



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 Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1138 del 2022, proposto da C.V.M. Cilifrese Vincenzo Multiservizi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Campanile e Girolamo Matera, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Grottaglie, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Claudio Orazio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza "Montedoro", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti

ServiceOne S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Pianesi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della Determinazione Dirigenziale del 9.8.2022, n. 740, assunta dal Comune di Grottaglie (TA), con cui è stata aggiudicata la "Procedura aperta per la gestione dei servizi cimiteriali e delle lampade votive presso il cimitero di Grottaglie (TA). CIG 9089248CB8".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Grottaglie e della ServiceOne S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2022 il dott. Nino Dello Preite;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con ricorso notificato a mezzo PEC in data 30.9.2022 la C.V.M. Cilifrese Vincenzo Multiservizi S.r.l. ha impugnato la Determina Dirigenziale n. 740 del 9.8.2022 del Comune di Grottaglie, nonché i presupposti atti di gara, con cui è stata disposta l'aggiudicazione in favore della controinteressata ServiceOne S.r.l. della *"Procedura aperta per la gestione dei servizi cimiteriali e delle lampade votive presso il cimitero di Grottaglie (TA). CIG 9089248CB8"* per un valore a base d'asta di € 511.876,97.

La società ricorrente, classificata seconda nella graduatoria della procedura concorsuale *de qua*, ha chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato in data 23.9.2022, rep. n. 1731, tra il Comune di Grottaglie e la ServiceOne s.r.l. e ha proposto domanda di subentro o - in subordine - di risarcimento del danno per equivalente.

2. - Si sono costituiti il Comune di Grottaglie e la controinteressata, instando per la reiezione del ricorso, con vittoria di spese.

3. - Previo deposito di memorie difensive *ex art. 73 c.p.a.*, all'udienza pubblica del 20 dicembre 2022, la causa è stata riservata in decisione.

4. - Con il primo ed il quarto motivo di ricorso, che vanno trattati congiuntamente per l'evidente comunanza dei profili di censura ivi proposti, la parte ricorrente denuncia la violazione della clausola di esclusione contenuta nell'art. 11.C.2) del disciplinare, nonché dei principi di *par condicio* ed imparzialità, per avere la P.A. attivato il soccorso istruttorio pur in presenza della dichiarazione della società ServiceOne di non aver ancora conseguito un requisito tecnico-professionale previsto a pena di esclusione dalla legge di gara; in particolare, la difesa attorea stigmatizzata la circostanza che la controinteressata ha dichiarato a pag. 3 del Modello B che *"la certificazione OHSAS 18001 (ora ISO 41001:2018 è in corso di rilascio"*, in tal modo palesando il mancato possesso del requisito.

Le doglianze colgono nel segno.

Osserva il Collegio che la P.A. ha illegittimamente ammesso la controinteressata alla procedura, sebbene la stessa – alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara – fosse dichiaratamente non in possesso della certificazione di qualità ISO 45001, certificazione espressamente richiesta, a pena di esclusione, dall'art. 11 della *lex specialis* di gara.

Deve infatti ritenersi affetto da illegittimità il provvedimento di ammissione alla gara di un concorrente nel caso in cui il requisito di partecipazione venga conseguito in un momento non anteriore al termine di presentazione delle offerte, in quanto, diversamente opinando, si arrecherebbe un grave *vulnus* al principio di *par condicio*, dal punto di vista dell'elusione a titolo particolare del termine perentorio di partecipazione.

Sulla scia della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 20.7.2015, si deve riaffermare in questa sede l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale i requisiti di partecipazione prescritti devono essere posseduti dai concorrenti al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte e, senza soluzione di continuità, in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica (cfr., *ex multis*, TAR Campania, Salerno, 4.7.2018, n.1019).

Conseguentemente è irrilevante la circostanza che la partecipante in data 26.4.2022 e, dunque, dopo il termine di presentazione delle offerte (stabilito dal bando per la data del 18.4.2022) abbia ottenuto la certificazione ISO 45001:2018, essendo solo quest'ultimo momento quello rilevante per la valutazione delle offerte delle partecipanti (cfr., in termini, TAR Calabria – Catanzaro, Sez. I, 27.12.2021, n. 2390).

Ed invero, soltanto in data 26.4.2022, ben oltre il termine di scadenza delle offerte fissato al 18.4.2022, la ServiceOne S.r.l. ha ottenuto il rilascio della certificazione richiesta per l'oggetto dell'appalto; non è rilevante la circostanza che il processo di certificazione sia stato avviato in data 14.4.2022, quindi prima del termine di scadenza delle offerte, in quanto la relativa attestazione ha acquistato efficacia al momento del suo effettivo rilascio, e quindi a far data dal 26.4.2022.

Alla luce delle richiamate circostanze fattuali, non convince la contraria ricostruzione della controinteressata, e non appaiono calzanti i richiami giurisprudenziali, dalla stessa operati, relativamente alla diversa ipotesi di mero rinnovo della certificazione di qualità.

5. - Né, in contrario, può essere accampato il chiarimento di cui alla nota n. 1743 dell'11.4.2022, addotto dalla controinteressata a sostegno delle proprie tesi, con cui la P.A. ha inizialmente ritenuto che, ai fini di che trattasi, fosse ammissibile la presentazione di un *“pre-certificato di rilascio della certificazione ISO 45001”*, giacché detto chiarimento non è idoneo a superare le inequivoche prescrizioni del bando di gara (la Stazione appaltante nel suddetto chiarimento ha così stabilito: *“Considerato che a conclusione di un periodo di transizione di tre anni dalla pubblicazione, la norma UNI ISO 45001 sostituisce la BS OHSAS 18001 come unico riferimento per la certificazione dei sistemi di gestione per la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, ai fini*

dell'ammissione alla gara l'operatore economico che al momento della pubblicazione del bando di gara in fase di certificazione potrà presentare il pre certificato di rilascio della certificazione ISO 45001").

Infatti, per univoca giurisprudenza, eventuali chiarimenti resi in corso di procedura non possono in alcun modo comportare sostanziali modifiche alla *lex specialis*, che è l'unico atto sul quale si instaura il confronto concorrenziale.

A tal proposito, il Collegio condivide gli approdi giurisprudenziali del Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa, secondo cui “*I chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e la ratio, ma non quando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire a una disposizione del bando un significato e una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della lex specialis, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost.*” (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 20 aprile 2015, n. 1993; Sez. V, 29 settembre 2015, n. 4441; Sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154).

Dunque, i chiarimenti integrativi della *lex specialis* non possono essere ritenuti vincolanti per la commissione giudicatrice (cfr. sentenza di questa Sezione del 20.6.2022, n. 1002, confermata dal Consiglio di Stato, Sez. V, 7.9.2022, n. 7793), essendo pacifico in giurisprudenza che i chiarimenti non possono modificare gli atti di gara, pena l'illegittima disapplicazione della *lex specialis* (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 27 dicembre 2019 n. 8873).

6. - In disparte l'inderogabile tassatività delle clausole espulsive, vi è poi da evidenziare che - secondo quanto risulta dagli atti di causa - la certificazione UNI ISO 45001 è entrata in vigore il 12 marzo 2018 (v. richiesta di chiarimento e relativa risposta: doc. n. 3 e n. 4 foliaro del 25.11.2022), sostituendo definitivamente la precedente certificazione OHSAS 18001 dopo un periodo transitorio di durata triennale, sicché l'operatore economico ha potuto disporre di un tempo più che ragionevole per poter conseguire la certificazione richiesta inderogabilmente dalla *lex specialis*.

7. - Infine, circa l'applicazione dell'art. 87, D. Lgs. n. 50/2016, invocata dalla controinteressata, si richiama quanto recentemente stabilito dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha chiarito che “*...la disposizione in questione [...] va interpretata in modo del tutto restrittivo, in quanto le condizioni fissate al riguardo dalla richiamata norma di legge sono rigorose e stringenti e nel caso dell'odierna ricorrente non vi è indizio del fatto, a dire il vero neppure prospettato in giudizio, che esse siano soddisfatte*”; l'inciso “*qualora gli operatori economici interessati non avessero la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti per motivi non imputabili agli stessi operatori economici*” restringe infatti entro i limiti della prova della non imputabilità, che, in termini

semplificati, consiste nella assenza di colpa, la possibilità di comprovare altrimenti l'impiego di misure di garanzia della qualità equivalenti a quelle la cui dimostrazione è, anzitutto, affidata alla produzione in gara di una determinata certificazione (TAR Campania, Napoli, sez. IV, 21.6.2018, n.4190).

Nel caso di specie, la controinteressata non ha allegato, né tampoco dimostrato, le ragioni per cui la certificazione sarebbe stata di difficile ottenimento; al contrario, in sede di dichiarazione resa con il modello DGUE, ha espressamente riconosciuto di non essere in possesso della prescritta certificazione di qualità unicamente in ragione della pendenza della relativa procedura (e, dunque, della relativa tardiva attivazione).

Conclusivamente, il gravame deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere annullato il provvedimento di aggiudicazione della gara in favore di ServiceOne S.r.l.

8. - Per quanto riguarda la domanda di dichiarazione d'inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata, va evidenziato quanto segue.

Al caso di specie si applica l'art. 122 del cod. proc. amm., non rientrando la fattispecie oggetto di causa nell'ambito di applicazione dell'art. 121.

Tale referente normativo dispone che *“1. Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”*.

La normativa indicata va interpretata tenendo conto della previsione di un potere officioso riconosciuto al giudice che pronunci l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva.

In questo caso, infatti, il giudice è chiamato anche a valutare, sulla base dei parametri specificati nella norma, se privare o meno di effetti il contratto stipulato (sul punto, TAR Piemonte, sez. I, 10 giugno 2019, n. 681 TAR Lazio, Roma, Sez. II, 29 marzo 2018, n. 3477).

9. - Nel caso in esame, il Collegio ritiene di poter accogliere anche la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto sottoscritto in data 23 settembre 2022, rep. n. 1731, esibito in atti dalla controinteressata, tenuto conto che:

- la ricorrente, nella graduatoria della procedura concorsuale *de qua*, segue immediatamente la controinteressata ed ha formulato domanda di subentro;
- l'appalto ha una durata di tre anni;

- la stazione appaltante e la controinteressata non hanno controdedotto alcunché rispetto alla richiesta di declaratoria di inefficacia.

Il Collegio ritiene di accogliere la domanda di declaratoria di inefficacia alla luce dello stato di esecuzione dell'accordo contrattuale (efficace dal 23 settembre 2022, ma proiettato su un orizzonte di altri due anni e nove mesi), della possibilità tecnica di subentro (in ordine alla quale nulla ha osservato in contrario la difesa della stazione appaltante) e tenuto conto degli interessi delle parti (della P.A. all'ottimale espletamento del servizio da parte del soggetto professionale in possesso *ab origine* dei prescritti requisiti tecnico-organizzativi e della ricorrente al prioritario risarcimento in forma specifica).

Per l'effetto, il Collegio reputa adeguato e sostenibile fissare come data di decorrenza massima per il subentro il 1° marzo 2023, così da assicurare un congruo intervallo temporale per il passaggio di consegne, fermo restando che la stazione appaltante dovrà procedere alla formalizzazione della nuova aggiudicazione previo espletamento dei controlli previsti dal codice dei contratti pubblici.

10. - Residua da esaminare la domanda risarcitoria relativa al periodo di esecuzione del contratto già svolto: segnatamente, la ricorrente reclama un risarcimento in misura proporzionale all'offerta economica per i mesi in cui il servizio non è stato reso, commisurato al 10% per mancato utile di impresa e al 5% per danno da mancata qualificazione professionale.

Al riguardo preme al Collegio di richiamare l'indirizzo giurisprudenziale che nega suggello risarcitorio al *quantum* genericamente invocato dall'operatore economico pretermesso in ragione della carenza di puntuali allegazioni probatorie, sia in punto di *aliunde perceptum vel percipiendum*, che di danno curricolare: la condivisibile e maggioritaria giurisprudenza amministrativa si è infatti assestata su indirizzi interpretativi particolarmente severi e rigorosi allorquando vengono all'attenzione istanze risarcitorie, specie in materia di contratti pubblici, ove non è configurabile neanche l'elemento psicologico.

Nella specie, si è affermato che nelle gare pubbliche il lucro cessante da perdita della possibilità di aggiudicazione può essere risarcito per intero solo quando l'impresa documenti di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze lasciati disponibili per l'espletamento di altre commesse (mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere, in virtù di una *praesumptio hominis ex art. 2729* cod. civ., che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori), così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità e con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile, in applicazione del principio dell'*aliunde*

perceptum e con la specificazione che l'onere di provare l'assenza dell'*aliunde perceptum* grava non sull'amministrazione, ma sull'impresa ricorrente (cfr. Adunanza Plenaria, 12 maggio 2017, n. 2; Consiglio di Stato, Sez. III, 12 novembre 2014, n.5567; TAR Piemonte, Sez. I, 2 maggio 2022, n. 418; TAR Salerno, Sez. I, 4 dicembre 2017, n.1698).

Nel caso di specie, la società C.V.M. nulla allega circa la possibilità o meno di espletamento di commesse alternative, e quindi non giunge a paralizzare con adeguata prova contraria l'operatività della presunzione semplice per cui, nel silenzio della parte, deve ragionevolmente ritenersi che le attività e le risorse strumentali dell'impresa siano stati utilmente destinati ad altri impieghi egualmente profittevoli.

A parere del Collegio, la richiamata presunzione di *aliunde perceptum vel percipiendum* vale ad elidere la quota di utile asseritamente venuto a mancare all'appello nei mesi di illegittima pretermissione dall'affidamento.

Conclusivamente, l'istanza risarcitoria per equivalente per la parte di commessa non eseguita deve essere respinta.

11. - Le spese seguono la soccombenza del Comune resistente e della Centrale Unica di Committenza "Montedoro" e sono liquidate a favore della ricorrente come da dispositivo, mentre appare equo compensarle nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Lecce, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- a) accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato;
- b) dichiara l'inefficacia del contratto stipulato dal Comune di Grottaglie, fissando la decorrenza del subentro non oltre il 1° marzo 2023;
- c) respinge la domanda di risarcimento per equivalente;
- d) condanna il Comune di Grottaglie e la Centrale Unica di Committenza "Montedoro", in solido tra loro, alla rifusione in favore della ricorrente delle spese di lite, liquidate in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge;
- e) compensa le spese di lite nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Antonella Mangia, Presidente

Roberto Michele Palmieri, Consigliere

Nino Dello Preite, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Nino Dello Preite

IL PRESIDENTE
Antonella Mangia

IL SEGRETARIO