



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 7381 del 2010, proposto da:
Istituto Vigilanza Privata Liburnia Servizi S.r.l. Unipersonale, in proprio e quale mandataria e capogruppo del R.T.I. con Silpres Vigilanza S.r.l., che agisce anche in proprio e nella qualità di mandante di detto R.T.I., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Giovanni Calugi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Amerigo Cianti in Roma, viale Giulio Cesare, n. 7;

contro

Estav Nord-Ovest - Ente Servizi Tecnico-Amministrativi Area Vasta Nord-Ovest, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Toscano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gian Marco Grez, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

Estav Nord-Ovest - Ente Servizi Tecnico-Amministrativi Area Vasta Nord-Ovest, Struttura Organizzativa di Lucca, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

Azienda U.S.L. n. 6 di Livorno, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Fedelpol di Chiaiese Carlo & C. S.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Enrico Lubrano e Filippo Lubrano, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Flaminia, n. 79;

Cino Benelli e Alessandro Domenicali, non costituiti in giudizio;

per la riforma

del T.A.R. Toscana – Firenze, Sezione I, n. 02529/2010, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di vigilanza, controllo ed attività collegate per i presidi e le strutture della Azienda U.S.L. n. 6 di Livorno, di reiezione del ricorso principale e del primo e secondo atto di motivi aggiunti (con conferma dell'esclusione dalla gara della società ricorrente principale), nonché di accoglimento del terzo atto di motivi aggiunti proposti dalla ricorrente principale (con annullamento dell'ammissione del RTI controinteressato alla procedura di gara e dell'aggiudicazione della stessa in suo favore) e di declaratoria di improcedibilità del ricorso incidentale;

nonché per la declaratoria di inammissibilità o di improcedibilità, ovvero per la reiezione del ricorso proposto dalla Fedelpol di Chiaiese Carlo & C. s.a.s., previo, occorrendo, accoglimento delle censure

proposte dalle società Liburnia e Silpres in via incidentale;
in subordine per l'accoglimento delle censure dedotte in via incidentale dalle appellanti e per l'annullamento dei provvedimenti di ammissione alla gara della società Fedelpol di Cantini Mario & C. s.a.s. (successivamente: Fedelpol di Chiaiese Carlo & C. s.a.s.), nonché della deliberazione n. 1567 del 2009 del Direttore generale dell'ESTAV (di approvazione delle operazioni di gara e di aggiudicazione della stessa) e della "lex specialis" di gara, approvata con deliberazione di esso Direttore generale n. 567 del 2009;
inoltre, a seguito di appello incidentale della Fedelpol di Chiaiese Carlo & C. s.a.s., per la riforma della impugnata sentenza nella parte in cui ha respinto i tre motivi proposti contro la esclusione di essa società, nonché nella parte in cui ha dichiarato assorbiti i primi cinque motivi di ricorso;
nonché per l'annullamento dei provvedimenti già impugnati in primo grado;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estav Nord-Ovest - Ente Servizi Tecnico-Amministrativi Area Vasta Nord-Ovest e di Fedelpol di Chiaiese Carlo & C. S.a.s.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la propria ordinanza 5 novembre 2010 n. 5074;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2011 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Calugi, Viviani, su delega dell' avv. Toscano, e Lubrano;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in esame l'Istituto Vigilanza Privata Liburnia Servizi S.r.l. Unipersonale, in proprio e quale mandatario e capogruppo del R.T.I. con Silpres Vigilanza S.r.l., ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata, con la quale (in relazione alla impugnazione, da parte di Fedelpol di Chiaiese Carlo & C. s.a.s., dell'affidamento del servizio di vigilanza, controllo ed attività collegate per i presidi e le strutture della Azienda U.S.L. n. 6 di Livorno al R.T.I. composto dall'Istituto Vigilanza Privata Liburnia Servizi S.r.l. Unipersonale e da Silpres Vigilanza S.r.l.) è stato respinto il ricorso principale ed il primo e secondo atto di motivi aggiunti (confermando l'esclusione dalla gara della società Fedelpol), nonché è stato accolto il terzo dei motivi aggiunti proposti da detta società Fedelpol (con annullamento dell'ammissione del RTI controinteressato alla procedura di gara e dell'aggiudicazione della stessa in suo favore) ed è stata conseguentemente dichiarata la improcedibilità del ricorso incidentale proposto dal R.T.I. Istituto Vigilanza Privata Liburnia Servizi S.r.l. Unipersonale e Silpres Vigilanza S.r.l., volto ad evidenziare la legittimità della esclusione della società Fedelpol.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006, nonché degli artt. 36 bis e 41 del d. P.R. n. 600/1973 e degli artt. 52 e 54 bis del d. P.R. n. 633/1972.

Non è condivisibile la tesi del primo Giudice che l'impresa concorrente all'affidamento di un appalto pubblico deve essere considerata in regola ai fini della presentazione della domanda di partecipazione alla gara solo se la rateizzazione del suo debito fiscale sia stata accordata entro la scadenza del termine di presentazione della domanda stessa.

2.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 21, comma 1, della l. n. 1034/1971.

Erroneamente il T.A.R. ha ritenuto infondata la eccezione, formulata in primo grado dall'Estav Nord-Ovest, di tardività del ricorso.

3.- Con i motivi dal terzo all'ottavo sono state riproposte le censure formulate in via incidentale, in primo grado, dal R.T.I. Istituto Vigilanza Privata Liburnia Servizi S.r.l. Unipersonale e Silpres Vigilanza S.r.l., nell'ipotesi che la Fedelpol di Chiaese Carlo & C. S.a.s impugni la sentenza de qua nella parte in cui ha confermato la legittimità del provvedimento di esclusione della s.a.s. stessa dalla gara di cui trattasi.

3.1.- Violazione e falsa applicazione degli artt. 73, 74 e 77 del d. lgs. n. 163/2006 e dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Eccesso di potere per difetto di motivazione e dell'istruttoria; travisamento dei fatti, carenza dei presupposti. Violazione della "lex specialis" della gara.

Tutti i documenti e l'offerta della società Federpol non sono stati sottoscritti, come dovuto, da almeno due accomandatari; inoltre la polizza fideiussoria dalla stessa presentata era inefficace.

3.2.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006. Violazione della "lex specialis" della gara.

La dichiarazione prevista dall'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 avrebbe dovuto essere formulata anche in relazione ai soci accomandatari della società Federpol.

3.3.- Violazione del principio della immutabilità soggettiva dei partecipanti alle gare di appalto. Violazione e falsa applicazione degli artt. 37, 3 e 51 del d. lgs. n. 163/2006, nonché dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Eccesso di potere per difetto della motivazione e dell'istruttoria, travisamento dei fatti e carenza dei presupposti.

La sostituzione di uno dei soci accomandatari integra una modifica sostanziale della società in accomandita semplice che incide sulla sua affidabilità giuridica, morale ed economica.

4.- Con i motivi che seguono è stata riproposta la impugnazione in via incidentale di primo grado volta a dimostrare la legittimità della esclusione della società Federpol:

4.1.- Violazione e falsa applicazione degli artt. 37 e 38 del d. lgs. n. 163/2006 e degli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000. Violazione della "lex specialis" e carenza di istruttoria.

Per la società Federpol solo uno dei quattro soci accomandatari ha sottoscritto la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006, senza peraltro far riferimento ai

soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente.

4.2.- Violazione e falsa applicazione degli artt. 34, 37 e 42 del d. lgs. n. 163/2006. Violazione della "lex specialis" di gara. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria.

La società Federpol non ha presentato il certificato di buon esito delle principali forniture similari effettuate negli ultimi tre esercizi.

4.3.- Violazione e falsa applicazione degli artt. 34, 37 e 38 del d. lgs. n. 163/2006. Violazione della "lex specialis" di gara. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria.

Non risultano compiute dalla stazione appaltante verifiche in ordine alla regolarità fiscale della società Federpol.

Con memoria depositata il 30.9.2010 si è costituita in giudizio la Estav dell'Area Vasta Nord-Ovest.

Con atto notificato il 15.10.2010 e depositato il 30.11.2010 la Fedelpol di Chiaese Carlo & C. S.a.s. ha proposto appello incidentale avverso la sentenza impugnata, deducendo i seguenti motivi:

1.- Quanto alla reiezione dei motivi contro la esclusione della società Fedelpol dalla gara de qua:

1.1.- Violazione di legge (art. 83 del d. lgs. n. 163/2006 e art. 3 della l. n. 241/1990). Violazione della "lex specialis" di gara. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria, nonché per carenza assoluta di motivazione.

Il T.A.R. ha dichiarato infondata la censura, formulata in primo grado con il settimo motivo del ricorso principale (di difetto di motivazione, in relazione alla esclusione disposta per mancato raggiungimento del

punteggio minimo con riferimento alla valutazione della qualità della offerta tecnica), erroneamente ritenendo che i criteri di aggiudicazione del punteggio numerico ad ogni offerta, fissati dall'art. 9 del CSA, fossero sufficientemente predeterminati.

1.2.- Violazione del principio del “favor participationis”, nonché del principio di adeguatezza, ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa. Violazione di legge (art. 83 del d. lgs. n. 163/2006). Illegittimità caducante in via derivata e consequenziale.

Erroneamente il T.A.R. ha respinto l'ottavo motivo del ricorso principale di primo grado, con il quale era stata contestata la clausola di sbarramento introdotta dall'art. 9 del CSA, ritenendo che la previsione non fosse stata fissata in termini eccessivamente rigorosi.

1.3.- Violazione dei principi di unitarietà e collegialità perfetta. Violazione di legge (art. 84 del d. lgs. n. 163/2006).

Erroneamente il Giudice di primo grado ha ritenuto infondata la censura, formulata con il nono motivo di ricorso) di violazione del principio del collegio perfetto.

2. Quanto ai primi cinque motivi del ricorso dichiarati assorbiti dal T.A.R. in conseguenza dell'accoglimento del terzo motivo aggiunto presentato dalla Fedelpol in integrazione al sesto motivo di ricorso, essi sono stati riproposti:

2.1.- Violazione di legge (artt. 37 e 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006; artt. 46 e 47 del d.P.R. 445 del 2000). Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria. Illegittimità caducante in via derivata e

conseguenziale.

Con la censura è stata contestata la mancata espressa dichiarazione di insussistenza di reati ostativi da parte di tutti i soggetti che rivestivano nella società Liburnia cariche con poteri di rappresentanza.

2.2.- Violazione di legge (art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006). Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per difetto di presupposti e carenza di istruttoria. Illegittimità caducante in via derivata e consequenziale.

Non è stata effettuata dal R.T.I. Liburnia – Silpres la specifica indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento d'impresе.

2.3.- Violazione di legge (art. 34, comma 1, lett. d, 37 e 41 del d.lgs. n. 163/2006). Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria. Illegittimità caducante in via derivata e consequenziale.

La mandante Silpres Vigilanza s.p.a. difettava della richiesta capacità economico-finanziaria.

2.4. - Violazione di legge (art. 34, comma I, lett. d, 37 e 42 del d.lgs. n. 163/2006). Violazione della “lex specialis” di gara. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria. Illegittimità caducante in via derivata e consequenziale.

Sia la mandante che la mandataria del RTI controinteressato difettavano della prevista capacità tecnica.

2.5. - Violazione di legge (art. 34, comma 1, lett. d, 37 e 35 del d.lgs. n. 163/2006). Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere

per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria. Illegittimità caducante in via derivata e consequenziale”. Mancava la intestazione della polizza fideiussoria a tutte le partecipanti al costituendo raggruppamento.

Con atto depositato il 2.11.2010 si è costituita in giudizio Fedelpol di Chiaese Carlo & C. S.a.s., che ha dedotto la infondatezza dell'appello.

Con atto depositato il 2.11.2010 il R.T.I. Istituto Vigilanza Privata Liburnia Servizi S.r.l. Unipersonale e Silpres Vigilanza S.r.l. ha replicato alle avverse difese contestando la inammissibilità del primo e secondo motivo di appello e deducendone comunque la infondatezza di tutti i motivi.

Con ordinanza 5/8 novembre 2010 n. 5074 la Sezione ha respinto la istanza di sospensione della sentenza impugnata ed ha fissato la udienza per la trattazione del merito.

Con memoria depositata il 9.3.2011 parte appellante ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata l'11.3.2011 la costituita Estav dell'Area Vasta Nord-Ovest ha dedotto la fondatezza dell'appello, concludendo per l'accoglimento.

Con memoria depositata l'11.3.2011 la Fedelpol di Chiaese Carlo & C. S.a.s. ha ribadito tesi e richieste e con memoria depositata il 18.3.2011 ha replicato alle avverse difese.

Con memoria depositata il 18.3.2011 il R.T.I. Istituto Vigilanza Privata Liburnia Servizi S.r.l. Unipersonale e Silpres Vigilanza S.r.l. ha ulteriormente replicato alle avverse difese.

Alla pubblica udienza del 29.3.2011 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello in esame l'Istituto Vigilanza Privata Liburnia Servizi S.r.l. Unipersonale, in proprio e quale mandatario e capogruppo del R.T.I. con Silpres Vigilanza S.r.l., ha chiesto l'annullamento della sentenza in epigrafe specificata con la quale (in relazione alla impugnazione, da parte di Fedelpol di Chiaiese Carlo & C. s.a.s., dell'affidamento del servizio di vigilanza, controllo ed attività collegate per i presidi e le strutture della Azienda U.S.L. n. 6 di Livorno, al R.T.I. suddetto) è stato respinto il ricorso principale ed il primo e secondo atto di motivi aggiunti (confermando la disposta esclusione dalla gara della Fedelpol), nonché è stato accolto il terzo dei motivi aggiunti proposti da quest'ultima (annullando l'ammissione del RTI controinteressato alla procedura di gara e l'aggiudicazione della stessa in suo favore) ed è stata dichiarata la improcedibilità del ricorso incidentale proposto da detto R.T.I..

2.- Innanzi tutto la Sezione deve verificare la fondatezza del secondo motivo dell'appello principale proposto dall'Istituto Vigilanza Privata Liburnia Servizi S.r.l. Unipersonale, con il quale è stata dedotta la erroneità della impugnata sentenza nella parte in cui ha ritenuto infondata la eccezione formulata in primo grado dall'Estav Nord-Ovest, di tardività del ricorso nell'assunto che *“non vi è nessuna indicazione sul punteggio attribuito all'offerta di Fedelpol né vi è alcun riferimento*

all'assunzione di un provvedimento di esclusione di Fedelpol dall'ulteriore prosieguo delle operazioni di gara. Dunque non si vede come potrebbe farsi decorrere dalla data della seduta di gara il termine di impugnazione riguardo a provvedimenti non conosciuti neppure nel loro profilo dispositivo, prescindendo da quello motivazionale?.

Poiché dal verbale della seduta del 25.9.2009 (cui era presente il sig. Mario Cantini, espressamente qualificato come “legale rappresentante” della Fedelpol) risulta che il R.T.I. di cui trattasi era l'unico concorrente ammesso, era già all'epoca inequivocabile che la offerta della società Fedelpol non aveva conseguito alcun punteggio e che essa società non era stata ammessa, sicché sarebbe tardivo il ricorso da essa proposto in data 2/4.12.2009.

2.1.- Va osservato al riguardo che per gli atti come l'esclusione dalle gare pubbliche, per i quali è richiesta la notificazione individuale, trova applicazione la regola generale della piena conoscenza ed il termine per impugnare non decorre sino a che non si dimostri che è avvenuta la notifica o la comunicazione diretta dell'atto all'interessato (Consiglio Stato, sez. V, 22 marzo 2010, n. 1661).

Tale termine decorre quindi normalmente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 d.lgs. n. 163/2006, salva ovviamente l'ipotesi della piena conoscenza dell'atto, acquisita con altre modalità, come d'altronde ribadito dall'art. 41 del c.p.a.: fra queste ipotesi, rientra quella in cui all'atto dell'esclusione dalla gara sia presente un rappresentante della impresa esclusa.

Ai fini della tempestività dell'impugnazione degli atti di una gara

d'appalto, la presenza di un rappresentante dell'impresa ad essa partecipante nel corso della riunione nella quale si procede alle operazioni selettive non comporta ex se piena conoscenza dell'atto di esclusione, ai fini della decorrenza del termine d'impugnazione, qualora non risulti che il rappresentante sia munito di mandato speciale, ovvero rivesta una specifica carica sociale, per cui la conoscenza acquisita dallo stesso sia riferibile alla società concorrente (Consiglio Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2883).

Nel caso che occupa, anche a prescindere dalle circostanze che la Fedelpol con memoria depositata il 2.11.2010 contesta che detto sig. Contini sin dal 14.7.2009 era privo di rappresentanza legale della società e che comunque non risulta che fosse munito di mandato speciale, deve ritenersi che la mera circostanza che l'unico R.T.I. ammesso al prosieguo della gara fosse quello Liburnia – Silpres sia insufficiente a far ritenere che ciò abbia comportato piena conoscenza della esclusione della società Fedelpol, essendo idonea a determinare la piena conoscenza (ed a fare quindi decorrere il termine per l'impugnazione) solo la compiuta indicazione di tutti gli elementi richiesti dall'art. 79 del d. lgs. n. 163/2006 (comunicazione dei motivi della reiezione della candidatura o della offerta e, ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, delle caratteristiche e dei vantaggi dell'offerta selezionata e del nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto).

La censura in esame non può quindi essere condivisa.

3.- Con il primo motivo di appello principale è stata impugnata la

decisione del T.A.R. di accogliere i terzi motivi aggiunti proposti da Fedelpol di Chiaese Carlo & C. S.a.s. (con i quali era stata dedotta la mancanza in capo al R.T.I. aggiudicatario del requisito della regolarità fiscale, nell'assunto che l'accoglimento dell'istanza di pagamento dilazionato presentata dalle imprese del RTI stesso era successivo alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara) con conseguente esclusione dalla gara del RTI controinteressato e annullamento dell'intera procedura (essendo stati respinti tutti i motivi di ricorso proposti da Fedelpol contro la sua esclusione dalla gara), salva la integrale riedizione da parte della stazione appaltante.

Il R.T.I. Istituto Vigilanza Privata Liburnia Servizi S.r.l. Unipersonale e Silpres Vigilanza S.r.l. ha dedotto al riguardo, con l'atto di appello, che non sarebbe condivisibile la tesi del primo Giudice che l'impresa concorrente all'affidamento di un appalto pubblico deve essere considerata in regola ai fini della presentazione della domanda di partecipazione alla gara solo se la rateizzazione del suo debito fiscale sia stata accordata entro la scadenza del termine di presentazione della domanda stessa.

Nel caso di specie, a seguito della ricezione, in data 20.4.2009, della notificazione di una cartella di pagamento, la Liburnia ha presentato istanza di rateizzazione in data 12.6.2009, prima della presentazione da parte del R.T.I. di cui faceva parte della domanda di partecipazione alla gara de qua in data 16.6.2009; detta istanza è stata accolta poi in data 10.7.2009.

Ma l'inadempimento contributivo può essere validamente considerato causa di esclusione solo se definitivamente accertato e se sia in corso di istruttoria una domanda di dilazione per debiti contributivi (come ritenuto con sentenza della Sezione VI del Consiglio di Stato con decisione n. 2226 del 2010, con la quale è stato asserito che, in tale situazione, deve escludersi la sussistenza del requisito inerente alla dichiarazione non veritiera in merito alla regolarità fiscale e, in particolare, alla commissione di "violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse", se, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, in assenza di procedura esecutiva, pendeva un'istanza di regolarizzazione, mediante rateizzazione, delle pendenze tributarie dell'interessata).

Nel caso che occupa non vi era stato alcun accertamento, tanto meno definitivo, della violazione della disciplina fiscale da parte di Liburnia, essendo la cartella esattoriale notificatale relativa a mero ritardo di pagamento delle imposte e non emessa a seguito di dichiarazioni omesse o infedeli oggetto di definitivo accertamento, sicché dovrebbe ritenersi che l'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 non fosse applicabile in presenza di mero omesso pagamento di imposte, soprattutto se, prima della scadenza del termine per presentare ricorso, era stata presentata domanda di rateizzazione del debito, che è accoglibile automaticamente, in base a mero calcolo matematico.

Inoltre sia la pendenza della presentazione della istanza di rateizzazione e sia la circostanza che sino al 19.6.2009 la Liburnia

Servizi s.r.l. avrebbe ancora potuto impugnare la cartella esattoriale de qua (stante la scadenza del termine per la presentazione della domanda solo in data 18.6.2009 e la effettiva presentazione della stessa in data 16.6.2009) escluderebbero che sussistesse il definitivo accertamento della violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse.

La circostanza che al 16.6.2009 la società Liburnia non aveva presentato ricorso sarebbe superata sul piano sostanziale dal fatto che era certa che la domanda di rateizzazione sarebbe stata accolta, come è avvenuto effettivamente qualche giorno dopo, sicché correttamente ha dichiarato di non aver commesso violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi di cui trattasi.

3.1.- Il Collegio al riguardo ritiene di aderire all'orientamento, ricavabile anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (sentenza del 9 febbraio 2006 nelle cause riunite C-226/04 e C-228/04) e sostenuto in sede amministrativa dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010), secondo cui l'impresa che abbia ottenuto una rateizzazione del debito tributario deve essere considerata in regola ai fini della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, stante il valore novativo che tali atti assumono; ciò purché la sussistenza del requisito della regolarità fiscale e contributiva sia comunque riguardata con riferimento insuperabile al momento ultimo per la presentazione delle offerte (Consiglio Stato, sez. VI, 05 luglio 2010, n. 4243).

E' infatti da evidenziare che condizione necessaria affinché l'impresa

possa considerarsi fiscalmente in regola, pur in presenza di inadempienze fiscali in essere, è quella secondo cui gli eventi sopra richiamati, che pongono nuovamente l'impresa stessa in condizione di regolarità, devono essersi verificati entro la scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di chiarire che deve escludersi la rilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento (Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458).

In particolare il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale della Sezione (Consiglio Stato, sez. V, 26 agosto 2010, n. 5968) secondo il quale, in materia di contribuzione obbligatoria, l'accoglimento della istanza di dilazione deve in ogni caso precedere l'autodichiarazione circa il possesso della regolarità, perché non pare ammissibile una dichiarazione che attesti il possesso di un requisito in data futura, a maggior ragione se tale requisito dipende, non dalla presentazione dell'istanza, ma dall'accoglimento della stessa.

E' quindi al momento dell'effettiva presentazione dell'offerta che l'impresa deve dichiarare la sua effettiva posizione nei confronti degli obblighi previdenziali, a nulla rilevando che tale situazione possa essere accertata e dimostrata solo in un momento successivo alla scadenza del termine, pur se con riferimento ad una data anteriore a tale scadenza.

La circostanza che dei debiti sia intervenuta una richiesta di

rateizzazione non esclude, anzi conferma, il carattere della definitività del debito, proprio perché la rateizzazione implica la certezza dell'ammontare e dell'esistenza della pretesa erariale, la quale non può essere più contestata in sede giudiziale, e non è comunque pienamente certo il suo accoglimento prima della adozione del relativo atto, sicché la dichiarazione di non aver commesso infrazioni definitivamente accertate prima dell'effettivo accoglimento della domanda di rateizzazione suddetta deve ritenersi che non fosse validamente proponibile nel caso di specie.

La censura in esame non può quindi essere oggetto di positivo apprezzamento.

4.- Devono quindi essere esaminate le censure mosse con l'appello incidentale dalla società Fedelpol contro la sentenza de qua, nella parte in cui sono state in primo luogo esaminate le censure da essa proposte nel ricorso introduttivo del giudizio, contro la sua esclusione dalla gara, e cioè i motivi di ricorso 7 – 9 di cui all'atto introduttivo del giudizio, nonché i correlati motivi aggiunti.

4.1.- Con il primo di essi motivi è stato dedotto che erroneamente il T.A.R. avrebbe dichiarato infondata la censura, formulata in primo grado con il settimo motivo del ricorso principale (di difetto di motivazione, in relazione alla esclusione della società disposta per mancato raggiungimento del punteggio minimo con riferimento alla valutazione della qualità della offerta tecnica), erroneamente ritenendo che i criteri di aggiudicazione del punteggio numerico ad ogni offerta, fissati dall'art. 9 del capitolato speciale d'appalto, fossero

sufficientemente predeterminati.

Nel caso di specie detto art. 9, lungi dall'aver prefissato criteri sufficientemente dettagliati (con indicazione del massimo e del minimo attribuibile alle specifiche voci e sottovoci), non solo avrebbe previsto solo il punteggio massimo e non quello minimo, ma non avrebbe precisato i criteri attributivi indicati, atteso che il primo parametro (modalità svolgimento servizio) pur essendo articolato in tre sottoparametri, non avrebbe specificato gli elementi di cui la Commissione avrebbe tenuto conto ed il secondo, terzo e quarto parametro mancavano di sottoarticolazione.

Né potrebbe attribuirsi rilevanza all'allegato A al verbale n. 2 del 2009, recante il dettaglio delle valutazioni compiute dalla Commissione, atteso che è il solo verbale che costituisce la documentazione ufficiale della gara.

4.1.1.- Osserva al riguardo la Sezione che al riguardo il Giudice di primo grado ha evidenziato che *“a) l'art. 9 del CSA prevedeva che il punteggio relativo alla qualità dell'offerta sarebbe stato attribuito sulla base di quattro parametri, il primo dei quali suddiviso in tre ulteriori sottoparametri; b) in relazione a ciascun parametro e sottoparametro il citato art. 9 prevedeva il punteggio massimo attribuibile; c) il comma 2 dell'art. 9 del CSA stabiliva che per ciascun elemento di valutazione delle singole offerte la commissione di gara avrebbe attribuito un giudizio sintetico da “non valutabile” a “ottimo” e che a ciascun giudizio sintetico sarebbe corrisposto un coefficiente numerico; d) la commissione di gara si è attenuta all'iter procedimentale indicato nella normativa di gara come risulta dall'allegato B al verbale del 21 settembre 2009 ed ha*

ulteriormente illustrato le ragioni delle valutazioni espresse per ciascun parametro nell'allegato A al medesimo verbale (cfr. all. 18, 19 e 20 di parte controinteressata). In particolare il citato allegato A è molto analitico nell'indicare le giustificazioni dei giudizi attribuiti: ad esempio, in relazione ai mezzi e attrezzature viene attribuito il giudizio di "sufficiente", con riferimento al fatto che nell'offerta "le attrezzature impiegate sono sinteticamente descritte e risultano idonee allo svolgimento del servizio con l'eccezione del parco mezzi che non è indicato"

Ritiene la Sezione che le riportate tesi siano immuni dalle censure formulate con l'appello incidentale, atteso, innanzi tutto, che irrilevante va ritenuta la mancata indicazione del punteggio minimo attribuibile per ciascun parametro, potendo ciò essere spiegato con la osservazione che esso equivaleva a zero e che gli allegati A e B al verbale n. 2 del 2009, che contengono una dettagliata motivazione dei punteggi attribuiti, sono parte integrante del verbale stesso, a nulla valendo che è il solo verbale che fa piena prova fino a querela di falso, non essendo stata comunque contestata la veridicità del contenuto di detti allegati.

4.2.- Con il secondo motivo di appello incidentale è stato lamentato che erroneamente il T.A.R. avrebbe respinto l'ottavo motivo del ricorso principale di primo grado, con il quale era stata contestata la clausola di sbarramento introdotta dall'art. 9 del CSA (per violazione del principio del "favor participationis" e dei principi di adeguatezza, ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa), ritenendo che la previsione non fosse stata fissata in termini

eccessivamente rigorosi.

In realtà il limite del raggiungimento di un punteggio superiore alla metà del punteggio massimo quale clausola di accesso alla fase di apertura delle buste sarebbe da considerare una clausola restrittiva della concorrenza effettiva e tale da snaturare la “ratio” del criterio dell’offerta più vantaggiosa che consente di valutare altri profili oltre il prezzo offerto. Escludere “a priori” la offerta che aveva ottenuto 30,40 punti nel parametro qualità, che rappresenta oltre la metà del massimo previsto, significherebbe limitare la concorrenza ed assimilare il criterio de quo a quello del prezzo più basso.

4.2.1.- Al riguardo il T.A.R. ha ritenuto che il livello qualitativo minimo appariva fissato in termini non eccessivamente rigorosi e tali da strozzare la concorrenza, essendo richiesto il raggiungimento di 36 punti su 60 disponibili ed ha aggiunto che non corrispondeva a verità che la valutazione era avvenuta sulla base di parametri attinenti al profilo soggettivo dei concorrenti, trattandosi piuttosto della valutazione di qualità di aspetti oggettivi dell’offerta.

Considera la Sezione che la clausola di sbarramento non può ritenersi di per sé illegittima in quanto rientrante nell'esercizio di una facoltà discrezionale riconosciuta all'amministrazione in ordine alla determinazione dei fattori di incidenza dei singoli elementi dell'offerta per la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Consiglio Stato, sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6835); tale discrezionalità di natura tecnico amministrativa non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale se non in presenza di macroscopiche irrazionalità e

incongruenze.

Non può quindi ritenersi affetta da tali vizi la previsione di un punteggio con riguardo al parametro di poco superiore alla metà del punteggio massimo quale clausola di accesso.

Potrebbe infatti considerarsi manifestamente illogica ed irrazionale la previsione quale clausola di sbarramento di un parametro di qualità prossimo al massimo attribuibile, mentre è incensurabile la discrezionale quantificazione che dello stesso è stata richiesta nel caso che occupa dalla "lex specialis", assai prossima alla metà, senza che ciò potesse palesemente snaturare la natura della gara basata sul sistema della offerta più vantaggiosa o violare il principio del "favor participationis", non essendo in questa sede possibile censurare la non evidentemente illogica calibratura del requisito in concreto effettuata.

La censura in esame deve essere quindi disattesa.

4.3.- Con il terzo dei motivi in esame è stato dedotto che erroneamente il Giudice di primo grado ha ritenuto infondata la censura, formulata con il nono motivo di ricorso, di violazione del principio del collegio perfetto, atteso che le offerte tecniche presentate sono state valutate da un gruppo di lavoro ristretto.

La tesi del T.A.R. (che la censura era infondata in quanto la Commissione, nella sua integralità, aveva poi provveduto ad esaminare e far proprio il lavoro preparatorio svolto da detto gruppo di lavoro, provvedendo in proprio all'esame delle offerte ed all'attribuzione dei punteggi) sarebbe infatti errata, atteso che dal

verbale n. 2 del 2009 della commissione si evince che il Presidente aveva dato lettura della relazione predisposta dagli esperti, che era stata approvata alla unanimità dopo ampia ed approfondita valutazione, facendola propria ed allegandola al verbale.

La Commissione di gara non può, infatti, abdicare al proprio ruolo deferendo al consultato non la risposta a quesiti puntuali, ma l'intero perimetro di definizione del paradigma complessivo alla stregua del quale valutare le singole offerte, con sostituzione dell'estraneo consulente al collegio perfetto nell'esercizio di competenze ad esso riservate in via esclusiva.

4.3.1.-Osserva al riguardo al Sezione che la Commissione, che ha approvato la relazione predisposta dagli esperti dopo ampia ed approfondita valutazione, facendola propria, non ha, così facendo, delegato ad altri le proprie competenze, atteso che la sostanziale ratifica dell'operato degli esperti ha effetto "ex tunc" (Consiglio Stato, sez. V, 21 giugno 2002, n. 3395) e, in applicazione del generale principio della conservazione degli atti giuridici, va riconosciuta efficacia sanante al provvedimento, qualificabile come ratifica, con cui l'organo titolare della relativa potestà assume come proprio il contenuto delle determinazioni adottate da un soggetto incompetente. La censura in esame è quindi insuscettibile di condivisione.

5.- Le considerazioni sopra evidenziate comportano la inutilità della disamina degli ulteriori motivi dell'appello principale (volto a dimostrare la legittimità della esclusione della società Fedelpol) ed incidentale (volto a dimostrare la fondatezza delle ulteriori cause di

illegittimità della ammissione alla gara del R.T.I. Liburnia Servizi s.r.l. – Silpres Vigilanza s.r.l.), atteso che ciò è reso inutile dalla infondatezza delle censure avanzate dalla Fedelpol s.a.s. avverso la propria non ammissione all'ulteriore corso della procedura, come pure di quelle formulate dal RTI controinteressato contro la sua esclusione dalla gara.

Devono conclusivamente essere respinti sia l'appello principale che l'appello incidentale e deve essere confermata la prima decisione.

6.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità e la novità del caso, denotano la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra la parti le spese del presente/doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo respinge sia l'appello principale che l'appello incidentale in esame.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/11/2011

IL SEGRETARIO

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