

ubblicato il 26/03/2021

N. 00518/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00217/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 217 del 2021, proposto da

Saba Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Cavasola, Marco Iannacci, Tiziana Masone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Manfredonia, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento emesso in data 15.1.2021 dal RUP dell'ufficio appalto del Comune di Manfredonia, con cui si è disposta l'esclusione della ricorrente dalla "*procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dei parcheggi pubblici a pagamento senza custodia del Comune di Manfredonia*"; della nota, sempre del 15.1.2021, con cui sono state comunicate le ammissioni e le esclusioni dalla procedura di gara; del verbale di seduta pubblica n. 3 del 15.1.2021, in esito al quale è stata disposta dalla commissione giudicatrice l'esclusione della ricorrente; per l'accertamento, inoltre, dell'illegittimità dell'omesso riscontro all'istanza di riesame e contestuale accesso agli atti, ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge 241/1990 e 53 del d.lgs. 50/2016, presentata dalla ricorrente; nei limiti dell'interesse fatto valere in giudizio, del disciplinare di gara e, in particolare, delle previsioni di cui agli articoli 7.2 (requisiti di capacità economica e finanziaria) e 7.3 (requisiti di capacità tecnica e professionale), nonché dell'art. 14 (soccorso istruttorio).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2021 il dott. Angelo Fanizza;

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

Con ricorso ritualmente proposto la società Saba Italia S.p.A. ha impugnato e chiesto l'annullamento del provvedimento emesso in data 15.1.2021 dal RUP dell'ufficio appalto del Comune di Manfredonia, con cui si è disposta l'esclusione della ricorrente dalla *"procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dei parcheggi pubblici a pagamento senza custodia del Comune di Manfredonia"*; della nota, sempre del 15.1.2021, con cui sono state comunicate le ammissioni e le esclusioni dalla procedura di gara; del verbale di seduta pubblica n. 3 del 15.1.2021, in esito al quale è stata disposta dalla commissione giudicatrice l'esclusione della ricorrente; per l'accertamento, inoltre, dell'illegittimità dell'omesso riscontro all'istanza di riesame e contestuale accesso agli atti, ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge 241/1990 e 53 del d.lgs. 50/2016, presentata dalla ricorrente; nei limiti dell'interesse fatto valere in giudizio, del disciplinare di gara e, in particolare, delle previsioni di cui agli articoli 7.2 (requisiti di capacità economica e finanziaria) e 7.3 (requisiti di capacità tecnica e professionale), ove interpretati nel senso di richiedere la comprova dei requisiti speciali dichiarati dai concorrenti sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, nonché dell'art. 14 (soccorso istruttorio), nella parte in cui dispone che la mancata presentazione di elementi a corredo dell'offerta o condizioni di partecipazione alla gara sono sanabili solo se preesistenti e comprovabili con documenti di data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta.

La procedura oggetto del contendere, regolata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e strutturata nell'assegnazione di 60 punti per l'offerta tecnica e di 40 punti per l'offerta economica, ha una base d'asta, intesa come valore presunto della concessione, di €. 5.569.313,75, ed un canone concessorio minimo stimato nel 35% degli incassi totali, quindi di €. 1.982.216,69, soggetto a rialzo.

In sintesi è accaduto che in occasione della prima seduta pubblica, svoltasi il 19.10.2020, il RUP ha comunicato alla ricorrente, con nota del 22.10.2020, che la stessa sarebbe stata ammessa con riserva alle successive fasi di gara, con attivazione del soccorso istruttorio, e ciò sia per regolarizzare alcune carenze riscontrate nel DGUE, sia, per quel che più interessa il presente giudizio, per avvertire che *"i requisiti previsti ai punti 7.2 e 7.3 lettera a) del disciplinare di gara dovranno essere dimostrati secondo le disposizioni dell'Allegato XVII, parte I e II, del D.lgs. 50/2016"*.

In data 30.10.2020 la ricorrente ha esposto di aver prodotto *"il DGUE compilato in ogni sua parte; b) i bilanci di esercizio relativi agli anni 2017-2018-2019 (...), per la comprova del possesso (dichiarato nel DGUE) dei requisiti di cui all'art. 7.2 lett. a) del Disciplinare (i.e.: Fatturato specifico minimo annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto riferito a ciascuno degli ultimi n. 3 esercizi finanziari disponibili, per un importo non inferiore ad € 1.000.000.00, IVA esclusa)"; c) due referenze bancarie (...), a comprova del possesso (dichiarato nel DGUE) dei requisiti di cui all'art. 7.2 lett. b) del Disciplinare (i.e.: "Idonee referenze bancarie attestanti la solidità finanziaria ed economica del concorrente, rilasciate da almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi della legge n. 385/1993)"; d) un'attestazione di gestione del servizio (...), a comprova del possesso (dichiarato nel DGUE) dei requisiti di cui all'art. 7.3 lett. a) del Disciplinare (i.e.: "Gestione negli ultimi tre anni, di un servizio analogo a quello oggetto di gara, per un numero di posti auto almeno pari a quello posto a base di gara (2.370)" (cfr. pag. 5).*

Nella riunione in seduta pubblica trasfusa nel verbale n. 3 del 15.1.2021, tuttavia, la commissione giudicatrice ha verificato che la ricorrente ha, tra l'altro, prodotto *"3) n.2 referenze bancarie rilasciate da BPM e da Banca Intesa entrambe datate 29.10.2020; 4) Attestazione della gestione dei parcheggi del Comune di Cosenza, rilasciata dal citato ente in data 28.10.2020"*; ma, una volta *"esaminata la documentazione di Saba Italia S.p.A."*, ha rilevato che *"che i certificati di cui ai punti 3) e 4) sono stati rilasciati in data successiva al termine di presentazione dell'offerta prevista entro il 15/06/2020"*; conseguentemente il responsabile del procedimento ha disposto l'esclusione della società Saba Italia con la

seguente motivazione: *“la presentazione di elementi a corredo dell’offerta ovvero condizioni di partecipazione alla gara, entrambi aventi rilevanza in fase di gara, sono sanabili solo se preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell’offerta”*.

A nulla è valsa l’istanza di annullamento per ottenere il riesame in autotutela del provvedimento emesso, presentata dalla ricorrente in data 19.1.2021.

A fondamento del ricorso sono stati dedotti i seguenti motivi:

1°) violazione e falsa applicazione degli artt 30, 83 e 86, nonché dell’Allegato XVII, Parti I e II del d.lgs. 50/2016; della *lex specialis*, con particolare riferimento agli artt. 7, 7.2, 7.3 e 14 del disciplinare di gara; del principio di tassatività delle cause di esclusione; dei principi di ragionevolezza, buon andamento, leale collaborazione e giusto procedimento; eccesso di potere per illogicità manifesta e contraddittorietà.

La ricorrente ha, in sostanza, lamentato che la documentazione richiesta dalla stazione appaltante e puntualmente prodotta avrebbe provato *“il sostanziale possesso dei requisiti speciali da parte del concorrente già al momento (e ben prima) della partecipazione alla procedura competitiva”*, dovendosi, perciò, ritenere che l’esclusione sia stata *“illogica e chiaramente improntata ad un eccessivo formalismo, che svuota di senso l’istituto del soccorso istruttorio e mal si concilia con i principi fondamentali di cui lo stesso costituisce espressione”*, tra cui quelli del *favor participationis*, del buon andamento, del giusto procedimento e della leale collaborazione tra pubblica amministrazione e privati (cfr. pag. 8).

Inoltre, non vi sarebbe alcuna previsione del disciplinare di gara che prescriverebbe l’obbligo di comprova anticipata dei requisiti già in fase di presentazione dell’offerta, quindi *“solo successivamente alla richiesta di comprova da parte della stazione appaltante, la Saba Italia si è prontamente attivata per reperire la relativa documentazione, che pertanto non poteva non avere data successiva alla richiesta stessa”* (cfr. pag. 9).

2°) Violazione della *lex specialis*, con particolare riferimento agli artt. 7.2, 7.3, 15.1, 15.2, 15.3 e 23 del disciplinare di gara; del principio di *favor participationis*; eccesso di potere per illogicità manifesta e contraddittorietà.

In linea di continuità con il primo motivo la ricorrente ha aggiunto che il disciplinare di gara non avrebbe affatto previsto che i concorrenti avrebbero dovuto produrre documentazione a comprova dei requisiti speciali dichiarati già in fase di presentazione dell’offerta, anziché successivamente, in caso di aggiudicazione della procedura e ai fini della stipula del contratto (cfr. pag. 11).

3°) Violazione della *lex specialis*, con particolare riferimento all’art. 14 del disciplinare di gara; dei principi del soccorso istruttorio, di tassatività delle cause di esclusione e di proporzionalità dell’azione amministrativa.

La ricorrente ha, infine, dedotto che proprio in applicazione dell’art. 14 del disciplinare di gara, la stazione appaltante, prima di procedere alla sua esclusione, avrebbe dovuto esercitare il *“potere-dovere di chiederle ulteriori chiarimenti e precisazioni”*; non averlo fatto, di conseguenza, evidenzerebbe una condotta illegittima e in contrasto con il principio di proporzionalità.

La ricorrente ha, inoltre, proposto istanza di accesso ai sensi dell’art. 116, comma 2 c.p.a., finalizzata ad ottenere l’ostensione di tutti gli atti.

Il Comune di Manfredonia non si è costituito in giudizio.

All’udienza in Camera di Consiglio del 10 marzo 2021, svoltasi in modalità da remoto, il Collegio ha avvisato le parti della possibile definizione della controversia con sentenza in forma semplificata ai sensi del combinato disposto tra l’art. 60 e l’art. 120, comma 6 c.p.a. e, non avendo registrato opposizioni, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il ricorso è fondato e, pertanto, va accolto, risultando persuasivi tutti e tre i motivi, che per affinità tematica possono essere esaminati in modo congiunto.

Dall'esame della documentazione riguardante le referenze bancarie di cui all'art. 7.2 del disciplinare (vale a dire l'attestazione di affidabilità emessa in data 29.10.2020 da due distinti istituti bancari in favore della ricorrente) e la prova della *"gestione negli ultimi tre anni, di un servizio analogo a quello oggetto di gara, per un numero di posti auto almeno pari a quello posto a base di gara"*, di cui all'art. 7.3 del disciplinare (prodotta, in data 28.10.2020, mediante certificazione del dirigente del servizio mobilità del Comune di Cosenza con riguardo ad un affidamento eseguito nel triennio 2017/2019 per un totale di $447 + 599 + 887 + 988 = 2921$ posti; e tale servizio, come ha dimostrato dalla ricorrente mediante ulteriore deposito in atti, era stato eseguito sempre nel Comune di Cosenza per un totale di $599 + 447 + 887 + 1304 = 3237$, come da certificazione dirigenziale), dimostrano, senza tema di smentita, che i requisiti in questione sono posseduti.

Dunque, la questione da dirimere è se tale (pacifico) possesso dovesse essere rimesso all'obbligo di una certificazione probatoria di data non successiva al termine di scadenza per la presentazione delle offerte, ossia il 15.6.2020.

Il Collegio ritiene che tale obbligo, oltre a non essere previsto dal disciplinare di gara, non è neppure previsto dalla normativa in tema di contratti pubblici.

Nel disciplinare di gara, anzitutto, gli unici riferimenti al termine in questione riguardano:

a) il fatturato specifico minimo annuo, prevedendosi la comprova di tale requisito *"per le società di capitali mediante i bilanci approvati alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte corredati della nota integrativa"* (cfr. pag. 6);

b) l'avvalimento, prevedendosi che *"è sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata produzione della dichiarazione di avvalimento o del contratto di avvalimento, a condizione che i citati elementi siano preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta"* (cfr. pag. 8);

c) la garanzia fideiussoria, prevedendosi che debba *"avere validità per 180 giorni dal termine ultimo per la presentazione dell'offerta"* (cfr. pag. 9);

d) il contributo Anac, prevedendosi che *"qualora il pagamento non risulti registrato nel sistema, la mancata presentazione della ricevuta potrà essere sanata ai sensi dell'art. 83, comma 9 del Codice, a condizione che il pagamento sia stato già effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta"* (cfr. pag. 10).

Il codice dei contratti, in seconda battuta, prevede all'art. 85, comma 5 che *"la stazione appaltante può, altresì, chiedere agli offerenti e ai candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura"* (primo periodo), soggiungendo che *"prima dell'aggiudicazione dell'appalto, la stazione appaltante richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto, tranne nel caso di appalti basati su accordi quadro se conclusi ai sensi dell'articolo 54, comma 3 o comma 4, lettera a), di presentare documenti complementari aggiornati conformemente all'articolo 86 e, se del caso, all'articolo 87. La stazione appaltante può invitare gli operatori economici a integrare i certificati richiesti ai sensi degli articoli 86 e 87"* (secondo periodo).

Tale disposizione ha riformato la disciplina delineata nel previgente art. 48 dell'abrogato d.lgs. 163/2006 (rubricata *"controlli sul possesso dei requisiti"*), nel quale era previsto che *"le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio"*

pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito”, provvedendo, in caso di controllo negativo, a disporre l’esclusione dalla gara (comma 1); e che “la richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all’aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell’offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione” (comma 2).

In sostanza, è rimasta anche nel vigente codice la previsione che autorizza la stazione appaltante ad effettuare un controllo sul possesso dei requisiti:

1) *“in qualsiasi momento nel corso della procedura”;*

2) *“prima dell’aggiudicazione dell’appalto”*: il che allude all’avvenuta valutazione delle offerte (tecniche ed economiche) ed alla formazione di una graduatoria che abbia individuato l’offerta migliore.

Risulta conseguenziale che, non versandosi nella seconda ipotesi (in quanto, come si evince dall’analisi del verbale n. 3 del 15.1.2021, la commissione fosse intenta ad esaminare la documentazione amministrativa prodotta dai concorrenti), il momento dell’attestazione – quindi della comprova – dei requisiti di cui ai punti 7.2 e 7.3 non potesse che conseguire cronologicamente alla richiesta del RUP (22.10.2020) e, fatalmente, essere successivo alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Ma la commissione giudicatrice, prima, e il RUP, in seguito, hanno, però, confuso la sostanzialità della (risalente) prova dell’effettivo possesso dei requisiti in questione (che, come si è innanzi rilevato, è del tutto pacifica), con la mera data della relativa attestazione, come se fosse quest’ultima, e non invece l’analisi del contenuto dell’attestazione (cioè il controllo sul possesso dei requisiti), il punto capitale della verifica.

Ad avviso del Collegio, pertanto, non si palesa soltanto l’eccessivo formalismo lamentato dalla ricorrente con il primo motivo, ma una violazione – comportante un’interpretazione abrogatrice – delle previsioni del disciplinare di gara (dedotta con il secondo motivo) ed anche, non ultima, un’illegittima, oltre che inopinata, desistenza dal verificare, mediante un implemento istruttorio – tanto più in sede di “soccorso istruttorio” (istituto che, nella specie, risulta erroneamente evocato in ragione del fatto che il requisito era stato dichiarato e dimostrato) – che la società ricorrente fosse in possesso dei requisiti di capacità tecnica di cui ai predetti punti 7.2 e 7.3 (inerzia dedotta con il terzo motivo).

L’accoglimento del ricorso e l’annullamento della disposta esclusione determinano, quale obbligo conformativo, l’immediata riammissione della concorrente alla selezione oggetto del contendere, tenuto conto che la prosecuzione delle operazioni di gara in condizioni di conclamata illegittimità condurrebbe ad un’attività illegittima con inutile dispendio di risorse.

Le spese processuali seguono la soccombenza e vengono quantificate, ai sensi del DM 55/2014, in €. 2.000,00, oltre accessori, che il Comune di Manfredonia dovrà corrispondere alla società ricorrente, oltre alla rifusione del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi espressi in motivazione.

Condanna il Comune di Manfredonia al pagamento delle spese processuali, che liquida in €. 2.000,00, oltre accessori, in favore della società ricorrente, oltre alla rifusione del contributo unificato.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Desirée Zonno, Consigliere

Angelo Fanizza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Angelo Fanizza

IL PRESIDENTE

Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO