

Pubblicato il 02/02/2018

N. 00671/2018 REG.PROV.COLL.

N. 06079/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 6079 del 2016, proposto da:

La Capanna società cooperativa, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Chiara Mele, con domicilio eletto presso lo studio Gianluca Accardi, in Roma, viale Parioli, n. 180;

contro

Comune di Sabaudia, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Silvio Bozzi, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, viale Regina Margherita, n. 1;

nei confronti di

Impresa di Pulizia La Rapida 2004 s.a.s. di Corni Leonardo & C., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio – Latina, Sezione I, n. 00237/2016, resa tra le parti, concernente l'esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di gestione esternalizzata di un arenile ex art. 45 bis del codice della navigazione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Sabaudia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2018 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Maria Chiara Mele e Silvio Bozzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Sabaudia ha indetto una procedura aperta per l'affidamento triennale del servizio di gestione di un tratto di arenile, per un importo a base d'asta di € 10.000 all'anno.

All'esito delle operazioni di valutazione delle offerte la società cooperativa La Capanna è stata dichiarata aggiudicataria provvisoria.

Senonché, in sede di controllo dei requisiti dichiarati, la stazione appaltante ha riscontrato che i bilanci 2012 e 2013, prodotti a dimostrazione del prescritto requisito di fatturato, erano stati depositati presso l'ufficio del registro delle imprese oltre i termini di legge e che il capitale aveva subito una riduzione al di sotto del minimo legale, per cui ha invitato l'aggiudicataria provvisoria a contraddire in ordine a dette circostanze.

Acquisite le osservazioni pervenute e ritenuto che le stesse non consentissero di superare i rilievi mossi, la medesima stazione appaltante ha escluso la detta concorrente dalla gara e ha aggiudicato la commessa all'Impresa di Pulizia La Rapida 2004 s.a.s. di Corni Leonardo & C., seconda classificata.

Tanto il provvedimento espulsivo, quanto quello di aggiudicazione sono stati impugnati dalla società cooperativa La Capanna davanti al TAR Lazio – Latina, il quale, con sentenza 15/4/2016, n. 237, ha respinto il gravame.

Avverso la sentenza la società cooperativa La Capanna ha proposto appello.

Per resistere al ricorso si è costituito in giudizio il Comune di Sabaudia.

Con successive memorie le parti ha ulteriormente delineato le proprie tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 11/1/2018 la causa è passata in decisione.

Col primo motivo l'appellante deduce nei confronti dell'impugnata sentenza i vizi qui di seguito sinteticamente riassunti.

a) Il deposito dei bilanci, contrariamente a quanto ritenuto dall'adito Tribunale amministrativo, non poteva ritenersi tardivo essendo avvenuto nei trenta giorni dall'approvazione, in conformità a quanto prescritto dall'art. 2435, comma 1, del cod. civ. Il medesimo Tribunale, peraltro, avrebbe confuso la questione del tardivo

deposito dei bilanci con quella della loro intempestiva approvazione, mai contestata dalla stazione appaltante e in ogni caso anch'essa insuscettibile di portare all'esclusione dalla gara.

Il provvedimento espulsivo risulterebbe, comunque, viziato sia perché il mancato rispetto dei termini di cui al citato articolo 2345, comma 1, potrebbe comportare soltanto l'applicazione di una sanzione pecuniaria (art. 2630 cod. civ.), sia perché la *lex specialis* della gara non prevedeva, tanto meno a pena di esclusione, che i concorrenti dovessero dimostrare il tempestivo deposito dei bilanci presso l'ufficio del registro delle imprese.

b) In primo grado era stato dedotto che in relazione alle società cooperative non sarebbe previsto un capitale sociale minimo, per cui non sarebbe conseguentemente ipotizzabile una sua riduzione al di sotto del detto inesistente limite.

Senonché, nel respingere la doglianza, il giudice di prime cure avrebbe stravolto il *thema decidendum* soffermandosi sulla ravvisata inaffidabilità finanziaria dell'odierna appellante, questione inammissibilmente introdotta dalla difesa della stazione appaltante solo nel corso del giudizio e mai contestata nella fase di gara.

L'impugnata sentenza risulterebbe, pertanto, viziata da *ultrapetizione*.

c) Il giudice di prime cure avrebbe errato a ritenere che le contestazioni in merito alla violazione ed erronea applicazione della *lex specialis* contenute nella memoria conclusiva e in quella di replica fossero inammissibili in quanto introdotte solo con atti non notificati alle controparti. Si tratterebbe, infatti, di argomentazioni costituenti mero sviluppo di censure ritualmente prospettate col ricorso introduttivo del giudizio.

d) Diversamente da quanto affermato dall'adito Tribunale amministrativo le perdite di bilancio sarebbero in realtà insussistenti e la sentenza si fonderebbe su mere supposizioni, invece che su fatti certi ed oggettivi acquisiti al giudizio.

