

N. 00128/2014REG.PROV.COLL.
N. 04020/2013 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4020 del 2013, proposto da:

Croce Gialla S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. ti Fabio Palermo e Rosella Ferrara, con domicilio eletto presso la Segreteria di questa Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

Comune di Lanciano, in persona del Sindaco *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Carlini, con domicilio eletto presso lo Studio Di Gravio, in Roma, via Anapo, 29;

nei confronti di

Coop-Croce Azzurra, non costituita nel presente giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. ABRUZZO - sez. staccata di PESCARA - sezione I n. 105/2013, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio del trasporto disabili presso strutture sanitarie riabilitative e socio-

educative.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Lanciano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2013, il Cons. Hadrian Simonetti;

Uditi per le parti, alla stessa udienza, gli avvocati Conticiani, su delega di Palermo e di Ferrara, e Carlini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Lanciano, con determinazione del 30.4.2012, ha indetto una procedura negoziata, con il sistema del cottimo fiduciario ai sensi dell'art. 125 d.lgs. 163/2006, per l'affidamento dell'appalto del servizio di trasporto disabili presso strutture sanitarie riabilitative e socio-educative.

L'offerta presentata dalla Croce gialla s.r.l., risultata la migliore, è stata sottoposta a verifica di anomalia e, all'esito del relativo procedimento, dopo alcuni mesi, è stata dichiarata aggiudicataria in via definitiva della procedura, con atto del 12.10.2012.

2. In seguito il Comune, in risposta al preavviso di ricorso presentato dalla seconda classificata Croce Azzurra, con atto del 27.11.2012 ha annullato in autotutela la precedente aggiudicazione in favore di Croce Gialla; ciò sul rilievo che fosse stata omessa la dichiarazione *ex art. 38, co. 1, lett. b)*, del d. lgs. n. 163/2006 relativa al socio di maggioranza che nel corso dell'anno antecedente l'indizione della gara aveva ceduto le proprie quote.

3. Croce gialla s.r.l. ha quindi proposto ricorso giurisdizionale avverso

l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione in proprio favore, nonché nei confronti della successiva (ri)aggiudicazione in favore di Croce azzurra avvenuta con atto del 29.11.2012 e delle diverse proroghe al precedente contratto accordate *medio tempore* sempre in favore di Croce azzurra.

Il Tar, decidendo direttamente nel merito in sede cautelare ai sensi dell'art. 60 c.p.a., lo ha respinto, fondando, molto sinteticamente, il *decisum* sulla circostanza della incontestata omessa dichiarazione *ex art. 38* e sul presupposto che i vizi di natura procedimentale dedotti comunque non avrebbero potuto determinare un diverso esito della vicenda.

4. Con il presente appello è censurata la sentenza, sia, nel metodo, per avere deciso in forma semplificata su di una questione che avrebbe richiesto un esame più approfondito; sia, nel merito, per non avere considerato i vizi procedurali in cui era incorsa l'amministrazione nell'esercizio del potere di autotutela in relazione alla peculiare natura di secondo grado di tale procedimento, nonché, sul piano sostanziale, la mancata lesività dell'omessa dichiarazione, il cui obbligo, nel caso del socio di maggioranza di una società con meno di quattro soci, è stato peraltro previsto da una normativa recente (l'art. 4, co. 2, lett. b) del d.l. 31.5.2011, n. 70, convertito in l. 12.7.2011, n. 106, che ha modificato, per l'ennesima volta, l'art. 38, co. 1, lett. b) del Codice dei contratti).

Si è costituito il Comune replicando con articolata memoria difensiva, mentre nessuno si è costituito per la controinteressata Croce azzurra.

Nella camera di consiglio del 24.10.2013, in vista della quale sono state depositate memorie illustrative, la causa è passata in decisione.

5. Il primo motivo dell'appello, volto a contestare l'ammissibilità di una decisione immediata, all'esito della fase cautelare, da parte del Giudice di primo grado, è infondato.

5.1. Premesso infatti che, in concreto, non è contestata la duplice circostanza che alle parti fosse stato dato il rituale avviso di legge (per quanto sintetico) e che fossero stati rispettati i termini a difesa di cui all'art. 55, co. 5, c.p.a., la scelta di definire la causa anche nel merito, ai sensi ed alle condizioni di cui all'art. 60, è in via generale rimessa alla prudente valutazione del Collegio e, nel rito degli appalti, alla luce dell'art. 120, co. 6, parrebbe anzi la soluzione processuale privilegiata dal legislatore, in nome dell'immediatezza e della celerità che connotano tale rito speciale; senza che peraltro sussista in tal caso alcun obbligo per il Collegio, salvo che si versi nella particolare ipotesi di cui all'art. 73, comma 3, c.p.a., di indicare preventivamente alle parti i singoli punti della controversia o le ragioni, sulle quali intenda fondare la propria decisione.

Occorre comunque in proposito aggiungere (si intende, sempre in linea generale) che tutto questo deve comunque coniugarsi con un giudizio effettivo, che non eluda la complessità delle questioni, che spesso contrassegna proprio le controversie in materia di appalti.

Ciò posto, nel caso di specie non risulta in alcun modo violato il diritto di difesa, atteso che non risulta che la parte, ricevuta in camera di consiglio dal collegio giudicante l'informazione in ordine alla possibilità di definire la causa con sentenza in forma semplificata, abbia fatto constare l'inadeguatezza dell'istruttoria ovvero fatto presente l'esigenza di depositare documenti utili ai fini del decidere.

6. E' invece fondato il secondo motivo di appello, con cui sono riproposte le censure in primo grado dedotte sia con il ricorso principale che con i motivi aggiunti, nella parte in cui si contesta, nell'insieme, l'esercizio del potere di autotutela, in particolare sotto il duplice profilo della violazione dell'art. 46 del Codice dei contratti e della insufficiente motivazione.

6.1. La difesa appellante censura, in prima battuta, l'estrema rapidità con cui è stato condotto e concluso il procedimento di secondo grado, all'indomani della segnalazione pervenuta dalla seconda classificata Croce azzurra, tanto più al confronto con la durata della procedura di aggiudicazione in suo favore del cottimo fiduciario di cui si tratta, che, invece, si era protratta per lunghi mesi, attraverso numerosi adempimenti istruttori volti ad accertare la correttezza dell'offerta economica dell'impresa prima classificata.

6.2. Ciò posto, lamenta, più nel dettaglio, per un verso, a fronte di una irregolarità documentale solamente parziale, l'omesso esercizio da parte della stazione appaltante del potere-dovere di soccorso istruttorio, che avrebbe consentito alla Croce gialla di integrare agevolmente la documentazione già prodotta; e, per altro verso, l'omessa ponderazione di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, come si ricaverebbe dall'incompletezza della motivazione, che, al di là di formule di mero stile, non spiegherebbe la ragione per la quale – in sede di autotutela – l'amministrazione appaltante abbia valutato preminente, su ogni altro elemento della fattispecie, l'omissione della dichiarazione *ex art. 38* del Codice dei contratti da parte del socio di maggioranza sig. Guerriero.

6.3. Ciò, nonostante che – evidenzia la difesa appellante a p. 18 dell'appello – questi possedesse tutti i requisiti soggettivi del caso, come si evince dal Certificato del casellario giudiziale prodotto già dinanzi al Tar e che, quindi, l'omissione fosse legata alla novità della previsione legislativa introdotta appena pochi mesi prima l'indizione della procedura in questione ed alle incertezze che avrebbero contraddistinto le prime applicazioni della stessa.

6.4. Se questi sono i punti centrali della tesi difensiva di parte appellante, reputa il Collegio che, al fondo delle questioni dedotte, debba considerarsi la specificità del caso in esame, nel quale il noto contrasto tra le diverse

interpretazioni - ora più formalistiche, perché preoccupate della garanzia della *par condicio*; ora invece più sostanzialistiche, perché ispirate ad una logica del risultato ed al *favor participationis* - degli obblighi dichiarativi discendenti dall'art. 38 si pone non già durante lo svolgimento della procedura di gara ma in sede di autotutela, in occasione del riesame dell'aggiudicazione disposta all'esito della prima fase.

6.5. In tale sede, reputa il Collegio che il dato formale dell'omessa dichiarazione *ex art. 38* (che dev'essere resa a pena di esclusione dalla gara: Cons. St., ad. plen., n. 21/2012) debba essere valutato unitamente al profilo sostanziale del concreto possesso del requisito di partecipazione, che proprio attraverso la dichiarazione si doveva dimostrare esistente.

Ciò è infatti conforme alla natura del potere di autotutela in generale, che, come è noto, presuppone una attenta ponderazione comparativa tra tutti gli interessi dei soggetti coinvolti e dove il ripristino della legalità non è motivo di per sé solo sufficiente per l'annullamento del precedente atto, ove ad esso non si accompagni la convinzione, dimostrabile, che tutto ciò sia in funzione della tutela effettiva dell'interesse pubblico, inteso in senso ampio.

Infatti, se è vero che la pubblica amministrazione conserva indiscutibilmente anche in relazione ai procedimenti di gara per la scelta del contraente il potere di annullare in via di autotutela il bando così come le singole operazioni di gara, tale potere trova fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 della Costituzione, sì che esso va esercitato tenendo conto delle preminenti e sostanziali ragioni di salvaguardia del pubblico interesse, oltre che nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza e di tutela dell'affidamento ingenerato.

Nel caso di specie, si deve precisare inoltre come proprio la corretta applicazione dell'art. 46 del Codice dei contratti invocato dall'appellante,

ovvero del cd. soccorso istruttorio a fronte di una documentazione incompleta (che nell'ambito dell'ordinario procedimento di gara non è assoluto ed incondizionato, ma incontra il limite applicativo della *par condicio*), avrebbe rivelato subito ai responsabili della procedura come Croce gialla fosse nel pieno possesso dei requisiti di moralità; così da porre gli stessi in condizione di assolvere alla necessaria valutazione comparativa tipica ed esclusiva del procedimento di autotutela, della quale invece non è stata fatta alcuna applicazione nel caso in esame, in cui l'amministrazione si è fermata al mero riscontro dell'incompletezza, peraltro limitata ad un solo soggetto della compagine sociale, dell'obbligo dichiarativo, come denunciata dalla seconda classificata, senza accertare se, in concreto e nella sostanza, il requisito generale di moralità fosse posseduto o meno.

Tutto questo nonostante che un simile accertamento fosse di immediato compimento e non potesse ritardare in modo apprezzabile i tempi di conclusione di una procedura di gara, che invece, per altre ragioni, si era già protratta per un tempo all'apparenza difficilmente giustificabile e nella quale – altro elemento di non secondaria rilevanza – lo scarto di punteggio tra la prima e la seconda classificata era stato assai netto e tale da assicurare alla stazione appaltante un significativo risparmio di spesa.

6.6. In conclusione sul punto, l'appello è fondato e dal suo accoglimento consegue l'annullamento non solo della determinazione del 27.11.2012 di annullamento in autotutela della precedente aggiudicazione in favore di Croce Gialla, ma anche di quella del 29.11.2012, con cui la procedura è stata definitivamente aggiudicata alla Croce azzurra.

7. L'appello è fondato anche riguardo all'impugnazione degli atti di proroga disposti, nel corso della procedura di gara, in favore di Croce azzurra, quale precedente gestore, appunto in proroga, del medesimo servizio.

7.1. Vale osservare che la difesa dell'amministrazione ha giustificato tale proroga unicamente in ragione della necessità, lapalissiana, di evitare l'interruzione del servizio, senza chiarire i motivi per i quali non le era stato possibile programmare, per tempo, un'ordinata successione dei rapporti contrattuali e senza che – deve ritenersi, in assenza di ogni allegazione al riguardo – tale possibilità di proroga fosse prevista negli atti della gara a suo tempo aggiudicata in favore di Croce Azzurra (cfr. Cons. St., VI, n. 850/2010).

7.2. Se questa è la ricostruzione dei fatti nella vicenda in esame, è evidente come, attraverso le proroghe disposte in favore di Croce azzurra, sia stato eluso l'obbligo del confronto concorrenziale, così affidando a trattativa privata il servizio di cui si tratta per reiterati periodi, in grave violazione della disciplina dei contratti pubblici.

Infatti, il rinnovo dei contratti scaduti si pone in contraddizione con il principio generale dell'evidenza, il cui rispetto è condizione imprescindibile affinché sia garantita la libertà di concorrenza, sancita a livello comunitario in materia di appalti pubblici.

Quanto esposto vale per ogni disposizione che possa raggiungere un effetto sostanzialmente identico a quello del rinnovo e, quindi, anche per la proroga dei rapporti in essere, che l'art. 57, comma 7, del D. Lgs. n. 163/2006, ammette in via espressa per il tempo strettamente necessario alla stipula del nuovo contratto a seguito di espletamento di gara ad evidenza pubblica solo in caso di "estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti"; circostanze, queste, non ravvisabili nella fattispecie all'esame.

8. Quanto, infine, alla domanda risarcitoria per equivalente avanzata dall'appellante – non è chiaro (ma la differenza sarebbe rilevante ai sensi

dell'art. 124 c.p.a.) se sul presupposto che la tutela in forma specifica non sia più possibile o perché non si ha più interesse all'aggiudicazione del servizio – sebbene sia facilmente dimostrabile che, senza il provvedimento illegittimo impugnato, Croce gialla avrebbe sottoscritto il contratto ed eseguito l'appalto, la domanda è tuttavia carente sia nell'allegazione che nella prova del danno subito.

8.1. Sul presupposto che l'onere della prova sia a carico del ricorrente (art. 2697 c.c. e 124 c.p.a.), secondo il noto principio dispositivo che nel giudizio risarcitorio non ammette correttivi, non basta, infatti, fare generico riferimento all'utile derivante dal contratto se di questo utile non è indicata neppure la misura, come non sono minimamente documentate le spese che la parte dichiara di avere sostenute per partecipare alla gara, in ogni caso non risarcibili in favore del soggetto che, all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata, risulta potenziale aggiudicatario della gara stessa.

8.2. Le stesse conclusioni, per le medesime ragioni, si impongono anche ove la domanda risarcitoria sia da riferire – ma sul punto la difesa non è chiarissima - anche alle proroghe disposte illegittimamente durante lo svolgimento della gara, ché per tale ipotesi si sarebbe dovuto far valere un danno da perdita di chance, la cui prospettazione è del tutto assente nella domanda risarcitoria formulata dalla ricorrente.

8.3. Ne consegue, dunque, il mancato accoglimento della domanda risarcitoria.

9. La peculiarità della vicenda, per gli elementi già indicati sub. 6 e 7 della presente motivazione e per l'assenza di domanda di subentro nel contratto da parte del soggetto che all'esito dell'annullamento dell'impugnata aggiudicazione risulta potenziale aggiudicatario della gara, fa ritenere che

dalla vicenda all'esame siano derivate all'Amministrazione appaltante conseguenze pregiudizievoli sul piano della spesa sostenuta per l'appalto di servizi di cui si tratta, per il cui svolgimento, in assenza dell'illegittima aggiudicazione oggetto del presente giudizio, essa avrebbe dovuto sopportare un costo sensibilmente inferiore.

Tanto induce il Collegio ad ordinare la trasmissione della presente sentenza e di tutti gli atti del giudizio alla Procura Regionale dell'Abruzzo della Corte dei conti.

10. Le spese del doppio grado di giudizio sono poste in via solidale a carico dell'Amministrazione e della controinteressata, alle quali spetta anche, sempre in solido, restituire all'appellante quanto anticipato a titolo di contributo unificato nei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, così provvede:

- annulla le determinazioni del 27.11.2012 e del 29.11.2012;
- annulla gli atti di proroga del contratto disposti in favore di Croce azzurra;
- respinge la domanda di risarcimento danni;
- condanna il Comune di Lanciano e Croce azzurra, in solido, al pagamento delle spese processuali del doppio grado in favore della Croce gialla s.r.l., liquidando l'importo complessivo in euro 8.000,00= (ottomila/00), oltre agli accessori di legge ed oltre alla restituzione del contributo unificato.

Ordina, a cura della Segreteria di questa Sezione, la trasmissione della presente sentenza e di tutti gli atti del giudizio alla Procura Regionale

dell'Abruzzo della Corte dei conti.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 24 ottobre e 3 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Cacace, Presidente FF

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2014

IL SEGRETARIO

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