ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 28/09/2015

All'indirizzo http://www.diritto.it/docs/37366-procedura-non-regolata-codice-principio-tassativit-cause-esclusione-non-autonoma-applicazione

Autore: Lazzini Sonia

Procedura non regolata codice principio tassatività cause esclusione non autonoma applicazione

il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici, si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice in via diretta ovvero per autovincolo dell'amministrazione procedente (cfr. Adunanza plenaria n. 9 del 2014)(decisione numero 2839 del 9 giugno 2015 pronunciata dal Consiglio di Stato)

.

Sonia Lazzini;

nel caso di specie non si tratta di una procedura di gara disciplinata dal codice dei contratti pubblici (avendo ad oggetto la concessione di un bene pubblico e del connesso servizio pubblico locale di gestione di infrastruttura sportiva), né l'amministrazione ha inteso autovincolarsi sul punto (cfr. in fattispecie analoga Ad. plen. n. 9 del 2014 cit. e n. 7 del 2014);

le clausole del bando (riportate al precedente § 1), sono chiare, univoche e non pongono a carico dei concorrenti adempimenti particolarmente gravosi o discriminatori, non potendosi ritenere tali le prescrizioni inerenti la timbratura e la controfirma su tutti i lembi di chiusura del plico contenente le buste recanti le offerte e la domanda di partecipazione;

d) l'amministrazione, in puntuale osservanza della legge di gara e nel rispetto del superiore principio della garanzia della par condicio, ha doverosamente estromesso dalla gara la ditta ricorrente per fatto ad essa imputabile in via esclusiva.

Una volta assodata la legittimità del bando in parte qua e del pedissequo provvedimento di esclusione, diventano improcedibili, per sopravvenuta carenza di legittimazione ed interesse ad agire, tutti i motivi e le domande annullatorie proposte avverso le ulteriori clausole del bando (in quanto non discriminatorie ed escludenti, come in precedenza illustrato al § 8), degli atti di gara, del successivo ulteriore provvedimento di esclusione e, infine, dell'aggiudicazione in favore della ditta controinteressata .

N. 02839/2015REG.PROV.COLL.

N. 01020/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(..)

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dagli atti della procedura di **gara** indetta dal Comune di Reggio Calabria per la concessione in uso e gestione dell'impianto sportivo con rilevanza imprenditoriale denominato "Parco Caserta" - impugnati con ricorso principale e motivi aggiunti dalle associazioni sportive Asd ricorrente Club, S.S.ricorrente 2Reggio Calabria, Società ricorrente 3, A.S.D. Rari ricorrente 4Reggio Calabria, raggruppate nell'a.t.i. costituenda denominata "Naturalmente al Parco" (in prosieguo ditta ricorrente) - e in particolare:

a) deliberazione n. 31 del 10 aprile 2014 della Commissione straordinaria del comune di Reggio Calabria, recante gli indirizzi per l'esternalizzazione della gestione degli impianti sportivi;

b) determinazione n. 293 del 16 aprile 2014, recante l'indizione della **gara**;

c) bando di **gara** in data 22 aprile 2014;

d) provvedimento di esclusione della ditta ricorrente in data 3 giugno 2014, emanato dal seggio di **gara** perché il plico pervenuto non era confezionato secondo le modalità previste dall'art. 1.1. del bando - rubricato *Modalità di presentazione dell'offerta* - secondo cui *«l'istanza e l'offerta dovranno essere contenute, a pena di esclusione dalla **gara**, in un unico plico sigillato, recante a scavalco dei lembi di chiusura il timbro del concorrente e la firma del legale rappresentante, con l'indicazione altresì all'esterno dello stesso plico……Le espressioni "busta/e sigillata/e" e "plico sigillato" di cui sopra comportano che la busta ed il plico, oltre alla normale chiusura loro propria, devono essere chiusi mediante l'applicazione su tutti i lembi di chiusura di un sigillo con ceralacca, ovvero di una qualsiasi impronta o segno impresso su un materiale plastico ovvero di una striscia di carta incollata sui lembi di chiusura, o sigillata tura equivalente atta in ogni caso ad assicurare la segretezza dell'offerta e nello stesso tempo a confermare l'autenticità della chiusura originaria»;*

e) secondo provvedimento di esclusione della ditta ricorrente, adottato in data 19 settembre 2014 dal seggio di **gara** - in esecuzione dell'ordinanza cautelare del T.a.r. per la Calabria (n. 203 del 28 luglio 2014), che aveva sospeso gli effetti del primo provvedimento di esclusione – nel presupposto

