

Il requisito di ammissione alla gara non può essere acquisito successivamente alla domanda di partecipazione.

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 3-3-2017

1. Lex specialis - clausole - interpretazioni possibili - criteri letterale ed ermeneutico.
2. Attività di gestione di servizi - requisito richiesto solo per le Cooperative - se previsto dal bando di gara - differenziazione tra categorie di operatori - ingiustizia e irrazionalità.
3. Lex specialis - requisito di ammissione - eventuale acquisizione intervenuta successivamente all'aggiudicazione - irrilevanza.
4. Oggetto sociale – requisito di abilitazione - attività effettivamente esercitata - non coincidenza.
5. Lex specialis - previsioni - autovincolo - violazione - aggiudicazione - illegittimità.
6. Risarcimento danni - possibilità di nuova partecipazione ed aggiudicazione - non dovuto.

Guida alla lettura

La sentenza annotata riguarda il contenzioso sorto a seguito di un avviso esplorativo di manifestazione di interesse all'affidamento in concessione della gestione di uno stabilimento balneare, mediante invito a 5 operatori che avrebbero potuto manifestare l'interesse all'affidamento.

L'avviso stabiliva che, laddove le manifestazioni di interesse fossero state superiori a 5, si sarebbe proceduto all'individuazione delle imprese da invitare mediante sorteggio.

Alle operazioni potevano essere ammessi solo gli operatori in possesso del requisito richiesto, ovvero l'iscrizione nel Registro delle Imprese per la categoria di tutte le attività oggetto della procedura di affidamento e, precisamente, per le attività di gestione di servizi di balneazione, ricreativi e di bar-ristorazione.

Nella fattispecie, quindi, era risultata aggiudicataria una ditta che, al momento della manifestazione d'interesse, non era iscritta per la categoria espressamente prevista dalla lex specialis inerente la gestione dei servizi di balneazione e ricreativi. Infatti, dalla documentazione camerale, risultava la mancanza del requisito citato essendo stato conseguito solo successivamente all'aggiudicazione.

Il TAR ha escluso che il requisito dell'iscrizione nel Registro delle Imprese per tutte le attività di affidamento fosse da intendersi riferito ai soli partecipanti aventi natura giuridica di cooperativa, risultando sufficiente, per gli altri operatori economici, la sola iscrizione nella C.C.I.A. compatibile con l'esercizio dell'attività da dare in concessione, rendendo possibile l'iscrizione specifica ad aggiudicazione avvenuta.

Invero, né il dato letterale, né quello ermeneutico della disposizione esaminata consentivano di ritenere che l'iscrizione per la categoria delle attività inerenti la concessione in oggetto e precisamente l'attività di gestione di servizi per la balneazione, ricreativi e di bar-ristorante, potesse essere richiesta solo per le Cooperative, atteso che, altrimenti, si sarebbe alterato il significato della disposizione di gara e, comunque, si sarebbe verificata un'inevitabile, ingiusta e irrazionale differenziazione tra le due categorie di operatori.

Il requisito citato veniva richiesto dalla lex specialis sin dal momento della manifestazione dell'interesse alla procedura esplorativa, con la conseguente irrilevanza della eventuale iscrizione intervenuta successivamente a tale momento e successivamente all'aggiudicazione, in quanto lo stesso si poneva espressamente come requisito di ammissione e partecipazione alla relativa procedura.

Infine, è stato precisato che l'oggetto sociale e l'attività effettivamente esercitata non potrebbero neppure essere considerati come concetti coincidenti, atteso che un'attività può ben essere prevista nell'oggetto sociale – risultante dall'iscrizione sotto la voce “dati identificativi dell'impresa” – senza essere attivata poi in concreto (Cons. di Stato, sez. V, 19 febbraio 2003, n. 925).

Quindi, alcun rilievo poteva attribuirsi all'oggetto sociale dell'impresa, il quale abilita quest'ultima a svolgere una determinata attività, ma nulla dice in ordine all'effettivo svolgimento della stessa (Cons. di Stato, sez. VI, sent. 20 aprile 2009, n. 2380).

Pertanto, la procedura è stata travolta dall'illegittimità per aver ammesso al sorteggio anche imprese non iscritte presso la C.C.I.A. per le attività oggetto della prevista concessione, così contravvenendo la stessa PA all'autovincolo a cui si era sottoposta.

In ogni caso, è stato escluso alcun risarcimento del danno sia perché la ricorrente poteva partecipare ad un nuovo sorteggio emendato dai vizi censurati sia perché non aveva dimostrato di possedere tutti i requisiti a tal fine necessari.

Pubblicato il 24/02/2017

N. 00354/2017 REG.PROV.COLL.

N. 01093/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1093 del 2016, proposto da:

XXX Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Rizzo, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via G. Parini, 27;

contro

Ministero della Giustizia Ente di Assistenza per il Personale Amm.ne Penitenziaria, Direzione della Casa Circondariale di Lecce, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata in Lecce, via Rubichi;

nei confronti di

YYY, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Gualtierio Marra, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, piazza Mazzini 72;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva avvenuta in data 14.06.2016 per l'affidamento in concessione ai sensi dell'art. 30 del D. Lgs . 163/2006 della gestione dei servizi dello stabilimento balneare EAP San Basilide in Torre Chianca (Lecce) per il periodo 2016-2019;

del provvedimento n. 8240 del 15.06.2016 di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva avvenuta il 14.02.2016, comunicato il 16.06.2016;

in parte qua e nei limiti dell'interesse della odierna ricorrente, del verbale 23.05.2016 di esperimento di gara con utilizzo sistema AVCPass per l'aggiudicazione provvisoria mediante procedura negoziata ristretta senza previa pubblicazione di bando per l'affidamento in concessione ai sensi dell'art. 30 del D. Lgs. n. 163/2006 della gestione dello stabilimento balneare denominato San Basilide; di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Giustizia Ente di Assistenza Per il Personale Ammne Penitenziaria e di YYY e di Direzione della Casa Circondariale di Lecce;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2017 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi per le parti i difensori come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In data 22.3.2016 il Ministero della Giustizia – Ente di Assistenza per il personale dell'Amministrazione Penitenziaria (di seguito EAP) – ha adottato un “Avviso esplorativo di manifestazione di interesse all'affidamento in concessione della gestione dello stabilimento balneare denominato “San Basilide”, mediante invito a 5 operatori che avrebbero potuto manifestare l'interesse all'affidamento, stabilendo che, laddove le manifestazioni di interesse fossero state superiori a 5, si sarebbe proceduto all'individuazione delle imprese da invitare mediante sorteggio.

La ricorrente ha proposto la manifestazione di interesse in data 22.3.2016 e, in seguito, la stessa è stata sorteggiata per presentare la propria offerta. Con nota del 28.4.2016, l'Amministrazione ha invitato cinque operatori economici sorteggiati a partecipare alla procedura.

Infine, in data 14.6.2016 è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della ditta YYY.

Avverso tali atti è insorta la ricorrente con il ricorso all'esame deducendo le seguenti censure:

Violazione e falsa applicazione del d.lgs. n.163/2006 – violazione e falsa applicazione della lex specialis –eccesso di potere –carezza di istruttoria.

Nel corso del giudizio, si sono costituiti in giudizio sia l'Avvocatura dello Stato, sia la controinteressata.

Nella pubblica udienza del 22 febbraio 2017 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il ricorso è fondato nei termini che seguono.

Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente contesta le operazioni di sorteggio effettuate tra gli operatori che avevano manifestato il proprio interesse alla partecipazione, rilevando che alle stesse potevano essere ammessi solo gli operatori in possesso del requisito richiesto, ovvero l'iscrizione nel Registro delle Imprese per la categoria di tutte le attività oggetto della procedura di affidamento e precisamente per le attività di gestione di servizi di balneazione,

ricreativi e di bar-ristorazione. In particolare, al momento della manifestazione d'interesse, la ditta individuale risultata poi aggiudicataria non era iscritta per la categoria espressamente prevista dalla lex specialis inerente la gestione dei servizi di balneazione e ricreativi, non potendosi ritenere equipollente ai servizi di balneazione e ricreativi la gestione di un bar; invero, dai certificati camerali della ditta People Bar di Toma Andrea risulta la mancanza del requisito citato sino alla data del 21.06.2016, requisito poi ottenuto solo successivamente all'aggiudicazione.

L'avviso esplorativo chiariva quali potessero essere i soggetti ammessi alla manifestazione di interesse prescrivendo che:

“Sono ammessi a presentare manifestazione di interesse i soggetti di cui all'art.34 del d.lgs.163/2006 in possesso dei requisiti di ordine generale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e finanziaria sotto specificati:

...3. Iscrizione nel Registro delle imprese presso la C.C.I.A. o nel caso di Cooperative l'iscrizione all'Albo nazionale delle cooperative tenuto presso la C.C.I.A. per la categoria delle attività inerenti la concessione in oggetto e precisamente per attività di gestione di servizi di balneazione, ricreativi e di bar ristorazione”.

In primo luogo, non potrebbe sostenersi che il requisito dell'iscrizione nel Registro delle Imprese per tutte le attività di affidamento fosse da intendersi riferito ai soli partecipanti aventi natura giuridica di cooperativa, risultando sufficiente, per gli altri operatori economici, la sola iscrizione nella C.C.I.A. compatibile con l'esercizio dell'attività da dare in concessione, rendendo possibile l'iscrizione specifica ad aggiudicazione avvenuta.

Invero, né il dato letterale, né quello ermeneutico della disposizione in esame consentono di ritenere che l'iscrizione per la categoria delle attività inerenti la concessione in oggetto e precisamente l'attività di gestione di servizi per la balneazione, ricreativi e di bar-ristorante, possa essere richiesta solo per le Cooperative, atteso che, ove si accedesse a tale tesi, ne deriverebbe non solo una evidente contraddittorietà tra quanto risultante dal testo e quanto disposto in sua applicazione, ma anche un'inevitabile, ingiusta e irrazionale differenziazione tra le due categorie di operatori.

Semplicemente, la prescrizione in parola ha richiesto per le imprese iscritte presso la C.C.I.A. l'iscrizione per le attività oggetto di concessione e, conformemente, per le Cooperative l'iscrizione all'Albo nazionale delle cooperative tenuto presso la C.C.I.A. per la medesima attività.

Peraltro, ciò è comprovato anche dal fac simile di dichiarazione sostitutiva allegato all'avviso esplorativo, nel quale l'impresa doveva dichiarare di essere “iscritta nel registro delle Imprese della Camera di Commercio di...;che l'attività riportata nella Camera di Commercio comprende anche l'attività riferita alla concessione di che trattasi”.

A ciò aggiungasi, condividendo quanto espresso dalla ricorrente sul punto, che il requisito citato veniva richiesto dalla lex specialis sin dal momento della manifestazione dell'interesse

alla procedura esplorativa, con la conseguente irrilevanza della eventuale iscrizione intervenuta successivamente a tale momento e successivamente all'aggiudicazione, in quanto lo stesso si poneva espressamente come requisito di ammissione e partecipazione alla relativa procedura.

Infine, l'oggetto sociale e l'attività effettivamente esercitata non potrebbero neppure essere considerati come concetti coincidenti, atteso che un'attività può ben essere prevista nell'oggetto sociale – risultante dall'iscrizione sotto la voce “dati identificativi dell'impresa” – senza essere attivata poi in concreto (Cons. di Stato, sez. V, 19 febbraio 2003, n. 925). È ovvio, quindi, come nessun rilievo possa attribuirsi all'oggetto sociale dell'impresa, il quale abilita quest'ultima a svolgere una determinata attività, ma nulla dice in ordine all'effettivo svolgimento della stessa (Cons. di Stato, sez. VI, sent. 20 aprile 2009, n. 2380).

Aver ammesso al sorteggio in questione anche imprese non iscritte presso la C.C.I.A. per le attività oggetto della prevista concessione, nonostante la chiara previsione della *lex specialis* cui la stessa P.A. si era autovincolata, inficia, da tale momento, la legittimità della relativa procedura con conseguente illegittimità anche degli atti successivi, ivi compresa l'aggiudicazione intervenuta.

Non merita invece accoglimento la domanda risarcitoria, in quanto la procedura in contestazione e il relativo interesse, sono tendenti a ottenere un nuovo sorteggio emendato dai vizi rilevati, al quale comunque la ricorrente potrà nuovamente partecipare; inoltre, quanto alla possibilità dell'aggiudicazione, la ricorrente non ha neppure dimostrato di possedere tutti i requisiti a tal fine necessari.

Sussistono nondimeno giustificati motivi (in considerazione della novità e peculiari della questione) per disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie la domanda impugnatoria, e respinge la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Patrizia Moro, Presidente FF, Estensore

Roberto Michele Palmieri, Primo Referendario

Jessica Bonetto, Referendario

