



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 il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 5606/2011 proposto da: 2 G s.r.l., in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa dagli avv. C. Mussato e N. Paoletti e presso lo studio legale di quest'ultimo, in Roma, alla via B. Tortolini nr. 34, elettivamente domiciliata;

***contro***

Il Ministero dell'Interno, in persona del l.r. p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato;

***per l'annullamento***

della nota del 13 maggio 2011 della Questura di Roma -Ufficio Servizi Tecnico Logistici con la quale è stata comunicata l'esclusione della società ricorrente dalla procedura negoziata preordinata all'affidamento mediante cottimo fiduciario, ai sensi dell'art. 125 d. lgs 163/2006, del servizio di distribuzione automatica di alimenti e bevande presso gli uffici e reparti della Questura di Roma ubicati in

stabili demaniali per difetto dei requisiti economici finanziari rispetto al mancato pagamento di canoni demaniali pregressi per attività della stessa tipologia come da nota dell'Agenzia del Demanio;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2012 la relazione del Consigliere Pietro Morabito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto:

- che il ricorso ha ad oggetto l'impugnativa del provvedimento, in epigrafe indicato, relativo all'esclusione della società ricorrente dalla procedura negoziata, indetta in data 13.1.2011, per l'affidamento, mediante cottimo fiduciario, ai sensi dell'art.125 del d.lgs. nr.163 del 2006 ( di seguito: C.A.), del servizio di distribuzione automatica di alimenti e bevande presso gli uffici e reparti della Questura di Roma ubicati in stabili demaniali;
- che alla procedura di cui trattasi sono state invitate a partecipare quindici ditte, cinque delle quali – compresa, ovviamente, l'odierna ricorrente – hanno fatto pervenire, entro il termine prescritto (03.2.2011) nella Lettera invito, le relative offerte (contenute nel plico di cui all'art.11 della Lettera invito);
- che la disciplina di gara - costituita, oltre che dalla citata Lettera

invito, dal Capitolato tecnico e dalla Bozza del contratto – descriveva, al punto 6 della Lettera invito, i “*Requisiti per la partecipazione alla gara*”, articolandoli in 1) Requisiti di carattere generale; 2) economico finanziari e 3) tecnico organizzativi ed esplicitamente richiamava l’attenzione sul fatto che (pag.5) “*il mancato possesso, anche di uno solo dei requisiti richiesti, determina l’esclusione dalla gara*”;

- che fra i requisiti economico finanziari era esplicitamente previsto di “*non avere debiti pregressi, con l’ufficio dell’entrate per mancato pagamento di canoni demaniali per attività della stessa tipologia*” e che, in applicazione di tale disposizione della lex specialis, la ditta ricorrente è stata esclusa dalla procedura di cui trattasi una volta appurato che la stessa è debitrice di un importo di €33181,00 nei confronti dell’Agenzia del Demanio per indennità pregresse per occupazione di suolo demaniale;

- che avverso detto provvedimento di esclusione la società ricorrente si è gravata con la domanda di giustizia oggetto di scrutinio deducendo, in particolare, che la lex specialis non richiedeva detto requisito a pena di esclusione e che non si è in presenza, nel caso di una specie , di una violazione “*definitivamente accertata* “ come l’art. 38 del Cod. App. richiede, atteso che la ditta stessa ha aperto un contenzioso civile contro l’Agenzia del Demanio relativo alla debenza, o meno, di detti canoni in relazione a pregressi contratti;

- che l’intimata amministrazione, costituitasi in giudizio per il tramite del Pubblico Patrocinio, ha prodotto nota controdeduttiva con cui propende per la reiezione del gravame avversario;

- che nella camera di consiglio del 27.7.2011, la Sezione, con Ord. za n.2784/2011, ha respinto l'istanza di sospensione interinale del provvedimento impugnato evocando a supporto del decisum la sentenza n.6637/2011 con cui è stato respinto il ricorso originato da fattispecie del tutto assimilabile a quella in trattazione e concernente l'identica procedura negoziata;

- che la citata Ordinanza, gravata da appello, è stata riformata dal Cons. St. con provvedimento n.4287/2011 del 30.9.2011 ritenendo "*prima facie*":

a) inapplicabile l'esclusione sancita dalla lex specialis al caso di specie, connotato dalla "*intervenuta contestazione in sede giudiziale del pregresso accertamento del debito*";

b) inconfigurabile un onere di impugnazione della clausola relativa all'assenza "*di debiti pregressi, con l'ufficio dell'entrate per mancato pagamento di canoni demaniali per attività della stessa tipologia*", essendo detta clausola "*di per sé assolutamente non chiara e non inequivoca*";

Considerato in diritto:

- che nel caso di specie viene in considerazione una procedura di acquisizione in economia di servizi tramite cottimo fiduciario; e dunque viene in considerazione una procedura disciplinata dall'art.125 del C.A. e, per espresso richiamo contenuto nel comma 14 di tale articolo, (disciplinata) dai "*principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento*" (e, quindi, nella fase transitoria, dal D.P.R. n. 384/2001). Dunque viene in considerazione una procedura che è derogatoria rispetto a quella

ordinaria e cui, in mancanza di un esplicito richiamo da parte della stessa *lex specialis*, non sono applicabili le disposizioni di dettaglio stabilite per le procedure ordinarie;

- che, come in precedenza rappresentato, la Lettera invito descriveva, al punto 6, i “*Requisiti per la partecipazione alla gara*”, articolandoli in 1) Requisiti di carattere generale [ fra i quali, alla lett. “b”, “*l’insussistenza delle cause di esclusione indicate all’art.38 c. 1 del C.A.*”: comma 1 che, alla lett. “g” esclude dalla partecipazione alle procedure di gara coloro “*che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti*”]; 2) economico finanziari (fra i quali, alla lett. “c” “*non avere debiti pregressi, con l’ufficio dell’entrate per mancato pagamento di canoni demaniali per attività della stessa tipologia*”), e 3) tecnico organizzativi ed esplicitamente richiamava l’attenzione sul fatto che (pag.5) “*il mancato possesso, anche di uno solo dei requisiti richiesti, determina l’esclusione dalla gara*”: il che non consente di dubitare, contrariamente all’avviso di parte ricorrente, che il requisito di cui alla dianzi citata lett. “c” ( a prescindere dall’interpretazione in ordine al contenuto di detta clausola) fosse richiesto a pena di esclusione;

- che la previsione, nell’ambito della categoria dei “*Requisiti per la partecipazione alla gara*” di una clausola quale quella della dianzi citata lett. “c” (che è pertanto aggiuntiva al possesso dei parimenti richiesti “*requisiti di carattere generale*”) non appare, attesa anche la natura della procedura di gara che connota la corrente controversia, né illogica né irrazionale; e ciò in quanto:

1. era specificato nella Disciplina di gara (Schema di contratto) che i locali nei quali si svolge il servizio appartengono al patrimonio indisponibile dello Stato e sono gestiti dall'Agenzia del Demanio nei cui confronti il gestore del servizio è obbligato alla corresponsione del canone di concessione;

2. era specificato nella Disciplina di gara (Lettera invito, art.2) che *“Il valore contrattuale dell'appalto sarà determinato..... dall'importo a base d'asta....., a cui va aggiunto l'importo dei canoni demaniali meglio specificati in contratto”*;

3. l'esclusione dalla procedura di acquisizione in economia di servizi tramite cottimo fiduciario di cui trattasi, dei soggetti in una situazione di morosità nei confronti dello Stato (correlata al mancato pagamento di corrispettivi per l'uso speciale dei locali demaniali in cui si svolge il servizio), risponde ad un interesse pubblico primario (che viene in rilievo nelle gare d'appalto) incentrato sia sull'affidabilità dell'impresa concorrente attraverso l'indice rivelatore della sua più efficiente ed efficace gestione economico-produttiva, che (incentrato) sulla tutela della concorrenza che sarebbe frustrata qualora taluna impresa potesse “giovarsi” della propria posizione morosa per proporre prezzi più bassi rispetto alle altre in regola, conseguendo “economie” di spese generali e gestionali proprio attraverso la violazione degli obblighi assunti nei confronti dell'Agenzia del Demanio;

- che in forza di quanto sopra declinato il Collegio – pur non trascurando di apprezzare l'autorevole indicazione proveniente dal Giudice di appello – persiste nell'avviso che la clausola di esclusione

correlata alla posizione di morosità della concorrente (nei confronti dell'Agenzia del Demanio) all'atto della presentazione dell'offerta dovesse, - anche in quanto aggiuntiva a quella di cui all'art.38 c.1 lett. "g" del C.A. e non corredata dell'inciso "*definitivamente accertate*" ovvero di equivalente dicitura - , essere tempestivamente impugnata da parte della concorrente cui (come verificatosi nei confronti della società ricorrente), già nel corso dell'anno 2010, erano stati contestati, per la seconda volta, mancati pagamenti di canoni demaniali per attività della stessa tipologia di quella oggetto della procedura negoziata di cui si tratta;

Considerato ulteriormente in diritto:

- che quand'anche, in sintonia con l'orientamento proveniente dal Giudice di appello, l'applicabilità della clausola che sancisce l'esclusione del concorrente per "*debiti pregressi ...per mancato pagamento di canoni demaniali*" dovesse ritenersi esclusa nell'ipotesi "*di intervenuta contestazione in sede giudiziale del pregresso accertamento del debito*", in ogni caso detta evenienza, agli atti di questa causa, risulta meramente dichiarata e non documentata da parte ricorrente. Quest'ultima, difatti, ha esibito, oltre a varie note, risalenti all'anno 2010, di richieste di pagamento da parte dell'Agenzia, copia di un atto di citazione in giudizio dell'Agenzia citata, privo della sottoscrizione dei procuratori, datato 03 febbraio 2011 e privo della relata di notifica;

- che, conseguentemente, l'odierna ricorrente – oltre a non indicare nei documenti presentati per la partecipazione alla gara di aver aperto un eventuale contenzioso davanti al Tribunale di Roma con l'Agenzia

del Demanio – non ha offerto in corso di causa (sebbene da ritenersi nella sua disponibilità) riscontro alcuno della reale e concreta pendenza di detto contenzioso alla data (03.2.2011) di scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

- che alla data del 28.4.2011 l’Agenzia del Demanio, compulsata dalla locale Questura, riferiva della situazione di morosità relativa ad alcune delle ditte (fra cui l’odierna ricorrente) partecipanti alla procedura di gara specificando anche quale delle stesse aveva formulato opposizione al pagamento ( in tale nota la ricorrente è citata quale debitrice, rimasta insolvente anche di seguito alla seconda richiesta di pagamento, nei cui confronti si annuncia il prossimo recupero coattivo del credito e nulla si dice in ordine ad un atto di opposizione amministrativa ovvero di citazione in giudizio che, a tale data, avrebbe dovuto già, da tempo, essere stato notificato all’Agenzia);

- che, per pacifica giurisprudenza del G.A. e per consolidato orientamento dell’AVCP (ved., da ultimo, parere n.23 del 12.2.2009), la regolarità contributiva e fiscale costituisce requisito indispensabile non solo per la stipulazione del contratto ma anche per la relativa partecipazione alla gara con l’effetto che l’impresa concorrente deve essere in regola con i relativi obblighi sin dalla presentazione della domanda a nulla rilevando una regolarizzazione (ovvero una contestazione giudiziale) successiva, la quale, pertanto, non potrà in alcun modo incidere sul dato dell’irregolarità ai fini della singola gara (cfr., ex plurimis, Cons. St. . n.4243 del 2010, n. 1755 del 2009;

- che adattando tale principio generale alla peculiare fattispecie per cui

è causa ne consegue che l'amministrazione non poteva non escludere la ricorrente dalla gara: e ciò in quanto:

1. è pacifico e radicato in giurisprudenza il principio secondo il quale le prescrizioni stabilite nella "lex specialis" vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela (cfr. Cons. St. n.7217/2010) Altrimenti detto la Pubblica amministrazione è tenuta ad applicare le regole fissate nella lex specialis della gara, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non conformi al paradigma normativo (ad es., allo jus superveniens ), salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela (cfr. Cons.St. nr.6485 del 2010);

2. la ricorrente non ha documentato all'amministrazione (né in corso di causa) che, alla data del 03.2.2011, aveva contestato, amministrativamente ovvero giudizialmente, il debito rivendicato nei suoi confronti dall'Agenzia; mentre è irrilevante sia un adempimento tardivo dell'obbligazione pecuniaria nei confronti dell'Agenzia che una opposizione, amministrativa o giudiziale, successiva alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta;

3 l'Amministrazione appaltante non ha alcuna possibilità né i mezzi per procedere ad autonoma verifica del requisito richiesto per la

partecipazione alla gara e deve attenersi a quanto certificato dall'amministrazione competente (nel caso di specie l'Agencia del Demanio);

Considerato che, per le ragioni appena rassegnate, il ricorso deve ritenersi infondato e deve essere respinto; mentre le spese di lite possono compensarsi tra le parti in causa attesa la peculiarità della controversia;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Pietro Morabito, Consigliere, Estensore

Roberto Proietti, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/02/2012

IL SEGRETARIO

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