della mancata tempestiva iscrizione della consociata A.S.D. Rari ricorrente 4Reggio Calabria al registro del CONI;

f) mancata esclusione delle concorrenti Associazione Sportiva Dilettantistica controinteressata 3 Reggio (in prosieguo controinteressata 3), Associazione Sportiva Dilettantistica controinteressata 2, Associazione Sportiva Dilettantistica controinteressata 4 Nuoto, Associazione Sportiva Dilettantistica controinteressata 5, Associazioni Sportive Sociali Italiane controinteressata 6;

g) verbale di **gara** in data 10 ottobre 2014, recante l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'a.t.i. costituita fra l'Associazione Sportiva Dilettantistica controinteressata e l'Associazione Sportiva Dilettantistica controinteressata 2 (in prosieguo ditta controinteressata).

1.1. 2. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Calabria – Sede staccata di Reggio Calabria - Sezione I, n. 750 del 3 dicembre 2015:

a) ha respinto l'impugnativa avverso il primo provvedimento di esclusione;

b) ha assorbito l'esame di ogni altro motivo;

c) ha dichiarato improcedibili per sopravvenuta carenza d'interesse le ulteriori domande di annullamento;

d) ha condannato le ricorrenti alle spese di lite.

3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato (rispettivamente in data 31 gennaio e 11 febbraio 2015), la ditta ricorrente ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza:

a) con il primo mezzo (pagine 18 – 19 dell'atto di appello), ha lamentato la nullità dell'impugnata sentenza, perché aveva omesso di indicare, fra le parti ricorrenti, l'A.S.D. ricorrente 3;

b) con il secondo mezzo (pagine 19 – 21 dell'atto di appello), ha criticato l'errore in cui sarebbe incorso il primo giudice, da un lato, per aver alterato l'ordine di esame dei motivi espressamente graduati a partire dai profili di illegittimità della legge di **gara**, dall'altro, per non aver esaminato la censura di nullità del bando per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione;

c) con i successivi mezzi (pagine 21 – 53 dell'atto di appello), ha reiterato criticamente i motivi sviluppati in primo grado, articolando censure in parte nuove (anche in sede di memoria conclusionale);

d) infine (pagine 53 – 54), ha lamentato il mancato esercizio, da parte del T.a.r., del potere di compensazione delle spese di lite.

4. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Reggio Calabria, la ditta controinteressata e la controinteressata 3, deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

5. Con ordinanza di questa Sezione n. 963 del 4 marzo 2015, è stata accolta l'istanza di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza *«Considerato, all'esito di una delibazione tipica della fase cautelare, che è stata già fissata la trattazione nel merito della presente causa all'udienza pubblica del 28 aprile 2014; che, nelle more della decisione, è opportuno, in accoglimento dell'istanza cautelare dell'appellante, sospendere gli effetti degli atti della procedura di **gara** oggetto di impugnazione»*.

6. Per completezza si evidenzia che, nelle more del giudizio, la ditta ricorrente ha impugnato davanti al medesimo T.a.r. – Sede staccata di Reggio Calabria – con ricorso allibrato al nrg. 183/2015, il

provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della ditta controinteressata (determinazione dirigenziale n. 27 del 20 gennaio 2015).

7. All'udienza pubblica del 28 aprile 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. L'appello è infondato e deve essere respinto.

Preliminarmente il Collegio osserva che:

a) è *ictu oculi* infondato il primo mezzo di gravame, atteso che dalla semplice lettura dell'impugnata sentenza emerge che è stata esplicitamente contemplata, fra le parti ricorrenti, la A.S.D. ricorrente 3, con l'utilizzo, per altro, della medesima dizione impiegata dal difensore del raggruppamento ricorrente (di cui quest'ultima fa parte), nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado;

b) all'evidenza infondata, altresì, è la tesi sviluppata dalla ditta appellante secondo cui il T.a.r. avrebbe fatto cattiva applicazione delle regole che presiedono alla graduazione ed all'assorbimento dei motivi; l'impugnata sentenza, invero, ha fatto corretta applicazione dei principi elaborati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. n. 5 del 2015 e n. 9 del 2014) secondo cui:

I) l'insussistenza delle condizioni dell'azione di annullamento pregiudica l'esame dei vizi - motivi;