Peraltro, l'impugnata sentenza risulterebbe erronea nella parte in cui ha giustificato la pretesa della stazione appaltante di esaminare i bilanci, laddove la disciplina di gara consentiva di comprovare il requisito di capacità economico-finanziaria attraverso una referenza bancaria e un determinato fatturato per attività analoghe a quelle da affidare nell'ultimo triennio.

Oltre a ciò, la carenza di una "*effettiva autonomia patrimoniale della citata società posta a garanzia della stazione (appaltante) nonché a garanzia dell'utenza cui i servizi sono rivolti*" non potrebbe dedursi dal "*sussequirsi di cospicue perdite*", sia perché queste ultime sono state riscontrate solo in sede giudiziale, sia perché la solidità economica dell'appellante è comprovata dal requisito del fatturato, unico elemento di valutazione ammesso dalla disciplina di gara.

La doglianze di cui alle lettere a), b) e c), tutte fondate, si prestano ad una trattazione congiunta.

Il disciplinare di gara, quanto al requisito della capacità economico-finanziaria, prescriveva (punto 2.2) che i concorrenti dovessero:

a) "*essere in grado di produrre referenza bancaria di almeno un istituto bancario*";

b) "*possedere un fatturato globale d'impresa, per servizi analoghi, realizzato nell'ultimo triennio (2012-2013-2014) che non deve essere inferiore all'importo di € 250.000,00*".

Nessuna norma del detto disciplinare stabiliva, tanto meno a pena di esclusione, che i bilanci eventualmente prodotti dai concorrenti dovessero essere stati depositati presso l'ufficio del registro delle imprese nei "termini di legge".

Già questa sola circostanza si opponeva a che la contestazione relativa al tardivo deposito dei bilanci potesse assurgere a legittima causa di esclusione dalla gara.

Ed invero, in base ad un condivisibile orientamento giurisprudenziale "Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti" (Corte Giustizia UE, Sez. VI, 2/6/2016, in C-27/15; si veda anche Cons. Stato, Sez. V, 18/1/2017, n. 194, seppur con riguardo alla problematica dell'omessa dichiarazione degli oneri di sicurezza aziendale).

Sul punto giova puntualizzare che, diversamente da quanto eccepito dal Comune appellato, la società cooperativa La Capanna ha espressamente dedotto, anche in primo grado, seppur succintamente, la violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione.

Si legge, infatti, a pag. 5 del ricorso di primo grado: "Le contestazioni sollevate dall'amministrazione comunale con i provvedimenti impugnati sono infondate e comunque nulla hanno a che vedere con i requisiti richiesti dal bando e dagli atti allegati – disciplinare di gara e capitolato prestazionale che la odierna ricorrente anzi possiede tutti i requisiti".

La stazione appaltante non poteva quindi ricavare dal tardivo deposito dei bilanci presso l'ufficio del registro delle imprese, una nuova causa di esclusione dalla gara non prevista dalla *lex specialis*.

La rilevata tardività del deposito era, peraltro, insussistente in fatto.

Ed invero, l'art. 2435, comma 1, cod. civ. stabilisce che: "Entro trenta giorni dall'approvazione una copia del bilancio, corredata dalle relazioni previste dagli articoli 2428 e 2429 e dal verbale di approvazione dell'assemblea o del consiglio di sorveglianza, deve essere, a cura degli amministratori, depositata presso l'ufficio del registro delle imprese o spedita al medesimo ufficio a mezzo di lettera raccomandata".

I bilanci 2012 e 2013 sono stati approvati in data 30/4/2015, per cui il deposito degli stessi, avvenuto rispettivamente in data 15 e 18 maggio 2015, deve ritenersi tempestivo.

Come correttamente rilevato dall'odierna appellante il giudice di prime cure ha erroneamente, fatto discendere la tardività del deposito da quella dell'approvazione degli stessi bilanci.

In tal modo si è, però, pronunciato su un aspetto (quello concernente la tardività dell'approvazione) non emerso in sede procedimentale, incorrendo, di conseguenza, in un evidente vizio di *ultrapetizione*.

Oltre al tardivo deposito dei bilanci, la stazione appaltante ha contestato all'odierna appellante "una riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale causa questa che comporta l'applicazione dell'art. 2448 del Codice civile con specifico riferimento agli artt. 2446 - 2447 – 2448 del codice civile".

Il giudice di prime cure ha respinto la censura con cui la ricorrente di primo grado aveva dedotto l'insussistenza, per le società cooperative di produzione e lavoro di prescrizioni legali che impongano un capitale sociale minimo, motivando la reiezione con ampi riferimenti all'asserita inaffidabilità economico finanziaria della concorrente desunta dalle perdite evidenziate dai bilanci.

Così facendo il Tribunale amministrativo si è inammissibilmente sostituito all'amministrazione, individuando una ragione di esclusione diversa ed ulteriore rispetto a quelle poste a base del provvedimento espulsivo impugnato, incorrendo, anche sotto questo profilo, nel vizio di *ultrapetizione*.

Ed Invero, la questione dell'inaffidabilità economico finanziaria della concorrente era stata evocata dalla stazione appaltante solo negli scritti difensivi depositati nel corso del processo, ma per pacifico principio non è consentito alla Pubblica amministrazione, integrare la motivazione del provvedimento impugnato attraverso gli scritti difensivi depositati in giudizio, dovendo la motivazione stessa essere sempre il frutto della volontà decisionale dell'amministrazione da esprimere nell'ambito del procedimento amministrativo (sul divieto di integrazione postuma della motivazione mediante scritti difensivi Cons. Stato, Sez. III, 9/1/2017, n. 24; Sez. VI, 19/8/2009, n. 4993; Sez. IV, 7/5/2007, n. 1975; Sez. V, 23/1/2007, n. 192).

La censura dedotta in primo grado dall'appellante e qui riproposta risulta, peraltro, fondata.

Difatti, come si ricava dagli artt. 2511 e 2524 cod. civ., le cooperative sono società a capitale variabile, non determinato in un ammontare prestabilito.

Tant'è che l'art. 2545-*duodecies* cod. civ., nell'individuare le cause di scioglimento delle società cooperative, richiama quelle indicate, per le società di capitali, ai numeri 1), 2), 3), 5), 6) e 7) dell'articolo 2484, ma non anche quella di cui al n. 4) di quest'ultimo, che per l'appunto riguarda "*la riduzione del capitale al disotto del minimo legale*".

Solo la perdita dell'intero capitale sociale, ai sensi del citato 2545-*duodecies* ultima parte, costituisce causa di scioglimento della società cooperative.

L'accoglimento delle censure sin qui affrontate determina l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara impugnato in primo grado, privando, di conseguenza, l'appellante di ogni interesse all'esame delle ulteriori doglianze dirette a contestare per un verso la posizione della seconda classificata e per altro verso l'intero procedimento ad evidenza pubblica.

L'appello, sotto il profilo impugnatorio, va, quindi, accolto.

Resta da esaminare la domanda risarcitoria.

L'appellante chiede il risarcimento in forma specifica e il danno da lucro cessante in relazione al parte di contratto già eseguita dalla controinteressata.

La domanda è inammissibile in quanto articolata in modo diverso da come prospettata in primo grado, tanto da configurare una domanda nuova, non consentita ex art. 104, comma 1, c.p.a.

Difatti, davanti al Tribunale amministrativo, la società cooperativa La Capanna aveva chiesto il risarcimento dei danni da responsabilità precontrattuale, includendo tra questi quelli da perdita di chance, il rimborso delle spese sostenute e il mancato guadagno conseguente alle occasioni contrattuali perdute.

Aveva, inoltre, chiesto la riconoscimento del c.d. *danno curriculare*.

Com'è evidente non era stata proposta la domanda di risarcimento in forma specifica e per il resto non coincidono le voci di danno nelle due sedi reclamate.

A prescindere da quanto sopra la domanda risarcitoria risulta allo stato inammissibile anche sotto altro profilo.

Infatti, dall'accoglimento dell'appello discende unicamente il dovere dell'amministrazione di ripronunciarsi in ordine alla sussistenza del requisito di fatturato richiesto dalla *lex specialis* della gara, con la conseguenza che in assenza di una specifico riconoscimento della spettanza del bene della vita (affidamento del servizio), che potrà eventualmente aversi solo all'esito della rinnovazione, da parte della stazione appaltante, del segmento procedimentale ritenuto illegittimo, non c'è spazio per azioni risarcitorie (Cons. Stato, Sez. V, 17/7/2017, n. 3505; 6/3/2017, n. 1037; 23/8/2016, n. 3674 14/10/2014, n. 5115; Sez. VI, 25/9/2007, n. 4955).

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di natura diversa.

Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la parziale soccombenza, nei confronti del Comune, mentre possono essere compensati nei riguardi dell'Impresa di Pulizia La Rapida 2004.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così dispone:

a) accoglie l'appello quanto alla domanda impugnatoria e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza accoglie il ricorso di primo grado conseguentemente annullando i provvedimenti col medesimo gravati;

b) dichiara inammissibile la domanda risarcitoria.

Condanna il Comune appellato al pagamento delle spese processuali in favore dell'appellante liquidandole forfettariamente in complessivi € 4.000/00 (quattromila), oltre accessori di legge.

Compensa le dette spese nei confronti dell'Impresa di Pulizia La Rapida 2004.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella