

Pubblicato il 29/05/2019

N. 03606/2019REG.PROV.COLL.
N. 07397/2018 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 7397 del 2018,
proposto da

Mercogliano Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Tretola, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

San Luca Multiservice S.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Orlandini, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Lecce, via A. Imperatore n.16;

nei confronti

Ditta S.A.F. di Guancia Sabatino, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno Sezione Prima, n. 1069 del 2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di San Luca Multiservice S.r.l.s.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2019 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Luigi Tretola e Alessandro Orlandini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Mercogliano, mediante la propria struttura operativa in house Mercogliano Servizi s.r.l., pubblicava avviso pubblico finalizzato ad acquisire dagli operatori economici le manifestazioni di interesse per la partecipazione alla gara per l'affidamento del «*servizio di gestione del parcheggio a pagamento autovetture, bus e caravan denominato "Giubileo 2000" sottostante la clinica Montevergine in Mercogliano (AV)*» per il periodo 1 dicembre 2018-31 gennaio 2019.

San Luca Multiservice s.r.l.s. presentava offerta, ma veniva esclusa per avere offerto modalità di pagamento diverse da quelle previste dalla legge di gara. Il servizio veniva aggiudicato alla ditta S.A.F. di Guancia Sabatino, unica altra partecipante alla gara.

Avverso tali determinazioni la San Luca Multiservice proponeva ricorso innanzi al T.a.r. Campania, sezione staccata di Salerno, che con la sentenza indicata in epigrafe lo accoglieva, ritenendo illogica

l'esclusione dalla gara, in quanto le modalità di pagamento offerte dalla società erano più vantaggiose per la stazione appaltante e meno favorevoli per l'offerente, condannando la stazione appaltante a risarcire a favore della ricorrente il danno conseguente alla illegittima esclusione dalla gara, quantificandolo in via equitativa nella somma di euro 8.000,00 (ottomila).

Avverso tale sentenza ha proposto appello la Mercogliano Servizi, deducendo: *error in iudicando* e *in procedendo*, violazione e falsa applicazione della legge di gara e del d.lgs. n. 50 del 2016, violazione del principio processuale di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, violazione dei principi della *par condicio* tra i concorrenti e del buon andamento dell'azione amministrativa, violazione dell'art. 97 della Costituzione, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, genericità, carenza dei presupposti, travisamento, contraddittorietà manifesta, illogicità.

Si è costituita in giudizio per resistere all'appello San Luca Multiservice s.r.l.s.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 18 aprile 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Con la prima censura l'appellante deduce l'erroneità della sentenza per evidente contraddittorietà, illogicità, carenza di istruttoria e violazione della legge di gara, nella parte in cui ha statuito che: “7. *Nel merito, il ricorso è fondato. 7.1. Come risulta dagli atti di gara, la società ricorrente ha proposto un aumento di euro 4.011,01 oltre IVA sul prezzo posto a base della gara, pari ad euro 12.000,00, superiore a quanto offerto dalla*

società odierna contro interessata. La lex specialis prevedeva che il corrispettivo dovesse essere corrisposto secondo la seguente modalità: in dodici rate di pari importo di cui la prima entro cinque giorni dall'affidamento provvisorio, le successive mensilmente. Nel caso di specie, considerando che la migliore offerta era proprio quella della società San Luca Multiservizi e che, pertanto, ad essa sarebbe stato affidato il servizio, l'amministrazione, in applicazione della previsione contenuta nel disciplinare di gara, avrebbe ricevuto dodici rate ciascuna di importo pari a 1.334,25 euro. La società ricorrente ha, invece, proposto una diversa modalità di pagamento così modulata: un terzo dell'importo annuale offerto, entro 5 giorni dall'affidamento provvisorio; un terzo dell'importo annuale offerto, entro la fine del quarto mese; un terzo dell'importo annuale offerto, entro la fine dell'ottavo mese”.

Secondo la tesi dell'appellante, il giudice di primo grado, pur in presenza di una palese violazione della legge di gara, pienamente efficace, avrebbe inopinatamente ritenuto illegittima l'esclusione dell'offerta che non si è conformata alla medesima.

La censura è infondata.

Deve premettersi che l'art. 3 della lettera di invito prescriveva al concorrente di effettuare, tra l'altro: *“la dichiarazione sostitutiva ai sensi di legge (con allegato documento di riconoscimento in corso di validità), da parte del legale rappresentante del soggetto partecipante, con la quale il concorrente si impegna, entro 5 giorni dall'affidamento provvisorio a versare la prima rata dell'importo annuale offerto....e a versare le rate successive mensilmente”.*

Tale dichiarazione, come asserito dall'appellante, è stata resa ai sensi del d.lgs. n. 445 del 2000 e ha costituito un espresso impegno richiesto a tutti i partecipanti per garantire la certezza delle modalità e dei tempi per la corresponsione del canone dovuto, la cui assenza o la cui errata indicazione rispetto alle prescrizioni della legge di gara

comportava la mancata aggiudicazione, come comprovato dall'art. 9 della detta lettera di invito, secondo cui: *“Mercogliano Servizi srl si riserva la facoltà di non procedere all'aggiudicazione qualora le verifiche effettuate dovessero risultare non conformi alle dichiarazioni rese in sede di presentazione delle offerte o venissero acquisiti elementi o indicazioni rilevanti ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge”*. Tale impegno è, inoltre, confermato anche per l'affidatario, nella fase di esecuzione, ai sensi dell'art. 6 della lettera di invito, per il quale: *“il soggetto affidatario dovrà versare un canone annuo alla società committente di € 12.000,00 oltre IVA, ovvero quello maggiore risultante dopo la gara per l'aggiudicazione del servizio. Il canone sarà versato in 12 (dodici) rate di pari importo. La prima rata entro 5 (cinque) giorni dall'affidamento provvisorio, le successive mensilmente, dietro presentazione di regolare fattura da parte della società committente”*.

San Luca Multiservice s.r.l. ha formalizzato la propria offerta proponendo un aumento di € 4.011,01 oltre IVA sul canone di € 12.000,00 e ha dichiarato di impegnarsi a corrispondere il canone, nel rispetto del seguente cronoprogramma: un terzo dell'importo annuale offerto, entro cinque giorni dall'affidamento provvisorio (così versando in anticipo il canone relativo ai primi quattro mesi); un terzo dell'importo annuale offerto, entro la fine del quarto mese (così versando in anticipo il canone previsto fino all'ottavo mese); un terzo dell'importo annuale offerto, entro la fine dell'ottavo mese (così versando in anticipo il canone previsto fino alla conclusione della concessione).

Tanto premesso, del tutto corretta risulta la pronuncia del Tar, secondo cui: *“... risulta evidente che la proposta di pagamento del canone sia stata formulata proprio con lo scopo di offrire un miglior servizio all'amministrazione, dal momento che essa avrebbe potuto beneficiare di*

consistenti anticipazioni di somme di denaro da parte della impresa offerente. Di contro, essa sicuramente non avrebbe giovato all'impresa offerente la quale veniva a privarsi in anticipo di somme pagate a titolo di corrispettivo per controprestazioni non ancora eseguite. È di tutta evidenza, infatti, che la proposta di pagamento formulata dalla società ricorrente avrebbe consentito all'amministrazione di ricevere: entro cinque giorni dalla aggiudicazione provvisoria, l'importo corrispondente al canone non solo del primo mese di locazione (come richiesto nel bando), ma anche gli importi per i canoni del secondo, del terzo e del quarto mese; alla scadenza dei primi quattro mesi, l'importo corrispondente al canone non solo del quinto mese di locazione, ma anche gli importi per i canoni del sesto, settimo ed ottavo mese; alla scadenza dei primi otto mesi, l'importo corrispondente al canone non solo del nono mese di locazione, ma anche gli importi per i canoni del decimo, undicesimo e dodicesimo mese. Tanto premesso, risulta fondata la censura di eccesso di potere per irragionevolezza della determinazione di esclusione adottata dall'amministrazione. A fronte dell'evidente vantaggio che ad essa sarebbe pervenuto per mezzo di un anticipato incasso dei ratei, la società Mercogliano Service ha ritenuto che la società San Luca Multiservice dovesse essere esclusa dalla competizione poiché la modalità di pagamento del canone non corrispondeva alle previsioni della lex specialis. Tale provvedimento di esclusione appare, per quanto esposto, irragionevole”.

Invero, ai sensi dell'art. 1184 c.c., l'apposizione di un termine (e quindi anche la rateizzazione) si presume effettuata nell'interesse del debitore, con la conseguenza che il creditore (committente) non potrà pretendere il pagamento in un'unica soluzione, ma il debitore potrà certamente effettuare la prestazione dovuta senza dover attendere esattamente il giorno di scadenza della rata.

La giurisprudenza civile ha affermato, sul punto, che: *“ai sensi dell'art. 1184 c. c., il termine per l'adempimento dell'obbligazione si presume stabilito a favore del debitore, ove esso non risulti fissato a favore del creditore o di entrambi, e, pertanto, quando tale presunzione operi, mentre il debitore può adempiere fino alla scadenza del termine, il creditore non può, prima di questa, esigere la prestazione”* (Cass. civ., 11 dicembre 1981, n. 6553); *“il termine per l'adempimento dell'obbligazione, infatti, si presume stabilito, ove non risulti il contrario, a favore del debitore (art. 1184 c.c.) sì che il debitore anche prima della scadenza del termine può eseguire la prestazione da lui dovuta e può costituire in mora ex art. 1206 e ssgg. c.c. il creditore che rifiuti di riceverla (il creditore, invece, non può esigere la prestazione prima di tale scadenza)”* (App. Bari, Sez. I, 22-01-2007).

Né, come correttamente affermato dal Tar, l'amministrazione ha fornito una convincente motivazione sulla possibile rilevanza di un interesse pubblico a ricevere i canoni non in maniera anticipata ma con cadenza mensile, essendosi limitata a giustificare la vincolatività delle prescrizioni della lettera d'invito in relazione ad una astratta: *“salvaguardia del superiore interesse a garantire il mantenimento degli equilibri economico-finanziari dell'ente”*, ma senza chiarire perché le modalità offerte dalla San Luca non assolverebbero a tale scopo.

Neppure a fornire tale motivazione può soccorrere la nota del 9 gennaio 18 dell'ufficio Controllo analogo del Comune di Mercogliano, versata in atti, che si riporta solo alle finalità di garantire l'equilibrio finanziario ed economico dell'impresa: *“in ossequio al principio di tempestività dei pagamenti, fondamentale al rispetto dei parametri di strutturale deficiarietà degli enti pubblici; il tutto tenuto conto degli ineludibili vincoli di finanza pubblica e dell'esigenza di assicurare la permanenza*

degli equilibri di bilancio, in un quadro di consolidamento di bilancio comunale”, non dimostrando, quindi, come le modalità di pagamento offerte da San Luca, più favorevoli all’amministrazione, non potrebbero assolvere a tale finalità.

Invero, il cronoprogramma dei pagamenti offerto dalla San Luca Multiservice soddisfa pienamente le esigenze di tempestività rappresentate nella nota succitata, in quanto fornisce liquidità in via anticipata, risultando, di conseguenza, illegittimo l’operato della stazione appaltante, che ha escluso la concorrente senza nemmeno chiarire previamente le ragioni delle modalità di pagamento richieste nella lettera di invito.

Risulta pienamente da condividere, dunque, l’affermazione contenuta nella sentenza impugnata secondo cui: *“laddove, per assurdo, la lex specialis avesse obbligatoriamente previsto un pagamento in 12 rate, escludendo adempimenti anticipati, tale previsione sarebbe stata assolutamente irragionevole e contraria, come già detto, all’interesse pubblico”*.

Anche la censura relativa al capo di sentenza concernente la condanna al risarcimento del danno in via equitativa nella somma pari a ottomila euro va disattesa.

Sul punto, il Tar ha affermato che: *“quanto alla formulata domanda di risarcimento, ritiene il Collegio che essa possa essere accolta nei limiti di seguito specificati. In data 6 febbraio 2018, la Mercogliano Servizi srl e la SAF di Guancia Sabatino hanno stipulato il “contratto per l’affidamento del servizio di gestione del parcheggio a pagamento autovetture, bus e caravan, denominato “Giubileo 2000”, sottostante la clinica Montevergine in Mercogliano (AV)” per il periodo dal 1° febbraio 2018 al 31 gennaio 2019. Ciò posto, ritiene il Collegio che nel bilanciamento dei contrapposti interessi debba annettersi prevalenza a quello di cui è portatrice l’amministrazione e che si sostanzia nella*

continuazione del servizio da parte dell'impresa cui esso è stato affidato e che, pertanto, all'annullamento del provvedimento di esclusione non debba conseguire la dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore stipulato tra la stazione appaltante e la ditta SAF. All'impresa ricorrente, tuttavia, spetta il risarcimento del danno conseguente alla illegittimità dell'atto di esclusione. Tale risarcimento può essere quantificato in via equitativa, tenuto conto della tipologia del contratto (per il quale non è possibile prevedere l'utile che l'impresa avrebbe conseguito dall'eventuale affidamento del servizio di parcheggio) nella somma complessiva di euro 8.000,00 (ottomila)".

Per l'appellante, in base alla pronuncia appellata, Mercogliano Multiservizi: *"a cui è stata preclusa ogni possibilità di scelta, deve ristorare l'appellata di una somma che, tenuto conto delle spese di giudizio, corrisponde di fatto all'importo del canone a base di gara. Il "bilanciamento di interessi" sotteso alla decisione dei Giudicanti in realtà è sintomatico di una totale obliterazione della "posizione" dell'appellante, che, in tal modo, si trova a non trarre alcun "vantaggio" dalla procedura indetta. Diversamente, se il TAR avesse proceduto ad una effettiva valutazione anche della posizione dell'appellante avrebbe quantomeno potuto prevedere l'opzione dell'affidamento, lasciando alla SA di scegliere, sulla scorta anche dell'offerta proposta, se continuare o meno il servizio con la controinteressata o procedere ad un nuovo affidamento".*

Sostiene, inoltre, l'appellante, che solo nel caso di impossibilità oggettiva di quantificazione, il giudice può liquidare il danno in via equitativa, ma tale ipotesi limite presuppone che il ricorrente abbia fornito prova di tale danno, non essendo ammissibile un risarcimento disancorato da un minimo di elementi documentali e probatori in grado di sostanziarlo. E nella fattispecie in questione il danno non sarebbe stato provato.

Deve, al riguardo, osservarsi che nel giudizio di primo grado San Luca aveva richiesto in via principale il risarcimento in forma specifica e che, invece, Mercogliano Servizi si era opposta a tale richiesta, sostenendo l'inammissibilità delle domande di aggiudicazione e/o subentro.

Considerando, inoltre, che al momento della pubblicazione della sentenza era trascorso più della metà del periodo di gestione del servizio, si ritiene che il T.a.r. abbia correttamente quantificato in via equitativa il danno subito dalla mancata aggiudicazione: *“tenuto conto della tipologia del contratto (per il quale non è possibile prevedere l'utile che l'impresa avrebbe conseguito dall'eventuale affidamento del servizio di parcheggio)”*.

Come, invero, affermato dal condivisibile orientamento della giurisprudenza amministrativa: *“il ricorso alla valutazione equitativa del danno risulta giustificato, nel caso di specie, dall'oggettiva difficoltà di fornire una prova precisa dell'utile effettivo e, quindi, del danno risarcibile”* (Cons. Stato, sez. V, 2.1.2019, n. 14).

Riguardo, infine, alla doglianza relativa alla reiezione da parte del Tar dell'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata notifica dello stesso al comune di Mercogliano, risulta corretto quanto statuito dal giudice di primo grado, per il quale: *“... la ricorrente ha provveduto a notificare tempestivamente il ricorso nei confronti dell'amministrazione che ha adottato gli atti impugnati e della impresa risultata aggiudicataria nel rispetto degli art. 27, comma 1, e 41, comma 2, del cpa. Neppure può sostenersi che il Comune di Mercogliano sia contraddittore necessario nel presente giudizio. Ed infatti, benchè la società Mercogliano Service sia una società in house del Comune di Mercogliano, essa costituisce un autonomo centro di imputazione dei rapporti giuridici derivanti dallo svolgimento della*

proprio mission istituzionale, essendo dotata di distinta personalità giuridica (...)”.

Mercogliano Servizi S.r.l., in quanto dotata di personalità giuridica e soggetto che ha provveduto all’emanazione dei provvedimenti impugnati, era, infatti, l’unico contraddittore necessario nel giudizio in questione.

In proposito il Collegio richiama, altresì, la decisione del 18 maggio 2018, n. 8, emessa dal Consiglio di Stato in Adunanza plenaria, secondo cui: *“il ricorso di primo grado deve essere notificato esclusivamente all’amministrazione che ha emanato l’atto impugnato, alla luce della disposizione di cui all’art. 41, comma 2, d.lg. 2 luglio 2010, n. 104, in virtù della quale, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio, appare sufficiente la notificazione dell’atto introduttivo del giudizio alla sola amministrazione che ha curato la procedura concorsuale, senza che risulti necessaria la notificazione ad altre amministrazioni o enti che abbiano avuto modo, a diverso titolo, di partecipare al procedimento”*, che, seppur concernente la diversa fattispecie delle procedure svolte in forma aggregata da un soggetto per conto e nell’interesse di altri enti, sottendendo la stessa *ratio* risulta applicabile per analogia al caso di specie.

Alla luce delle suesposte considerazioni, l’appello va respinto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Mercogliano Servizi S.r.l. alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti di San Luca Multiservice S.r.l.s, che si

liquidano nella somma pari ad euro 4.000 (quattromila), oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 18 aprile 2019 e 20 maggio 2019, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO