

Publicato il 12/03/2018

**N. 01572/2018REG.PROV.COLL.
N. 04370/2017 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 4370 del 2017, proposto da:

Profili Espresso Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Castiello, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giuseppe Cerbara, 64;

contro

Asl Rm 5, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Silvia Morescanti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Fontanile Arenato 145;

nei confronti di

Ariston Srl non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUA n. 05131/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl Rm 5;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2018 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Francesco Caputo su delega di Francesco Castiello e Silvia Morescanti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente gravame la Profili Espresso s.r.l. chiede l'annullamento della sentenza breve con cui è stato respinto il suo ricorso diretto avverso il diniego di annullamento dell'esclusione della detta appellante dalle successive fasi di gara, oltre per quanto di ragione del Disciplinare di gara della procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio bar presso gli SS.OO. della ASL RM 5 e del Distretto Sanitario di Guidonia.

Il provvedimento gravato in primo grado è affidato al duplice rilievo per cui:

- 1) non era stata allegata la prova del pagamento della contribuzione di cui all'art. 1, comma 67, l. 23 dicembre 2005, n. 266 a favore dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;
- 2) non era stata prodotta una garanzia sotto forma di cauzione o fideiussione provvisoria, ai sensi dell'art. 93 del d.lgs. n. 50/2016 ma un generico impegno di un soggetto fideiussore a costituire cauzione o fideiussione definitiva ai sensi degli artt. 103 e 104 del medesimo d.lgs. n. 50, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario.

La sentenza, in forma semplificata, è affidata all'assorbente rilievo per cui, legittimamente la stazione appaltante ha escluso l'appellante a causa dell'inammissibilità della fideiussione per la mancanza del requisito soggettivo, in capo al dichiarante, della necessaria iscrizione tra i soggetti a ciò autorizzati ai sensi degli artt. 103 e 104 del d.lgs. n. 104/2010.

L'appello dunque è affidato alla denuncia di tre motivi di gravame relativi alla violazione dell'articolo 1 comma 67 della legge n. 2/2005; degli articoli 83, comma 9, 93 comma 2 e 103 del D.lgs. n. 50/2016.

Con ordinanza n. 3039 del 20 luglio 2017 la Sezione ha accolto l'istanza di sospensione cautelare della sentenza.

Con memoria di costituzione del 11.11.2017 si è costituita in giudizio l'Azienda sanitaria locale Roma 5 la quale, con successiva memoria datata 1 dicembre 2017, ha contestato la ricostruzione degli elementi fattuali della vicenda e ha confutato analiticamente le tesi dell'appellante.

Con apposito atto in data 12 dicembre 2017, l'appellante, in linea preliminare, ha lamentato la mancata esecuzione della pronuncia cautelare, pur ritualmente notificata alla controparte ed ha contestualmente chiesto il rinvio dell'udienza pubblica; nel merito ha replicato all'ASL ed ha insistito per l'accoglimento del gravame.

Con memoria, in data 28 dicembre 2018, l'Asl ha contestato il rinvio concesso all'appellante per l'estraneità della fattispecie a quelle contemplate dall'articolo 120, comma 6-bis; ha eccepito l'improcedibilità dell'appello avversario perché, nelle more, non solo la predetta S.A. ha proceduto in autotutela alla revoca dell'aggiudicazione definitiva della gara; ma è anche intervenuta una differente sentenza del Tar n 9012/2017 che avrebbe respinto il secondo atto di esclusione delle ditte in gara con una pronuncia non impugnata dall'appellante.

Con istanza del 10.01.2018, l'appellante Profili Espresso ha formalmente chiesto l'esecuzione della pronuncia cautelare.

Uditi alla udienza pubblica di discussione i difensori delle parti, l'appello è stato quindi ritenuto in decisione dal Collegio.

Il dispositivo richiesto dalla parte ricorrente è stata pubblicato in data 19/01/2018 con il n. 362.

DIRITTO

1.§. Può prescindersi dalle numerose eccezioni di inammissibilità introdotte l'Azienda sanitaria locale in relazione all'infondatezza del gravame.

Preliminarmente si deve osservare, che l'ordinanza di sospensiva favorevole all'appellante, in realtà è stata erroneamente fondata su una rappresentazione del tutto inesatta della base d'asta contenuta nell'appello per cui l'esito del presente gravame, *res melius perpensa*, non può che essere di segno differente rispetto alla pronuncia cautelare.

2.§. Nell'ordine logico delle questioni deve essere preliminarmente esaminato il primo assorbente mezzo di gravame con cui la società appellante lamenta che illegittimamente il Tar avrebbe omesso di pronunciarsi sulla censura secondo cui non sarebbe stata obbligata al pagamento del contributo all'ANAC in quanto, nel procedimento di gara in esame, il valore complessivo a base d'asta della procedura era pari a € 168.000 avrebbe poi dovuto esser diviso per 6.

Di conseguenza, non sarebbe stato sussistente l'obbligo della Profili Espresso s.r.l. di corrispondere il contributo, perché aveva partecipato a un solo lotto pari ad euro 60.400,00 che sarebbe stato ben al di sotto del limite € 150.000.

L'assunto va respinto.

Si deve premettere che, come è noto, la Delibera dell'ANAC del 21 dicembre 2016, n. 1377 che disciplina gli importi del contributo ex art. 1 comma 67, l. n. 266 del 2005, prevede:

-- l'esenzione per gli operatori economici quando l'importo posto a base di gara è uguale o maggiore a € 40.000 e inferiore a € 150.000,00 (articolo 2);

-- l'obbligo degli operatori economici che partecipano a procedure di scelta del contraente suddivise in più lotti, di "...versare il contributo, nella misura di cui all'art. 2, comma 1, corrispondente al valore di ogni singolo lotto per il quale presentano offerta"(articolo 3, comma 5).

Nel caso in esame, è del tutto inesatto, in punto di fatto, che il lotto a cui aveva partecipato l'appellante concernesse la fascia esente, vale a dire quella

che concerne appalti la cui base d'asta è maggiore a € 40.000 ma inferiore a € 150.000.

Il Capitolato speciale d'appalto prevedeva espressamente:

-- all'articolo 1 che *“Il contratto di concessione avrà la durata di 60 mesi decorrenti dalla data di sottoscrizione del presente contratto”* (cfr. pag.2);

-- all'articolo 2 che la cifra dei € 60.480,00 concerneva l'“IMPORTO ANNUO” del canone per il lotto n.1 “Tivoli” da versare in 12 rate mensili (cfr. pag. 3) per tutti i 60 mesi di durata dell'appalto.

In altre parole, è dunque evidente che, l'importo annuo di € 60.480,00 non rappresentava affatto la remunerazione complessiva della concessione ma solamente il canone che avrebbe dovuto essere moltiplicato per tutti i cinque anni della concessione. In conseguenza la partecipazione dell'operatore economico alla gara in questione era perciò assoggettata al pagamento del contributo ex art. 1 comma 67, l. n. 266 del 2005 a pena di esclusione.

Né tale carenza avrebbe potuto essere sanata dopo la scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte poiché, come è noto, il mancato pagamento del contributo previsto per tutti gli appalti pubblici costituisce una “condizione di ammissibilità dell'offerta” e la sanzione dell'esclusione dalla gara deriva direttamente ed obbligatoriamente dalla legge.

In definitiva, nel caso in esame, l'importo del canone per il lotto 1), al quale aveva partecipato la Profili Espresso s.r.l., ammontava a complessivi € 302.400,00, e quindi si andava a collocare in uno scaglione soggetto al pagamento del relativo contributo.

In difetto del detto pagamento è dunque evidente che il provvedimento di esclusione era stato legittimamente adottato.

3.¶. In conseguenza dell'accertata legittimità della sua esclusione, la Profili Espresso s.r.l. non ha più un interesse attuale e diretto allo scrutinio delle restanti doglianze, che possono pertanto essere assorbite perché anche in caso di eventuale accoglimento non potrebbe farle conseguire comunque l'ammissione alla procedura in questione,

In conclusione dai profili che precedono l'appello è infondato e per l'effetto, sia pure con differente motivazione, la decisione impugnata deve essere confermata. Infine deve essere dichiarata altresì improcedibile l'istanza di esecuzione dell'ordinanza cautelare.

Le spese, secondo le regole generali seguono la soccombenza, e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando:

1. respinge l'appello, come in epigrafe proposto;
2. dichiara, in conseguenza, improcedibile l'istanza di esecuzione dell'ordinanza cautelare;
3. condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio che vengono liquidate in € 2.500,00 oltre agli accessori come per legge, in favore dell'ASL RM 5.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Giulio Veltri, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

L'ESTENSORE
Umberto Realfonzo

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO