

N. 02457/2012REG.PROV.COLL.
N. 03071/2009 REG.RIC.
N. 04363/2009 REG.RIC.



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

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 3071 del 2009, proposto da Acli Service Caserta a r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Lorenzoni, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via del Viminale 43;

contro

Patronato Caaf-Acai (Ass.Cristiana Artigiani Italiani) di Caserta, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Adinolfi, con domicilio eletto presso lo Studio Bei Rosati in Roma, via Ovidio 10;

nei confronti di

Comune di Caserta, rappresentato e difeso dall'avv. Rosa Tagliaferri, con domicilio eletto presso Andrea Pietropaoli in Roma, via Girolamo da Carpi 6;

sul ricorso numero di registro generale 4363 del 2009, proposto da Caf Acli S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Fabrizio Proietti, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, piazza Orazio Marucchi 5;

contro

Patronato Caaf - Acai (Assoc. Cristiana Artigiani. Italiani) di Caserta, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Adinolfi, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

Comune di Caserta, rappresentato e difeso dall'avv. Rosa Tagliaferri, con domicilio eletto presso Andrea Pietropaoli in Roma, via Girolamo da Carpi 6;

Acli Service Caserta S.r.l.;

per la riforma

entrambi i ricorsi, n. 3071 del 2009 e n. 4363 del 2009:

della sentenza del T.a.r. Campania – Napoli, Sezione I, n. 20219/2008, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERV .ASSISTENZA COMPILAZIONE RACCOLTA RICHIESTE ASSEGNI MATERNITA'

Visti il ricorso in appello, l'opposizione di terzo ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Caserta e del Patronato Caaf - Acai ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2012 il Cons.

Nicola Gaviano e udito per le parti ricorrenti l'avv. Fabio Lorenzoni, anche su delega dell'avv. Fabrizio Proietti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso al T.A.R. per la Campania il Patronato CAAF – ACAI (Associazione Cristiana Artigiani Italiani), sede di Caserta, avendo partecipato alla procedura di gara indetta dal Comune di Caserta per l'individuazione di un CAAF cui affidare, a titolo gratuito, il servizio di assistenza nella compilazione e raccolta delle richieste di assegni per maternità e nucleo familiare, ne impugnava l'aggiudicazione, disposta in favore del CAAF ACLI (unico altro concorrente rimasto in gara), unitamente al bando di gara, ai verbali della commissione giudicatrice e, infine, al contratto di affidamento del servizio sottoscritto tra il Comune e lo stesso CAAF ACLI.

Resisteva al ricorso l'Amministrazione comunale.

Il Tribunale adito, con la sentenza in forma semplificata n. 20219 del 2008 in epigrafe, accoglieva il ricorso, annullando l'aggiudicazione e dichiarando, in via riflessa, l'automatica caducazione del contratto di affidamento del servizio in applicazione del principio sotteso all'art. 246, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006.

Il giudice, in primo luogo, disattendeva l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla difesa comunale, che aveva opposto la circostanza della mancata notifica dell'impugnativa alla controinteressata CAF ACLI S.r.l. di Roma, da intendere quale

soggetto partecipante alla gara per il tramite della rappresentante ACLI Service Caserta S.r.l.

Il TAR sul punto, dopo avere rilevato che il contraddittorio era stato instaurato mediante notifica a questa seconda, osservava che *“dall’esame della documentazione prodotta in sede di gara da quest’ultima (domanda di partecipazione, certificazione della Camera di Commercio, dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà) e dalla mancata allegazione alla stessa di idonea procura, deve ricavarsi che, nonostante la spendita del nome contenuta nell’instestazione della domanda di partecipazione, ACLI Service Caserta S.r.l. abbia in realtà preso parte in proprio alla gara e che, quindi, sia la sola ed effettiva controinteressata all’annullamento della presente procedura”*.

Ai fini del merito, poi, il Giudice locale riteneva fondato il secondo motivo di gravame, con il quale la ricorrente aveva denunciato che la concorrente non avrebbe dimostrato il possesso del requisito, prescritto a pena di esclusione e da attestare documentalmente secondo le prescrizioni di bando, della *“iscrizione all’Albo CAAF di cui al D.M. 12/03/98 da almeno 6 anni”*.

Nella propria domanda di partecipazione, infatti, ACLI Service Caserta S.r.l. rinviava ad un (allegato) certificato della Camera di Commercio di Caserta, dal quale si sarebbe dovuto evincere, nelle sue intenzioni, il possesso del requisito: ma in realtà nel predetto certificato non era fatta menzione di alcuna iscrizione all’Albo di cui al D.M. 12 marzo 1998, iscrizione che non era stata comprovata nemmeno da dichiarazione sostitutiva ai sensi del D.P.R. n. 445/2000.

Da qui la conclusione del Tribunale che ACLI Service Caserta S.r.l. dovesse essere esclusa dalla gara, in forza della precisa disposizione di bando che imponeva ai partecipanti la dimostrazione, a pena appunto di esclusione, del possesso del requisito indicato.

Avverso la sentenza del TAR Campania la ACLI Service Caserta S.r.l., che era rimasta contumace in primo grado, proponeva il presente appello.

La predetta contestava la decisione per difetto di contraddittorio, svolgendo l'assunto che nel giudizio di primo grado fosse stato pretermesso il reale controinteressato, vale a dire la CAF ACLI S.r.l. di Roma, ossia il soggetto che aveva partecipato alla procedura, ne era stato dichiarato aggiudicatario ed aveva, infine, stipulato la relativa convenzione. L'appellante deduceva altresì la carenza di legittimazione dell'originaria ricorrente a partecipare alla gara, e quindi a ricorrere in giudizio avverso il suo esito.

Le ragioni dell'appellante venivano riprese ed approfondite con una successiva memoria, con la quale si insisteva per l'accoglimento dell'impugnativa.

Si costituiva in giudizio in adesione all'appello il Comune di Caserta, che faceva propri i motivi del gravame e concludeva per il suo accoglimento.

Resisteva invece all'impugnativa l'originaria ricorrente, che con la propria memoria ne eccepiva l'inammissibilità e deduceva l'infondatezza, riproponendo i motivi di prime cure rimasti assorbiti.

In concomitanza con la proposizione dell'appello della ACLI Service

Caserta S.r.l., la sentenza del TAR formava anche oggetto di ricorso in opposizione di terzo in grado di appello ad opera della CAF ACLI S.r.l. di Roma.

L'opponente, con argomentazioni simili a quelle svolte attraverso l'appello del quale si è detto, oltre a dolersi della propria mancata evocazione nel precedente giudizio di primo grado, e del difetto di legittimazione passiva del soggetto nei cui riguardi era stato instaurato ivi il contraddittorio in propria vece, deduceva la carenza di legittimazione attiva della ricorrente di prime cure.

In via subordinata l'opponente controdeduceva nel merito, argomentando nel senso dell'infondatezza del motivo di ricorso accolto dal TAR, e concludeva, comunque, per l'annullamento della sentenza impugnata, per avere accolto un ricorso inammissibile.

La ricorrente di prime cure resisteva anche a questa impugnativa. Essa ne eccepiva l'inammissibilità per più profili, in particolare sul rilievo che l'opposizione avrebbe dovuto essere proposta dinanzi al Giudice di primo grado, e ne assumeva inoltre l'infondatezza nel merito.

Il Comune di Caserta, dal canto suo, anche in questo caso faceva propri i motivi del gravame e ne chiedeva l'accoglimento.

Con ordinanze in data 26 maggio 2009 le domande cautelari delle ricorrenti venivano respinte.

Alla pubblica udienza del 20 marzo 2012 i due ricorsi sono stati congiuntamente trattenuti in decisione.

1 Rileva preliminarmente la Sezione la necessità della riunione dei ricorsi indicati, stante l'identità della sentenza che ne forma oggetto e

la sostanziale unitarietà della controversia.

2 Ciò premesso, possono essere rapidamente disattese le eccezioni di inammissibilità opposte alle presenti impugnative dall'originaria parte ricorrente.

In primis quella sulla pretesa inammissibilità dell'opposizione di terzo per il fatto che, in tesi, la stessa avrebbe dovuto essere esperita dinanzi allo stesso Giudice di primo grado che aveva emesso la sentenza. L'opposizione è stata invero spiegata solo dopo l'incardinamento dell'appello che era stato proposto avverso la medesima sentenza, per motivi almeno in parte simili, da ACLI Service Caserta S.r.l.. In presenza di un simile antefatto, quindi, la proposizione dinanzi allo stesso Consiglio di Stato anche dell'opposizione ha soddisfatto l'esigenza di evitare irrazionali duplicazioni di giudizi sullo stesso oggetto, in linea con gli orientamenti della giurisprudenza più sensibile verso le istanze dell'adeguato coordinamento dei rapporti tra appello a questo Consiglio ed opposizione di terzo (cfr. ad es. C.d.S., IV, nn. 6848 e 1131 del 2000; V, n. 4229 del 2001; VI, n. 23 del 2008), e anticipando così, nella sostanza, la soluzione che poco dopo sarebbe stata formalmente canonizzata dall'art. 109 CPA.

Altra eccezione dedotta avverso l'opposizione trae spunto dalla contestazione della titolarità, in capo all'opponente, della veste di controinteressato pretermesso in primo grado: ma dell'inconsistenza di tale contestazione si darà conto di qui a poco, nel prossimo paragrafo.

Infine, l'originaria ricorrente deduce che in nessuna parte dei ricorsi in esame sarebbe stato criticato lo specifico contenuto della sentenza appellata che aveva accertato che ACLI Service Caserta S.r.l. doveva essere esclusa dalla gara, in quanto sprovvista del requisito della *“iscrizione all’Albo CAAF di cui al D.M. 12/03/98 da almeno 6 anni”*. In contrario è tuttavia agevole notare che tanto l'appello (alle pagg. 5-6) quanto l'opposizione di terzo (pagg. 11-12) contrastano anche le censure del Patronato CAAF – ACAI scrutinate favorevolmente dal TAR, sia pure solo dopo avere introdotto doglianze logicamente preliminari, quale quella sulla omessa citazione in giudizio quale controinteressata della CAF ACLI S.r.l. di Roma. La corretta identificazione del soggetto concorrente refluisce, del resto, sull'impostazione di buona parte delle problematiche di merito della controversia, in primo luogo in quanto individua il soggetto in capo al quale va in via di principio verificato il possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara.

3 I ricorsi, oltre che ammissibili, sono fondati. Merita infatti adesione la censura, logicamente preliminare ed assorbente, attinente al difetto di contraddittorio che ha inficiato il giudizio di prime cure, a causa dell'omessa notifica della relativa impugnazione all'effettivo controinteressato.

La domanda di partecipazione intestata al CAF ACLI s.r.l. presentava, forse, qualche elemento di ambiguità, e non si può escludere che essa avrebbe potuto essere perciò intesa in più di un modo. Quel che più conta, però, è che la stessa sia stata interpretata dall'Amministrazione

come domanda riferibile proprio a tale soggetto, e non già alla ACLI Service Caserta S.r.l., con la conseguenza che proprio al primo (e non al secondo) la gara è stata aggiudicata (valutando a favore di tale concorrente tutte le pratiche da esso lavorate su scala nazionale, e non solo quelle localizzate nella Provincia); e sempre e solo con il medesimo è stata stipulata la relativa convenzione.

Compito del Giudice, inoltre, come noto, è quello di sindacare, su domanda di parte, la legittimità delle valutazioni compiute dall'Amministrazione, così come espresse dal provvedimento impugnato: ed è alla stregua della portata dispositiva di quest'ultimo che vanno individuati i necessari contraddittori. Di conseguenza, non sembra dubbio che l'impugnativa dell'aggiudicazione della gara avesse quale imprescindibile controinteressato il soggetto che la Stazione appaltante aveva individuato come aggiudicatario.

Lo stesso appellato, nella propria memoria di resistenza all'appello, ha ammesso d'altra parte (pagg. 2 e soprattutto 5) che dalla lettura della domanda di partecipazione avversaria si desumeva che la *“vera partecipante alla gara è la CAF ACLI S.r.l.”* (sia pure, in tesi, quale soggetto rappresentato senza poteri).

La ACLI Service Caserta S.r.l. non aveva preso parte alla gara, difatti, agendo in proprio, bensì spendendo la qualità di rappresentante della CAF ACLI S.r.l. quale sua società di servizi ai sensi dell'art. 11 D.M. 31/5/1999 n. 164, giusta convenzione tra loro sottoscritta il 20 marzo 2000 (ne consegue che era nei confronti della seconda, quale reale soggetto concorrente, che avrebbe dovuto essere indirizzata -previa

instaurazione del corretto contraddittorio- la verifica dei requisiti di partecipazione).

Non era invece consentito al Tribunale individuare il soggetto controinteressato sovrapponendo una propria soggettiva valutazione a quella espressa dall'Amministrazione attraverso l'atto impugnato, obliterando il soggetto a vantaggio del quale l'aggiudicazione era stata emessa, e sostituendo integralmente a lui nel ruolo di contraddittore il soggetto che invece, ad avviso del T.A.R., avrebbe dovuto essere considerato l'effettivo concorrente.

Il convincimento del primo Giudice che ACLI Service Caserta S.r.l. avesse partecipato alla gara in proprio è d'altra parte smentito *per tabulas* dal tenore della relativa domanda di partecipazione (all. 2 di entrambi i ricorsi in esame); e neanche un ipotetico difetto di delega avrebbe consentito di imputare la partecipazione alla gara alla società che vi aveva speso solo il nome altrui.

4 Poiché, dunque, il giudizio di primo grado si è svolto in assenza di un contraddittore necessario, viene in rilievo il disposto dell'art. 105 del CPA, che prevede l'annullamento della decisione con rimessione al primo Giudice nel caso sia mancato il contraddittorio o sia stato leso il diritto di difesa di una delle parti.

Il Tribunale valuterà preliminarmente se il difetto riscontrato nel contraddittorio sia sanabile mediante una sua integrazione secondo le regole generali, oppure attraverso la concessione del beneficio dell'errore scusabile, e nell'affermativa dirimerà, a contraddittorio integro, la presente controversia.

5 Per quanto esposto va pronunciato l'annullamento dell'impugnata decisione in accoglimento dei ricorsi, i cui residui mezzi possono rimanere assorbiti, disponendosi la conseguente rimessione della causa al primo Giudice.

Le spese processuali del doppio grado di giudizio possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), riuniti i ricorsi in epigrafe, li accoglie, e per l'effetto annulla l'impugnata decisione e rimette la causa al primo Giudice.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 20 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/04/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)