II) in materia di controversie aventi ad oggetto procedure selettive, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione; chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione – per lui *res inter alios acta*– venga nuovamente bandita; a tale regola generale si può fare eccezione, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e cioè quando: si contesti in radice l'indizione della **gara**; all'inverso, si contesti che una **gara** sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; si impugnino direttamente le clausole del bando nei soli casi in cui si assuma che le stesse siano immediatamente discriminatorie ed escludenti (è va osservato che, nella vicenda in esame, non è ravvisabile alcuna di tali eccezionali circostanze);

III) la mera partecipazione (di fatto) alla **gara** non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso; la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva; pertanto, la definitiva esclusione (come verificatosi nel caso di specie) o l'accertamento retroattivo della illegittimità della partecipazione alla **gara** impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli atti della procedura selettiva; tale esito rimane fermo in tutti i casi in cui l'illegittimità della partecipazione alla **gara** è definitivamente accertata, sia per inoppugnabilità dell'atto di esclusione, sia per annullamento dell'atto di ammissione;

c) è parimenti inaccoglibile la doglianza incentrata sulla violazione dell'art. 92 c.p.c. (applicabile al processo amministrativo in forza del richiamo effettuato dall'art. 26, c.p.a.), non ricorrendo alcuna delle eccezionali circostanze ivi contemplate che giustificano la compensazione delle spese di lite;

d) non può trovare ingresso l'eccezione di inammissibilità e intempestività della produzione documentale effettuata in questo grado dalle parti intimate (sollevata dalla difesa della ditta ricorrente a pagina 5 della memoria depositata in data 10 aprile 2010), in quanto: I) si tratta di

documenti per lo più già versati nel fascicolo di primo grado e dunque non è stato violato il divieto delle nuove prove in appello sancito dall'art. 104, co. 2, c.p.a ; II) tale documentazione, nel particolare caso di specie, è comunque ritenuta dal Collegio indispensabile ai fini della decisione ex art. 104, co. 2; c.p.a.; III) la produzione è comunque tempestiva (ex artt. 73, co. 1, e 119, co. 2), in relazione all'udienza di discussione del 28 aprile 2015, essendo in ogni caso irrilevante la tardività rispetto alla precedente camera di consiglio – fissata per il giorno 3 marzo 2015 e nel corso della quale sono state depositate dalla controinteressata 3 alcune fotografie dei plichi presentati dalla ditta ricorrente in sede di **gara** - (cfr. *ex plurimis* e da ultimo Cons. Stato, Sez. V, n. 3439 del 2012, cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.);

e) a seguito dell'appello della ditta ricorrente è riemerso l'intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado; il perimetro del giudizio di appello è circoscritto dalle censure ritualmente sollevate in primo grado, sicché non possono trovare ingresso le censure nuove proposte per la prima volta in questa sede in violazione del divieto dei *nova* sancito dall'art. 104, co.1, c.p.a. e della natura illustrativa delle memorie conclusionali (cfr. *ex plurimis* e da ultimo Cons. Stato, Sez. V, n. 673 del 2015; n. 5253 del 2014); pertanto, per comodità espositiva, saranno prese in esame direttamente le censure poste a sostegno del ricorso proposto in prime cure.

9. In ordine logico deve essere a questo punto esaminato il motivo sollevato nel ricorso principale di primo grado (pagine 23 – 27) con cui è stata dedotta l'illegittimità del provvedimento di esclusione per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co.1, *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici); sostiene la ditta ricorrente: I) che il plico, pur pervenuto integro al seggio di **gara**, non era controfirmato né timbrato sui lembi di chiusura e che per tale ragione essa ricorrente è stata esclusa; II) che è stata violata la norma sancita dall'art. 46 cit. nella parte in cui ha introdotto un criterio sostanzialistico per individuare le cause di esclusione da una **gara**; III) che le esigenze perseguite dall'avviso di **gara** (punto 1.1. del bando) sono state in concreto assolte e che ogni diversa previsione si risolve in un inutile formalismo la cui violazione integra una mera irregolarità; IV) in subordine, il bando deve essere annullato per aver introdotto modalità di chiusura del plico sproporzionate.

9.1. Il motivo è infondato sulla scorta delle seguenti considerazioni in fatto e in diritto:

a) il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici, si applica unicamente alle procedure di **gara** disciplinate dal medesimo codice in via diretta ovvero per autovincolo dell'amministrazione procedente (cfr. Adunanza plenaria n. 9 del 2014);

b) nel caso di specie non si tratta di una procedura di **gara** disciplinata dal codice dei contratti pubblici (avendo ad oggetto la concessione di un bene pubblico e del connesso servizio pubblico locale di gestione di infrastruttura sportiva), né l'amministrazione ha inteso autovincolarsi sul punto (cfr. in fattispecie analoga Ad. plen. n. 9 del 2014 cit. e n. 7 del 2014);

c) le clausole del bando (riportate al precedente § 1), sono chiare, univoche e non pongono a carico dei concorrenti adempimenti particolarmente gravosi o discriminatori, non potendosi ritenere tali le prescrizioni inerenti la timbratura e la controfirma su tutti i lembi di chiusura del plico contenente le buste recanti le offerte e la domanda di partecipazione;

d) l'amministrazione, in puntuale osservanza della legge di **gara** e nel rispetto del superiore principio della garanzia della *par condicio,* ha doverosamente estromesso dalla **gara** la ditta ricorrente per fatto ad essa imputabile in via esclusiva.

9.2. Una volta assodata la legittimità del bando *in parte qua* e del pedissequo provvedimento di esclusione, diventano improcedibili, per sopravvenuta carenza di legittimazione ed interesse ad agire, tutti i motivi e le domande annullatorie proposte avverso le ulteriori clausole del bando (in quanto non discriminatorie ed escludenti, come in precedenza illustrato al § 8), degli atti di **gara**, del successivo ulteriore provvedimento di esclusione e, infine, dell'aggiudicazione in favore della ditta controinteressata .

10. In conclusione l'appello deve essere respinto.

11. Le spese del secondo grado di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

12. Il Collegio rileva che il rigetto dell'appello si fonda, come dianzi illustrato, su ragioni manifeste che integrano i presupposti applicativi delle norme sancite dall'art. 26, co. 1 e 2, c.p.a. secondo l'interpretazione che ne è stata data dalla giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. da ultimo Sez. V, n. 5758 del 2014; Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210; Sez. V, 26 marzo 2012, n. 1733; Sez. V, 31 maggio 2011, n. 3252, cui si rinvia a mente degli artt. 74 e 88, co. 2, lett. d), c.p.a. anche in ordine alle modalità applicative ed alla determinazione della pena pecuniaria – ex art. 26, co. 2, c.p.a.).

Le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza del Consiglio di Stato sul punto in esame sono state, nella sostanza, recepite dalla novella recata dal d.l. n. 90 del 2014 all'art. 26 c.p.a. Invero:

a) l'art. 26, co. 2, c.p.a. prevedeva (e prevede) che il giudice condannasse d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso, quando la parte soccombente aveva agito o resistito temerariamente in giudizio;

b) il d.l. n. 90 del 2014 ha inciso sia sull'art. 26, co. 1, c.p.a., in termini generali, valevoli per tutti i riti davanti al giudice amministrativo, sia sull'art. 26, comma 2, c.p.a., in termini specifici, valevoli solo per il rito appalti;

c) nell'art. 26, co. 2 c.p.a. si detta una ulteriore regola (inapplicabile nella specie) sulla sanzione pecuniaria per lite temeraria nel caso di contenzioso sui pubblici appalti soggetto al rito dell'art. 120 c.p.a.; infatti l'importo della sanzione pecuniaria (che come visto va dal doppio al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo) può essere elevato fino all'uno per cento del valore del contratto, ove il valore del contratto sia superiore al quintuplo del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto:

a) respinge l'appello n. 1020 del 2015 e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;

b) condanna gli appellanti, in solido fra loro, a rifondere in favore del Comune di Reggio Calabria, dell'a.t.i. costituita fra l'Associazione Sportiva Dilettantistica controinteressata e l'Associazione Sportiva Dilettantistica controinteressata 2, nonché dell'Associazione Sportiva Dilettantistica controinteressata 3 Reggio, le spese e gli onorari del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali), in favore di ciascuna parte;

c) pone definitivamente a carico degli appellanti il contributo unificato relativo ad entrambi i gradi di giudizio;

d) condanna gli appellanti, in solido fra loro, al pagamento della somma di euro 2.000,00 (duemila/00) ai sensi dell'art. 26, co. 2, c.p.a., che sono tenuti a versare secondo le modalità di cui all'art. 15 delle norme di attuazione del c.p.a., mandando alla Segreteria per i conseguenti adempimenti.

Così deciso in controinteressata nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/06/2015

IL SEGRETARIO

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