

Publicato il 04/05/2017

N. 01001/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01723/2016 REG.RIC.

 logo

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1723 del 2016, proposto da:
Impresa Edile Cimiteriale di Faccendini Natalia Srl, in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati
Tiziano Ugoccioni e Joseph Brigandì, con domicilio eletto presso lo
studio del primo in Milano, via Lanzone, 31;

contro

Comune di Casorezzo, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Cristina Colombo, Mattia
Casati e Viviana Cavarra, con domicilio eletto presso il loro studio in
Milano, via Durini, 24;

nei confronti di

Alechi Servizi Società Cooperativa, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Carmen
Battipaglia e Luigi Ferrara, domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la
Segreteria del T.A.R. Lombardia in Milano, via Corridoni, 39;

per l'annullamento

- della determinazione del responsabile del servizio n. 308, del 28 giugno 2016, di aggiudicazione dei servizi cimiteriali per il periodo 15/04/2016-31/03/2018 disposta in favore di Alechi Servizi Cooperativa Sociale, e della relativa comunicazione ex art. 79 d.lgs. n. 163/2016;

- degli atti del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e, in particolare, del verbale di gara del 27 giugno 2016, recante il giudizio di congruità dell'offerta e contestuale determinazione di aggiudicazione definitiva;

- di ogni altro atto, anche non noto, che sia connesso, presupposto o consequenziale;

nonché per la declaratoria, ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 del cod. proc. amm., dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato e del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione e il contratto;

nonché per la condanna, ai sensi e per gli effetti degli articoli 121, 122 e 124 del cod. proc. amm., al risarcimento del danno patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica e la conseguente condanna della stazione appaltante a far subentrare la ricorrente nel contratto e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Casorezzo e di Alechi Servizi Società Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2017 la dott.ssa Concetta Plantamura e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato tra il 18 e il 21 luglio e depositato il 25 luglio 2016, l'Impresa Edile Cimiteriale di Faccendini Natalia Srl ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione, disposta mediante procedura di cottimo fiduciario dal Comune di Casorezzo, a favore della Cooperativa sociale Alechi.

2. L'appalto, da aggiudicare col criterio del prezzo più basso, ha ad oggetto la gestione, per il biennio 15.04.2016 – 31.03.2018, dei servizi cimiteriali, svolti nell'attualità dalla ricorrente, in qualità di gestore uscente, in regime di proroga dal 27.01.2016.

3. I motivi di ricorso sono tre, e si appuntano, i primi due, sulla valutazione di congruità dell'offerta della controinteressata, ritenuta viziata da illegittimità, per violazione di legge ed eccesso di potere sotto plurimi profili; l'ultimo, invece, fa leva sulla violazione dell'art. 10 del capitolato speciale, poiché l'offerta di Alechi non garantirebbe la prescritta separazione fra la gestione dei servizi cimiteriali e quella dei servizi di attività funebri.

4. Si sono costituiti il Comune e la controinteressata, controdeducendo entrambi alle censure avversarie. Il patrocinio

resistente ha sollevato, altresì, due eccezioni di inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse.

5. Esauritasi, con ordinanza di rigetto n. 1394 del 28.10.2016 la fase cautelare, il 17.11.2016 è stata avviata l'esecuzione anticipata del servizio, cui ha fatto seguito, il 15.12.2016, la stipulazione del relativo contratto.

6. All'udienza pubblica del 12.01.2017 la causa - presenti gli avv. J. Brigandì, per la ricorrente e V. Cavarra, per il Comune intimato, che si sono riportati ai rispettivi scritti -, è stata trattenuta in decisione.

7. Preliminarmente, il Collegio deve prendere in esame la prima eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata da parte resistente. Con essa, il Comune pone in evidenza come la ricorrente, benché società di capitali con meno di quattro soci, non abbia rispettato le prescrizioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b, c, ed m-ter del d. lgs. n. 163/2006, che impongono al socio di maggioranza di presentare le dichiarazioni sul possesso dei requisiti ivi indicati. Si tratta, prosegue la difesa comunale, di un'omissione non sanabile mediante soccorso istruttorio, sicché, anche nella denegata ipotesi di esclusione dell'offerta della Cooperativa Alechi, la ricorrente non potrebbe comunque divenire aggiudicataria, dovendo essere, a sua volta, esclusa. La ricorrente infatti, precisa sul punto il patrocinio dell'ente, rivestendo i caratteri di piccola impresa, dovrebbe essere sottoposta alla predetta verifica solo al momento di una ipotetica aggiudicazione, ai sensi dell'art. 13, co. 4 legge n. 180/2011.

Sulla fondatezza di tale eccezione di inammissibilità la difesa comunale è tornata a insistere anche nella memoria di replica, sottolineando come nulla sarebbe stato controdedotto al riguardo dalla ricorrente nel corso dell'intero giudizio; in tale contesto, ad

avviso del medesimo patrocinio, i fatti posti a fondamento della predetta eccezione dovrebbero essere valutati alla stregua di “fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite”, da porre “a fondamento della decisione”, ex art. 64, comma 2, c.p.a.

8. L'eccezione è, nei sensi di seguito specificati, fondata.

9. L'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, a seguito delle modifiche introdotte con la legge 12 luglio 2011, n. 106, di conversione del D.L. n. 70 del 2011, ha esteso l'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui al comma 1, lettere b), c) ed m-ter), tra gli altri, anche "al socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci"; ciò, in ossequio alla ratio specifica della normativa sugli appalti pubblici, per la quale è ostativo il mancato possesso dei requisiti morali da parte di soci idonei a influenzare, in termini decisivi e ineludibili, le decisioni societarie (cfr. Cons. Stato, Adunanza Plenaria, decisione del 6 novembre 2013, n. 24).

10. La mancata dichiarazione da parte di tali soggetti si configura, pertanto, quale causa di esclusione per "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice", ex art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163/2006 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. 23/11/2016, n. 4920).

11. L'art. 13, co. 4 della legge L. 11/11/2011, n. 180 (“Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese”), dal canto suo, prevede che: “La pubblica amministrazione e le autorità competenti, nel caso di micro, piccole e medie imprese, chiedono solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. ...”. La prevalente giurisprudenza interpreta la norma in questione, dando bensì atto del particolare favor legislativo che interessa le imprese minori per ciò che riguarda gli oneri dichiarativi nei

confronti di amministrazioni pubbliche, ma senza ritenere che tale favor giunga al punto da ritenere inapplicabili nei confronti delle stesse le previsioni di cui all' articolo 48 del D. Lgs. n. 163 del 2006. Si reputa, infatti, con specifico riguardo a dette imprese, che “il peculiare regime di cui all'articolo 48 del previgente 'Codice' rappresenti - anche per le situazioni che qui vengono in rilievo - un adeguato punto di bilanciamento fra (da un lato) l'esigenza di rafforzare il ricorso al meccanismo dell'autocertificazione e (dall'altro) quella di responsabilizzare le imprese partecipanti e di accelerare la tempistica delle pubbliche gare, onerando in primis della produzione documentale lo stesso soggetto dichiarante” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, Sent., 10/01/2017, n. 40, che poi così aggiunge: “... Neppure è condivisibile la tesi secondo cui l'appellante non avrebbe potuto essere esclusa alla luce del comma 4 dell'articolo 13 del D.Lgs. n. 180 del 2011 , cit. Al riguardo si ritiene che la disposizione in parola ... possa, al più, porsi in deroga alla verifica dei requisiti ex officio di cui al comma 2 dell'articolo 48, cit. (verifica che, a termini di legge, deve essere effettuata nei confronti dell'aggiudicatario e del concorrente che lo segue in graduatoria). Al contrario, non emergono ragioni sistematiche per ritenere che il richiamato comma 4 dell'articolo 13 possa altresì operare una deroga alle previsioni in tema di c.d. 'controllo a campione', attese le finalità di interesse generale cui risponde tale istituto (il quale, secondo un consolidato orientamento, mira a garantire la verifica dell'affidabilità e della veridicità delle dichiarazioni rese entro un tempo ragionevole, al fine di non rallentare ulteriormente la procedura di gara)”.

12. Nella fattispecie in esame, hanno partecipato alla procedura di cottimo fiduciario indetta dal Comune di Casorezzo quattro

operatori, fra cui l'esponente, collocatasi al secondo posto nella graduatoria stilata all'esito della valutazione delle offerte economiche, dopo la Cooperativa Alechi.

13. Il Comune ha allegato e dimostrato (cfr. la visura camerale relativa all'Impresa Edile Cimiteriale, depositata sub n.20 della produzione di parte resistente, nonché la copia del bilancio d'esercizio della stessa Impresa, aggiornato al 31.12.2015, allegato sub n.19), che la società ricorrente, avente i requisiti della micro-impresa, è composta da tre soli soci ed ha - come socio di maggioranza - la sig.ra Faccendini Natalia (con il 66,67% di quote di proprietà), la quale, tuttavia, non ha prodotto in gara alcuna dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. b), c) ed m-ter), del d.lgs. n. 163/2006.

14. Tali dichiarazioni erano, fra l'altro, specificamente richieste a pena di esclusione dal punto 7 della lettera d'invito (allegata sub n. 4 della produzione di parte ricorrente), in conformità di quanto previsto dagli artt. 38, 48 e 125, co. 11 d.lgs. n. 163/2006.

15. Si potrebbe, ad avviso del Collegio, astrattamente obiettare sul punto, nel senso che, l'omessa dichiarazione del socio di maggioranza potrebbe essere colmata in sede di soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 46, co. 1 ter del d.lgs. n. 163/2006, richiamato anche al punto 6 della citata lettera d'invito, previo pagamento della sanzione pecuniaria.

15.1. Sennonché, nella concreta fattispecie in esame, il Collegio deve prendere atto di come, detto soccorso, non sia più esperibile a beneficio della ricorrente, essendo stata oramai acquisita in sede giurisdizionale la dimostrazione del mancato possesso dei requisiti oggetto dell'omessa dichiarazione.

15.2. In tal senso, giova precisare come l'amministrazione - la quale ha invocato l'esclusione della ricorrente facendo valere l'irregolarità essenziale dell'omessa dichiarazione da parte del socio di maggioranza, rilevante in caso di ipotetica aggiudicazione -, ben possa, come nel caso di specie, limitarsi ad addurre in sede processuale tale mancanza, collegando presuntivamente ad essa la possibile carenza del requisito sostanziale.

15.3. Resta, infatti, onere della parte contro cui è invocata l'esclusione, ex art. 2697 c.c., nella specie la ricorrente medesima, di ricondurre la res controversa nell'alveo dell'art. 38, comma 2-bis del d.lgs. n. 163/2006, provando che il requisito esiste e che, per l'appunto, si è trattato di una mera, sia pur essenziale, irregolarità documentale.

15.4. Va, tuttavia, registrato come, nel caso concreto, la ricorrente nulla abbia allegato a dimostrazione del possesso dei requisiti da parte del detto socio di maggioranza. Detto altrimenti, in nessuna delle sue difese, scritte od orali, la ricorrente ha preso in alcun modo posizione sulla eccepita mancanza d'interesse, ancorata all'assenza dei requisiti richiesti a pena di esclusione e verificabili in sede di una ipotetica aggiudicazione ad essa della gara.

16. In siffatte evenienze, va condivisa l'eccezione d'inammissibilità per difetto d'interesse, pena, altrimenti, un sicuro vulnus al principio, immanente nel processo, dell'onere della prova, oltre alla sicura frustrazione della finalità di accelerazione che permea le controversie in materia di contratti pubblici, ove si rimettesse alla stazione appaltante un soccorso istruttorio ex post a favore dell'esponente (cfr. T.A.R. Puglia Bari Sez. II, Sent., 10/03/2017, n. 230). Giova, a quest'ultimo riguardo, ribadire come la ricorrente non si sia affatto

premurata di addurre la possibilità di dimostrare, in sede di soccorso istruttorio, il possesso dei requisiti oggetto dell'omessa dichiarazione, non avendo affatto preso posizione sull'eccezione in questione, si da esporsi in pieno alla dedotta inammissibilità (sulla questione, da ultimo Cons. Stato, Sez. III, 02/03/2017, nn. 975 e 976).

17. Conclusivamente, quindi, il ricorso in epigrafe specificato va dichiarato inammissibile, per difetto d'interesse.

18. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente a rifondere le spese di lite alle controparti, liquidandole nella misura di euro 3.000,00, oltre accessori, a favore del Comune, e di euro 2.000,00, oltre accessori, a favore della controinteressata, per un totale di complessivi euro 5.000,00, oltre accessori dovuti per legge.

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

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio dei giorni 12 gennaio e 3 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere

Concetta Plantamura, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Concetta Plantamura

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO