

Publicato il 07/08/2017

N. 03913/2017REG.PROV.COLL.
N. 05090/2016 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 5090 del 2016, proposto da:
Autodemolizione Veneta s.n.c., in proprio e quale Capogruppo del
R.T.I. con Autosprint 24 s.n.c., Barbierato Giovanni, Battistella s.r.l.,
Carrozzeria Biasion s.n.c., Autocarrozzeria Conte s.n.c., Carrozzeria
Fontana s.n.c., Garage Roma s.r.l., Mandruzzato F.lli s.n.c., Flli
Mardegna s.n.c., Flli Peruzzo s.n.c., Carrozzeria R.T.C., Sanguin
Sergio, Autocarrozzeria Savioli, Carrozzeria Tamiazzo, Adriano
Temporin, Tombola Assistance s.n.c., Autocarrozzeria Visentin,
Zago Enrico e Camillo s.n.c., Scolaro di Scolaro Enzo, in persona del
legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato
Giuseppe Altieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato
Giuseppe Pinto in Roma, via Stresa, 53;

contro

Ministero dell'Interno, Agenzia del Demanio, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi *ope legis* dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Autodemolizioni Castello s.n.c., nella qualità di impresa mandataria del R.T.I. aggiudicatario, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Zazza, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 73;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I TER n. 04974/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di recupero custodia ed acquisto di veicoli oggetto di provvedimenti di sequestro amministrativo fermo o confisca.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e dell'Agenzia del Demanio, nonché di Autodemolizioni Castello s.n.c.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2016 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Altieri, Roberto Zazza e dello Stato Paola De Nuntis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il R.T.I. con capogruppo l'Autodemolizione Veneta s.n.c. ha interposto appello avverso la sentenza 2 maggio 2016, n. 4974 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. I ter, con la quale è stato respinto il ricorso dalla stessa esperito avverso il provvedimento in data 15 febbraio 2013 di non ammissione alla successiva fase di gara, per non avere la ditta mandante "Barbierato Giovanni" presentato la dichiarazione richiesta a pena di esclusione al punto A2 del disciplinare di gara, essenzialmente concernente il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006.

La controversia è insorta in relazione alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di recupero, custodia ed acquisto di veicoli, oggetto di provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'art. 214 bis del d.lgs. n. 285 del 1992, nell'ambito provinciale di Padova, indetta dall'Agenzia del Demanio e dal Ministero dell'Interno in data 30 luglio 2012.

Con il ricorso in primo grado il raggruppamento Autodemolizione Veneta ha dedotto censure nei confronti della non ammissione alla fase successiva della gara, e con i motivi aggiunti nei confronti dell'aggiudicazione in favore di Autodemolizioni Castello s.n.c.

2. - La sentenza qui appellata, come esposto, ha respinto il ricorso, senza affatto trattare l'impugnativa dell'aggiudicazione all'impresa controinteressata.

3. - L'appello censura la sentenza deducendone anzitutto la nullità per omesso esame dei motivi aggiunti aventi ad oggetto l'aggiudicazione definitiva, che vengono dunque reiterati in questa sede, e poi le statuizioni di rigetto dell'impugnativa avverso l'esclusione di Autodemolizione Veneta s.n.c. dalla gara.

4. - Si sono costituiti in resistenza l'Autodemolizione Castello s.n.c. nonché il Ministero dell'Interno e l'Agenzia del Demanio, chiedendo la reiezione dell'appello.

5. - All'udienza pubblica del 13 dicembre 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo mezzo di gravame, con cui si deduce la nullità della sentenza per omessa decisione sui motivi aggiunti proposti avverso l'aggiudicazione definitiva della gara, non è fondato nella sua assolutezza.

Si intende con ciò osservare, in termini astratti, che l'omessa disamina dei motivi aggiunti, in effetti riscontrabile, non comporta la nullità della sentenza e neppure la rimessione al primo giudice, limitata ai casi indicati nell'art. 105 Cod. proc. amm.

Tali motivi aggiunti dovranno dunque essere oggetto di scrutinio in questa sede, ove e nella misura in cui sia apprezzabile l'interesse al ricorso.

2. - Seguendo l'ordine di trattazione dei motivi di appello, si lamenta anzitutto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto legittima l'esclusione di Autodemolizione Veneta s.n.c., nell'assunto che la mancata produzione della dichiarazione di cui al punto A.2) del disciplinare di gara da parte della mandante ditta Barbierato poteva ritenersi supplita dalla dichiarazione di cui al punto A.3), e comunque, in presenza di un'eventuale incompletezza, essere regolarizzata esercitando il doveroso esercizio del potere di soccorso istruttorio.

Il motivo non è fondato.

Il disciplinare di gara, con riguardo ai requisiti di ordine generale e di idoneità professionale, al punto A.2), prevedeva che nella busta “A” fosse contenuta, a pena di esclusione, una dichiarazione con la quale il legale rappresentante del concorrente attestasse, per quanto rileva in questa sede : a) che il concorrente è iscritto all’Ufficio del Registro delle imprese presso la Camera di Commercio per l’attività oggetto dell’appalto, b) che nei propri confronti non è pendente un procedimento per l’applicazione delle misure di prevenzione, c) di non trovarsi nelle cause di esclusione di cui all’art. 38, comma 1, lett. a), d), e), f), g), h), l), m) ed m-bis) del d.lgs. n. 163 del 2006.

Si tratta della grande parte dei requisiti di ordine generale previsti a pena di esclusione dall’art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, e dunque ricompresi nell’ambito delle cause di esclusione di cui all’art. 46 dello stesso *corpus* legislativo, senza che si ponga dunque un problema di violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, sancito dal comma 1-bis della norma da ultimo citata.

Non appare persuasivo l’argomento defensionale secondo cui la mancata presentazione della dichiarazione di cui *sub* lett. A.2) potrebbe ritenersi compensata dalla dichiarazione sostitutiva resa in conformità ai punto A.3) della stessa *lex specialis*, non essendo utilizzabile il ragionamento logico dell’inclusione. Ed infatti il punto A.3) prevede che la dichiarazione concerna le sole condizioni di esclusione di cui all’art. 38, comma 1, lett. c) ed m-ter) del d.lgs. n. 163 del 2006, non sussistendo dunque un rapporto di sovrapposizione di ambito tra le due dichiarazioni.

L’omessa dichiarazione relativa al modello A.2) integra dunque la fattispecie della documentazione “mancante” e non solamente “incompleta”, e tale considerazione evidenzia anche la non

invocabilità del potere di soccorso istruttorio. Quest'ultimo, infatti, è un potere di ordine generale operante alla stregua di regola procedimentale, in forza della quale l'Amministrazione, prima di provvedere all'esclusione dalla gara, invita il concorrente ad integrare o regolarizzare le proprie dichiarazioni. Il soccorso istruttorio opera, nel regime successivo alla novella del 2014, non solo al fine della regolarizzazione documentale, ma anche dell'integrazione documentale, in caso di mancanza di dichiarazioni ed elementi dell'offerta, purchè le lacune ed omissioni non superino i limiti della "irregolarità essenziale", configurando una più radicale carenza di un elemento essenziale dell'offerta (in termini Cons. Stato, V, 21 aprile 2016, n. 1597). Nel caso di specie, l'omessa dichiarazione ai sensi della lett. A.2) del disciplinare evidenzia proprio una situazione siffatta, e supera pertanto l'ambito di operatività del soccorso istruttorio.

3. - La società appellante deduce poi che l'operatore economico escluso dalla gara ha comunque un interesse strumentale alla decisione sull'impugnazione avverso l'altrui aggiudicazione, allorchè alla gara abbiano partecipato solamente due imprese.

L'assunto non ha pregio, in quanto evoca l'indirizzo giurisprudenziale formatosi in tema di ordine di esame di ricorsi reciprocamente escludenti, principale ed incidentale, non configurabile nella fattispecie in esame (in termini Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

In linea generale, e dunque al di fuori del predetto ambito processuale del ricorso escludente, vale la regola per cui il soggetto che è stato legittimamente escluso dalla gara risulta privo di legittimazione e/o carente di interesse con riferimento alla deduzione

di vizi relativi alle ulteriori fasi della procedura concorsuale; infatti l'accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva non comporterebbe l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore. Anche in una prospettiva di riedizione della gara (e dunque di interesse strumentale, e non c.d. finale, vale a dire al conseguimento dell'appalto) la legittima esclusione dalla gara priva il concorrente della disponibilità di interessi qualificati (in termini Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015, n. 5651).

4. - Conseguenze da quanto esposto che i motivi aggiunti di primo grado, reiterati in questa sede, risultano inammissibili.

In particolare, è inammissibile il motivo (pagg. 10-11 dell'atto di appello) con cui si deduce l'illegittimità del bando per indeterminatezza del valore dell'appalto, circostanza che precluderebbe la formulazione di un'offerta adeguata anche con riguardo agli oneri della sicurezza. Si tratta di un profilo che non si traduce in una clausola escludente, *ex se* ostativa all'ammissione, ed infatti non è stata fatta oggetto di immediata impugnazione (Cons. Stato, IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; Ad. plen., 27 gennaio 2003, n. 1); con la conseguenza che l'eventuale impugnativa della prescrizione di gara andava proposta unitamente all'atto applicativo con il quale si concretizza la lesione in capo ad un soggetto, a condizione, evidentemente, che lo stesso abbia partecipato alla procedura o non ne sia stato legittimamente escluso.

Altrettanto inammissibili sono gli ulteriori motivi aggiunti, con cui si contesta il giudizio di congruità dell'offerta aggiudicataria, nonostante le modalità di redazione ed il contenuto asseritamente inadeguato delle giustificazioni rese nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

5. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello deve essere respinto, e pertanto la sentenza di primo grado deve essere confermata, seppure con motivazione integrata.

Si ravvisano, data la peculiarità della vicenda processuale, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado con motivazione integrata.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO

