate, serie e concorrenziali, precludendo una seria partecipazione alla procedura. Non è in discussione il fatto che nemmeno nel periodo di gestione del servizio già disimpegnata dalla ricorrente fosse contemplata quella quota fissa della tariffa della quale viene ora lamentata la mancanza. La ricorrente dovrebbe quindi essa per prima ben conoscere il funzionamento teorico e pratico di una simile impostazione della tariffazione, così come le sue implicazioni concrete.

D'altra parte, si è già ampiamente visto come la società abbia, nello specifico, puntualmente presentato la propria offerta. E in premessa è pure emersa la sufficiente chiarezza della legge di gara cui il Seggio dovrà uniformarsi nel condurre la procedura contrattuale.

L'assunto di parte che il vizio dedotto sarebbe stato ostativo allo svolgimento della procedura è rimasto dunque indimostrato anche per questo aspetto.

9 In conclusione l'appello risulta nel suo insieme infondato, e deve quindi essere respinto, anche per quanto rimaneva da decidere dopo la sentenza parziale n. 86/2016.

La decisione di prime cure può pertanto trovare conferma, pur con motivazione integrata dalle considerazioni svolte dal Consiglio in occasione delle proprie pronunce.

Il seguente dispositivo pone le spese processuali del presente grado di giudizio a carico della ricorrente secondo la regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge anche per quanto residuava da decidere dopo la sentenza parziale n. 86 del 2016.

Condanna la società appellante al rimborso alla parte appellata delle spese processuali del presente grado di giudizio, che liquida nella misura complessiva di euro tremila oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Palermo nella Camera di consiglio del giorno 26 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente FF

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Alessandro Corbino, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Nicola Gaviano

Hadrian Simonetti

Consiglio di Stato sez. V 16/8/2016 n. 3638

Publicato il 16/08/2016

N. 03638/2016REG.PROV.COLL.

N. 05578/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 5578 del 2014, proposto da società Oberosler Cavalier Pietro s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale Capogruppo di R.T.I., R.T.I.- CCC -Consorzio Cooperative Costruzioni soc.coop., R.T.I. -Collini Lavori s.p.a., R.T.I. -Consorzio Lavoro Ambiente, rappresentati e difesi dagli avvocati Daniela Anselmi, Francesco Vagnucci e Arturo Cancrini, con domicilio eletto presso Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo 101; R.T.I. -Covi Costruzioni s.r.l., R.T.I. -Misonel s.r.l., R.T.I. -Tassullo Materiali s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Arturo Cancrini, Daniela Anselmi e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo 101
contro

Provincia Autonoma di Trento- Agenzia Provinciale per gli Appalti e i Contratti – Ufficio Gestione Lavori Pubblici, Cassa Edile della Provincia Autonoma di Trento non costituiti in giudizio;

INPS -Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso per legge dagli avvocati Antonino Sgroi, Lelio Maritato, Carla D'Aloisio, Emanuele De Rose, Giuseppe Matano e Ester Sciplino, domiciliato in Roma, via Cesare Beccaria, 29;

INAIL - Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul lavoro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Lorella Frasca e Giandomenico Catalano, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale dell'INAIL in Roma, via IV Novembre, 144

nei confronti di

Gruppo Adige Bitumi s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Vittorio Domenichelli e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

Maurizio Postal, Lago Rosso Soc. Coop., Benedetti s.r.l.;

Carron Cavalier Angelo s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Sartorato e Domenico Dodaro, con domicilio eletto presso Domenico Dodaro in Roma, via Giulio Caccini, 1

per la riforma della sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, n. 305/2014

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'INPS -Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, dell'INAIL - Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro, del Gruppo Adige Bitumi s.p.a. e della Carron Cav.Angelo s.p.a.

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Vagnucci, Maritato, Matano, Frascaonà, Scafarelli (per delega dell'avvocato Domenichelli) e Sartorato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Le vicende relative al ricorso in epigrafe possono essere così descritte.

Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento e recante il n. 326/2013 la Oberosler Cavalier Pietro s.p.a., premesso di aver partecipato alla gara indetta dalla Provincia autonoma di Trento per la realizzazione della circonvallazione dell'abitato di Cles sulla s.s. 43 della Val di Non e di essersi classificata al primo posto della graduatoria finale, ha impugnato gli atti con cui l'amministrazione appellata ha deciso di revocare l'aggiudicazione in suo favore (determinazione 15 novembre 2013, n. 17) e di affidare l'appalto ad altra concorrente.

I provvedimenti impugnati in primo grado erano motivati sulla base di un grave inadempimento contributivo riferibile alla società Tassullo Materiali s.p.a., cooptata ai sensi del comma 5 dell'articolo 92 del d.P.R. 5 ottobre 2010 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante 'Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE').

Tale inadempimento era emerso a seguito dell'acquisizione del documento unico di regolarità contributiva (D.U.R.C.) 24 maggio 2013, prot. n. 24765031, relativo appunto alla Tassullo: in tale certificato si rilevava come quest'ultima, alla data del 2 ottobre 2012, termine ultimo per la presentazione delle offerte, risultasse irregolare nel versamento dei contributi, per un importo di euro 119.431, regolarizzato soltanto il successivo 1 marzo 2013.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa ha dichiarato il ricorso improcedibile in relazione alla domanda di accesso articolata ai sensi dell'articolo 116, comma 2, Cod. proc. amm. e lo ha respinto per il resto.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla Oberosler Cavalier Pietro s.p.a. la quale ne ha chiesto la riforma articolando plurimi motivi (dapprima proposti avverso il dispositivo e, successivamente, avverso le motivazioni della decisione medio tempore pubblicate).

Con il primo dei motivi articolati avverso le motivazioni della sentenza in epigrafe, la Oberosler ha lamentato che il primo Giudice avrebbe erroneamente affermato la legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara e di annullamento dell'aggiudicazione in proprio favore.

In tal modo decidendo il primo giudice avrebbe ommesso di valutare l'intervenuta violazione dei principi di eguaglianza, di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione.

Avrebbe altresì erroneamente interpretato ed applicato l'articolo 38, comma 1, lettere i) ed l) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 in relazione al possesso da parte della mandante Tassullo del requisito della regolarità contributiva e, più in generale, del requisito della moralità professionale necessario per partecipare alle pubbliche gare di appalto.

Ed ancora, la sentenza in epigrafe sarebbe meritevole di riforma per avere il primo giudice violato il decreto ministeriale in data 24 ottobre 2007, nonché l'articolo 31, comma 8 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69.

Inoltre, il primo giudice avrebbe erroneamente ommesso di considerare che i provvedimenti impugnati in primo grado fossero illegittimi per carenza e lacunosità dell'istruttoria, per difetto ed illogicità della motivazione, per sviamento, per difetto di proporzionalità e per ingiustizia manifesta.

Con il secondo motivo di appello la Oberosler lamenta che il primo giudice avrebbe ommesso di apprezzare:

- la violazione commessa dalla Provincia autonoma di Trento dei principi di uguaglianza, di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione;
- la violazione e/o la falsa applicazione degli articoli 48 e 75 del decreto legislativo n. 163 del 2006, nonché dell'articolo 41 della legge provinciale n. 26 del 1993.
- l'eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, illogicità della motivazione, sviamento, irragionevolezza e difetto di proporzionalità.

Si è costituito in giudizio il Gruppo Adige Bitumi s.p.a. il quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Si è altresì costituita in giudizio la Carron Cav. Angelo (d'ora in poi: 'la Carron') la quale, premesso di essere affittuaria e promissaria acquirente del ramo d'azienda costruzioni della Adige Bitumi, ha concluso nel senso della inammissibilità, della improcedibilità e/o dell'infondatezza dell'appello.

Si è costituito in giudizio l'INAIL (Istituto Nazionale per Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro) il quale ha chiesto "la conferma dell'accertamento della piena legittimità dell'operato dell'Inail e dei provvedimenti emessi dall'Istituto".

Si è poi costituito in giudizio l'INPS (Istituto Nazionale della Previdenza Sociale) il quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Con ordinanza n. 3118/2014 questo Consiglio ha accolto l'istanza di sospensione cautelare degli effetti della sentenza in epigrafe, limitatamente al profilo dell'escussione della cauzione provvisoria da parte della stazione appaltante.

Alla pubblica udienza del 12 maggio 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello n. 5578/2014 proposto dalla Oberosler Cavalier Pietro s.p.a. (la quale aveva partecipato alla gara indetta dalla Provincia autonoma di Trento per la realizzazione della circonvallazione dell'abitato di Cles sulla s.s. 43 della Val di Non e si era classificata al primo posto della graduatoria finale) avverso la sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento con cui è stato respinto il ricorso con cui l'amministrazione provinciale ha disposto la sua esclusione dalla gara a causa di una irregolarità contributiva attribuibile a una sua cooptata (la Tassullo Materiali).

2. L'appello è infondato.

L'esclusione dalla gara per cui è causa del R.T.I. Oberosler era stata disposta per due distinte ragioni, ciascuna delle quali autonomamente idonea a supportare la determinazione negativa:

- la prima di esse riguarda(va) il mancato rispetto da parte della Mandante Tassullo Materiali della normativa in tema di diritto al lavoro dei disabili;
- la seconda di tali ragioni di esclusione riguarda(va) l'irregolarità contributiva della stessa mandante Tassullo Materiali.

2.1. Ebbene, il Collegio può prescindere dall'esame delle ragioni inerenti la contestata violazione da parte della mandante della normativa lavoristica, in quanto l'appello è comunque infondato in relazione ai dedotti profili di irregolarità contributiva in capo alla medesima impresa.

Ai ben limitati fini che qui rilevano si osserva comunque che la stessa Provincia autonoma di Trento (con nota in data 5 dicembre 2013) ha riconosciuto che alla data rilevante ai fini della presentazione delle offerte (2 ottobre 2012) la Tassullo Materiali non fosse vincolata al rispetto della normativa in tema di obbligo di assunzione di soggetti disabili.

3. Per quanto riguarda le contestazioni relative alla irregolarità contributiva relativa alla mandante cooptata Tassullo materiali, deve essere qui esaminato il motivo di appello con cui si è lamentata l'errata interpretazione che il primo Giudice avrebbe fatto del comma 8 dell'articolo 31 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 (il quale ha introdotto il c.d. 'invito alla regolarizzazione' che gli enti previdenziali devono trasmettere all'impresa che non risulti in regola per gli obblighi contributivi e previdenziali prima di emettere un DURC negativo).

Nella tesi dell'appellante:

- se (per un verso) è vero che la Tassullo non era in regola con gli obblighi contributivi alla data-limite del 2 ottobre 2012
- per altro verso il Tribunale amministrativo avrebbe dovuto considerare che, nella vigenza del richiamato decreto-legge n. 69 del 2013 (e conformemente alle sue previsioni) la Tassullo aveva provveduto a sanare la posizione di irregolarità, conformemente all'avviso in tal senso rivolto dall'Ente previdenziale.

3.1. Il motivo non può trovare accoglimento.

Al riguardo il Collegio ritiene dirimenti ai fini del decidere le statuizioni rese dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio con la sentenza 29 febbraio 2016, n. 5 in ordine alla portata della previsione di cui al comma 8 dell'articolo 31 del decreto-legge n. 69 del 2013 (la cui previsione trova applicazione anche nella presente vicenda contenziosa).

Con la decisione appena richiamata è stato chiarito che, ai fini della partecipazione alle gare di appalto, anche dopo l'entrata in vigore dell'articolo 31, comma 8, del decreto-legge 21 giugno 2013 n. 69, non sono

consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa concorrente essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato di regolarità per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, in tal modo palesando l'irrilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.

L'Adunanza plenaria ha quindi chiarito che l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. 'preavviso di DURC negativo'), già previsto dall'articolo 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare soltanto nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

Si tratta di statuizioni del tutto pertinenti e rilevanti ai fini della definizione della presente vicenda contenziosa, se solo si consideri:

- che, sia alla data in cui erano state rese le dichiarazioni di gara (26 settembre 2012), sia alla data ultima per la presentazione delle offerte, l'impresa Tassullo versava in effetti in una situazione di grave irregolarità contributiva (per un importo di oltre 119mila euro);
- che, avendo l'impresa ricevuto da parte dell'Ente previdenziale un avviso bonario (ottobre 2002), la stessa aveva provveduto a saldare l'insoluto soltanto in data 1° marzo 2013 (rectius: aveva avviato un apposito piano di ammortamento per sanare l'insoluto).

Ne consegue che (a prescindere dalla legittimità o meno del DURC negativo in relazione ai rapporti tra impresa ed Ente previdenziale) la Tassullo risultava effettivamente aver commesso una violazione grave, definitivamente accertata, alle norme in materia di contributi previdenziali (non incidendo sul carattere definitivo della violazione la successiva presentazione di un piano di ammortamento dell'insoluto).

3.2. Si osserva, poi, che non può trovare accoglimento l'istanza sollevata dall'appellante, volta ad ottenere la c.d. 'sospensione impropria' del presente giudizio nelle more della definizione, da parte della Corte di Giustizia dell'UE del ricorso per rinvio pregiudiziale sollevato dalla Quarta Sezione di questo Consiglio di Stato con ordinanza n. 1236 del 2015.

Con l'ordinanza in questione è stato chiesto al giudice dell'Unione europea di risolvere il seguente quesito interpretativo: "se l'articolo 45 della direttiva 18/2004, letto anche alla luce del principio di ragionevolezza, nonché gli articoli 49 e 56 del TFUE, ostino ad una normativa nazionale che, nell'ambito di una procedura d'appalto sopra soglia, consenta la richiesta d'ufficio della certificazione formata dagli istituti previdenziali (DURC) ed obblighi la stazione appaltante a considerare ostativa una certificazione dalla quale si evince una violazione contributiva pregressa ed in particolare sussistente al momento della partecipazione, tuttavia non conosciuta dall'operatore economico - il quale ha partecipato in forza di un DURC positivo in corso di validità - e comunque non più sussistente al momento dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio".

Si osserva al riguardo che la questione interpretativa sollevata dalla Quarta Sezione di questo Consiglio non presenta il necessario carattere di rilevanza anche ai fini della definizione del presente giudizio.

Al riguardo ci si limita ad osservare che:

mentre nella vicenda che ha dato origine al richiamato rinvio pregiudiziale sussistevano ragioni per ritenere che l'impresa attinta da un DURC negativo fosse in buona fede inconsapevole del proprio stato di irregolarità contributiva (anche a causa del contegno serbato dall'Ente previdenziale)

al contrario, nel caso che qui viene in rilievo non sussiste alcun indice che deponga nel senso dello stato di buona fede dell'impresa Tarullo in relazione al grave stato di inadempienza contributiva che la riguardava, sì da rendere ad essa non riferibile il richiamo al generale principio di buona fede che ha ispirato la richiamata ordinanza di rimessione.

3.3. Si osserva poi che non può essere condiviso l'argomento secondo cui, accendendo alla richiamata opzione interpretativa, si finirebbe per riservare all'impresa che abbia comunque richiesto – ed ottenuto – la regolarizzazione un trattamento addirittura peggiore rispetto all'impresa che abbia persino omesso di richiedere a regolarizzazione, in tal modo permanendo nel proprio stato di irregolarità.

Si osserva in contrario che in entrambe le ipotesi richiamate il concorrente non potrebbe essere ammesso alla partecipazione alla gara, versandosi in ambo le ipotesi in una condizione di violazione grave e definitivamente accertata agli obblighi in materia previdenziale.

3.4. Né a conclusioni diverse da quelle appena rassegnate può giungersi in considerazione del fatto che, alla data di entrata in vigore del decreto-legge n. 69 del 2013, la gara di appalto non fosse ancora conclusa e il DURC negativo non fosse stato emesso.

Anche in questo caso si osserva che l'elemento determinante ai fini del decidere è rappresentato dalla pacifica – e grave - irregolarità contributiva che viziava la posizione dell'appellante alla data ultima per la formulazione delle offerte.

3.5. Per ragioni connesse a quelle appena evidenziate, neppure può essere condiviso l'argomento secondo cui, nel caso della Tassullo, difettasse il carattere di definitività dell'accertamento dell'insoluto contributivo (anche in ragione del fatto che, alla data del 2 ottobre 2012, non fosse stata disposta l'iscrizione a ruolo delle somme contestate).

Al riguardo (e prima che la statuizione risultasse confermata dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2016) i primi Giudici hanno condivisibilmente rilevato che la definitività dell'accertamento, ai fini di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i) del decreto legislativo n. 163 del 2006, deve "essere cristallizzata al momento della scadenza di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, in quanto diversamente rimarrebbero lese la par condicio dei partecipanti ed elementari esigenze di trasparenza, certezza giuridica ed efficienza nello svolgimento delle procedure di affidamento, esposte ex post alle iniziative giudiziarie altalenanti dei partecipanti alla gara" (è stata correttamente richiamata al riguardo Cons. Stato, V, 13 luglio 2010 n. 4511).

3.6. Né a conclusioni diverse da quelle dinanzi rassegnate può giungersi in considerazione del fatto che in data 1° marzo 2013 la Tassullo abbia effettivamente e finalmente provveduto a pagare le somme dovute a titolo di insoluto contributivo, in tal modo ottenendo (ma del tutto tardivamente) il rilascio di un DURC favorevole.

3.7. Ed ancora, non può giungersi a conclusioni diverse in relazione alla particolare natura giuridica dei cc.dd. 'avvisi bonari', che non ammettono l'impugnazione alle commissioni tributarie.

Si osserva al riguardo che il regime di impugnativa di tali atti non incide sul carattere di 'definitività' del sottostante accertamento per ciò che attiene alla particolare disciplina in tema di appalti.

A tacer d'altro si osserva comunque che, nel caso in esame, l'impresa Tassullo abbia versato per intero la somma contestata, in tal modo riconoscendo in modo integrale la correttezza e completezza dell'accertamento.

3.8. Si osserva poi che le conclusioni sin qui rassegnate non possono essere revocate in dubbio in relazione alle previsioni di cui alla deliberazione della Giunta provinciale n. 2320 del 2010 (la delibera in parola – espressamente richiamata dalla lex specialis di gara - stabiliva che, in caso di violazioni di carattere contributivo l'Agenzia per i servizi, prima di disporre l'esclusione dalla gara, avrebbe dovuto valutare l'eventuale sussistenza di elementi idonei a giustificare la non estromissione dalla gara).

Si osserva al riguardo che, ferma la dubbia compatibilità della richiamata delibera con il pertinente quadro normativo primario (la cui natura imperativa è idonea a sortire effetti integrativi sulla disciplina speciale di gara) non risultano in effetti in atti elementi idonei a giustificare – con valenza non escludente – gli importanti insoluti contributivi contestati all'impresa Tassullo.

3.9. Si osserva infine che, una volta accertata la grave irregolarità contributiva che viziava la posizione dell'impresa Tassullo, non risulta lesivo del generale canone di proporzionalità la disposta esclusione dell'intero raggruppamento nel cui ambito la Tassullo rivestiva (e con quota minoritaria) la posizione di mandante cooptata.

Al riguardo va osservato che il preminente rilievo degli interessi sottesi alle previsioni di cui all'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici (essenzialmente rivolto alla tutela dei lavoratori e della par condicio fra le imprese concorrenti) giustifica certamente l'orientamento normativo volto a sanzionare con la grave sanzione dell'esclusione le più gravi violazioni contributive (come quella contestata alla Tassullo e, per essa, al raggruppamento di cui essa faceva parte).

Né può condividersi la tesi secondo cui il ricorso all'istituto dell'associazione in cooptazione consentirebbe in qualche modo di derogare al regime sanzionatorio delineato dal richiamato articolo 38.

Ed infatti la tesi in questione, laddove condivisa, recherebbe un ingiustificabile vulnus a puntuali previsioni normative poste a presidio di prevalenti interessi di rilievo costituzionale e ne consentirebbe di conseguenza l'agevole elusione.

3.10. Il Collegio osserva poi che la sentenza in epigrafe è meritevole di puntuale conferma per la parte in cui aderisce all'orientamento secondo il quale l'articolo 48 del Codice dei contratti pubblici deve essere interpretato nel senso di giustificare l'incameramento della cauzione provvisoria (non solo in caso di mancata comprova dei requisiti cc.dd. di 'ordine speciale', ma anche) nel caso – che qui ricorre - in cui la verifica sui requisiti dell'aggiudicataria abbiano palesato la carenza di un requisito di ordine generale.

Né può ritenersi che deponga in senso diverso la previsione di cui all'articolo 41 della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26 (Norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale e per la trasparenza negli appalti).

Si osserva al riguardo che la disposizione appena richiamata (nel testo sostituito dall'articolo 23, comma 19, della legge provinciale 15 dicembre 2004, n. 10, modificato dall'articolo 47, comma 1, della legge provinciale 24 luglio 2008, n. 10 e in seguito nuovamente sostituito dall'articolo 33, comma 1, della legge provinciale 7

aprile 2011, n. 7) reca, ai fini che qui rilevano, previsioni del tutto assimilabili a quelle di cui all'articolo 48 del decreto legislativo n. 163 del 2006, si da giustificare un'opzione interpretativa volta ad estendere gli orientamenti giurisprudenziali formati in relazione al medesimo articolo 48.

4. Per le ragioni sin qui esposte l'appello in epigrafe deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite che liquida in complessivi euro 7.000 (settemila), oltre gli accessori di legge in favore della Oberosler Cavalier Pietro s.p.a.; euro 6.000 (seimila), oltre gli accessori di legge in favore della Carron Cavalier Angelo s.p.a. e 4.000 (quattromila), oltre gli accessori di legge in favore dell'INPS.

Spese compensate nei confronti dell'INAIL.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Claudio Contessa

Giuseppe Severini

TAR Sardegna sez. I 11/8/2016 n. 698

Pubblicato il 11/08/2016

N. 00698/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00626/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 626 del 2016, proposto da:

Amato Costruzioni Sel, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Umberto Ilardo C.F. LRDMRT67P19H792W, con domicilio eletto presso Antonella Piroddi in Cagliari, via Alghero 19;

contro

Comune di Bari Sardo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Lai C.F. LAIMSM69P04B354N, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Leonardo Alagon n. 1;

nei confronti di

Sardinia Contract S.r.l. Unipersonale non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del verbale di gara del 7 giugno 2016 relativo alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza e adeguamento della Scuola dell'infanzia alle vigenti disposizioni normative. Piano straordinario di edilizia scolastica - progetto ISCOL@" indetta dal Comune di Bari Sardo, sia nella parte in cui è stata ammessa l'impresa Sardinia Contract s.r.l. unipersonale, sia, quindi, nella parte in cui è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria nei confronti della stessa e non della ricorrente Amato Costruzioni s.r.l.;
- dell'aggiudicazione provvisoria in favore della Sardinia Contract s.r.l. unipersonale;
- della determinazione n. 177 dell'8 giugno 2016, con cui è stato approvato il verbale di gara del 7 giugno 2016 ed è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della Sardinia Contract s.r.l. unipersonale;
- della nota PEC prot. n.5599 del 9 giugno 2016, con la quale, ai sensi dell'art. 79, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 163/06 e ss.mm.ii., è stata comunicata all'impresa AMATO Costruzioni s.r.l. l'avvenuta aggiudicazione definitiva della gara in favore della Sardinia Contract s.r.l. unipersonale;

- della verifica dei requisiti, generali e speciali, in capo alla Sardinia Contract s.r.l. unipersonale ed all'impresa ausiliaria;
- del provvedimento prot. n. 6278 del 29 giugno 2016, col quale è stata rigettata la pre informativa di ricorso inoltrata dall'impresa AMATO Costruzioni s.r.l.;
- del provvedimento con cui la Sardinia Contract s.r.l. è stata invitata a partecipare alla procedura negoziata, compresi, in quanto occorrer possa, l'avviso esplorativo, le determinazioni nn. 131/2016 e 161/2016;
- di ogni altro atto e/o provvedimento precedente e/o successivo e/o comunque connesso, presupposto e/o consequenziale, compresi la lettera di invito, disciplinare di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bari Sardo;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 3 agosto 2016 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente partecipava alla gara indetta dal Comune di Bari Sardo per l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza e adeguamento della Scuola dell'infanzia alle vigenti disposizioni normative - Piano straordinario di edilizia scolastica - progetto ISCOL@.

Si classificava seconda e, a seguito di accesso agli atti della procedura, affermava di avere riscontrato violazioni commesse dalla aggiudicataria che, ove debitamente accertate, avrebbero dovuto condurre alla sua esclusione dalla gara.

Proponeva quindi ricorso avverso l'aggiudicazione disposta in favore di Sardinia Contract s.r.l. deducendo le seguenti censure:

- violazione e falsa applicazione della lettera di invito e del disciplinare di gara nella parte in cui prescrivono i requisiti tecnico organizzativi per la partecipazione alla procedura di gara, violazione e falsa applicazione dell'art. 40 d.lgs. 163/2006 e, in genere, delle disposizioni in materia di qualificazione delle imprese che partecipano ad appalti pubblici, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 90 d.P.R. 207/2010 e dell'art. 60 d.P.R. 207/2010, eccesso di potere, errore nei presupposti di fatto e diritto, difetto di istruttoria, contraddittorietà logica, carenza di motivazione, travisamento, violazione della par condicio tra i concorrenti, violazione dei principi di buon andamento, imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso previa concessione di idonea misura cautelare.

Si costituiva il Comune di Bari Sardo chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 3 agosto 2016 il ricorso, previo avviso alle parti, veniva trattenuto per la decisione in forma semplificata sussistendone i presupposti.

DIRITTO

Il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

In sintesi, le contestazioni della ricorrente vertono su un unico punto.

Sardinia Contract s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per un difetto di requisito di qualificazione. L'aggiudicataria non era in possesso della qualificazione nella categoria OS30 e ha dichiarato di voler subappaltare quei lavori ad altra impresa che però non è in possesso della categoria OS30 bensì della OG10. La questione può essere risolta alla luce di principi ormai pacificamente affermati in giurisprudenza. In sede di gara pubblica l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili; in sostanza, per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili (Consiglio di Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1027).

Ha precisato il Supremo consesso che l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art.107, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Consiglio di Stato, sez. V, 23 giugno 2016, n. 2803).

Vanno richiamati i principi affermati dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 11/2015) applicabili anche alla fattispecie qui esaminata: "questa Adunanza plenaria ritiene di dover dare, alla questione circa la sussistenza o meno dell'obbligo di indicazione nominativa del subappaltatore da parte del concorrente a una gara d'appalto il quale, essendo sfornito dei requisiti per l'esecuzione di prestazioni a qualificazione obbligatoria, abbia dichiarato di volerle subappaltare, una risposta conforme a quella fornita con la sentenza nr. 9 del 2 novembre 2015, relativa ad identica questione di diritto esaminata nella medesima udienza. In tale sede, è stato enunciato il principio di diritto secondo cui l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art. 107, comma 2, del citato d.P.R. n. 207/2010, tanto discendendo da plurime considerazioni di ordine testuale, sistematico e logico".

Il subappalto è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talché il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice (Consiglio di Stato, Sez. V, 15 marzo 2016 n. 1027).

Il ricorso è pertanto infondato e deve essere rigettato.

La particolarità della controversia induce a ritenere sussistenti i presupposti per disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 3 agosto 2016 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Gianluca Rovelli

Caro Lucrezio Monticelli

IL SEGRETARIO