

Publicato il 27/02/2018

N. 00044/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00253/2017 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 Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

nel giudizio introdotto con il ricorso numero di registro generale 253 del 2017 proposto da:

CNS – Consorzio Nazionale Servizi Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Nicodemo, Donatella Viscogliosi e Nicoletta Di Pucchio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Ceola, in Trento, via Cavour, n. 34;

contro

Provincia autonoma di Trento, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicolò Pedrazzoli, Sabrina Azzolini e Giuliana Fozzer, presso quest'ultima elettivamente domiciliata nella sede dell'Avvocatura provinciale, in Trento, piazza Dante, n. 15;

Agenzia provinciale per gli appalti e contratti (APAC), in persona del

legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

Museo delle Scienze di Trento, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti di

ATI composta da :

Società cooperativa culture, Consorzio Lavoro Ambiente soc. coop, Socioculturale coop. soc. onlus, non costituiti in giudizio,

per l'annullamento, previa adozione di misure cautelari

- della «COMUNICAZIONE PUBBLICAZIONE PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE» n. S171/17/702382 del 06/12/2017 per mezzo della quale è stata decretata l'esclusione del CNS – Consorzio Nazionale Servizi Cooperative dalla gara per l'affidamento dei seguenti servizi a favore del Museo delle scienze di Trento (MUSE): lotto 1) - servizi di presidio, vigilanza e supporto alla visita del pubblico nelle sale espositive, attività educative di laboratorio e in aula, visita guidata alle sale espositive e attività di mediazione culturale – CIG 6957118B62. L'importo a base di gara è pari ad euro 7.729.728,40; lotto 2) - servizi di accoglienza, informazioni e supporto al pubblico, biglietteria, call center, prenotazione attività museali e vendita nel muse shop – CIG 6957181F5E. L'importo a base di gara è pari ad euro 2.594.059,65;
- del verbale di gara della seduta tenutasi in data 04/12/2017 pubblicato il 05/12/2017 repertorio n. 510/2017 – 5/12/2017 nella parte in cui è stata deliberata l'esclusione del concorrente CNS – Consorzio Nazionale Servizi Cooperativa;
- della clausola di gara contenuta nel bando di gara pubblicato in data 21/08/2017 prot. n. S171/17/449978 ed in particolare nel bando integrale di gara al § 4.3 – p. 19, ove è prescritto che “Si procederà ad

escludere l'operatore economico nel caso in cui sia accertato che il versamento è stato effettuato oltre la scadenza del termine di presentazione delle offerte ovvero è stato effettuato per un importo inferiore a quanto richiesto dal bando di gara”;

- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e successivi ancorché non conosciuti;

nonché

- per il risarcimento di tutti i danni subiti e subendi in conseguenza dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e la memoria difensiva della Provincia autonoma di Trento;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2018 il consigliere Antonia Tassinari e uditi per la parte ricorrente l'avvocato Federico Fedrizzi in sostituzione degli avvocati Antonio Nicodemo, Donatella Viscogliosi e Nicoletta Di Pucchio e per l'amministrazione resistente l'avvocato Giuliana Fozzer;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

L'odierno ricorrente CNS – Consorzio Nazionale Servizi Cooperativa ha partecipato alla procedura aperta suddivisa in due lotti, indetta dalla Provincia autonoma di Trento – Agenzia provinciale per gli appalti e contratti (APAC), con bando pubblicato il 21 agosto 2017, ai sensi della legge provinciale 9 marzo 2016 n. 2 e del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per l'affidamento dei seguenti servizi a favore del Museo delle scienze di Trento (MUSE):

lotto 1) servizi di presidio, vigilanza e supporto alla visita del pubblico nelle sale espositive, attività educative di laboratorio e in aula, visita guidata alle sale espositive e attività di mediazione culturale – CIG 6957118B62 - importo a base di gara euro 7.729.728,40; lotto 2) servizi di accoglienza, informazioni e supporto al pubblico, biglietteria, call center, prenotazione attività museali e vendita nel muse shop – CIG 6957181F5E - importo a base di gara euro 2.594.059,65.

L'offerta presentata da CNS – Consorzio Nazionale Servizi Cooperativa riguarda l'aggiudicazione del solo lotto 1.

All'atto della presentazione dell'offerta l'odierno ricorrente ha adempiuto alla prescrizione contenuta al § 1 lett. a) pagina 5 del bando di gara versando il contributo a favore dell'Autorità nazionale anticorruzione (A.N.AC.) nell'importo di euro 140,00 riferibile al lotto 2 (il cui CIG è 6957181F5E) e non, invece, nell'importo di euro 200,00 riferibile al lotto 1 (il cui CIG è 6957181F5E).

A seguito dell'errore commesso dal CNS – Consorzio Nazionale Servizi Cooperativa, la stazione appaltante, facendo ricorso al soccorso istruttorio ha, in un primo momento, richiesto la produzione della ricevuta attestante il pagamento di detto contributo per il lotto 1 e, successivamente, nonostante il pagamento dell'importo del contributo riferito al lotto per il quale il ricorrente ha effettivamente partecipato alla procedura, ha provveduto all'esclusione del medesimo in quanto il corretto pagamento del contributo A.N.AC. era stato effettuato in data successiva alla data di scadenza di presentazione dell'offerta.

Avverso i provvedimenti e gli atti concernenti l'esclusione indicati in epigrafe il consorzio CNS –ha proposto il ricorso in esame, affidandolo ai seguenti motivi:

1. Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione e falsa applicazione della legge e, nel dettaglio, dell' art. 83, commi 8 e 9 del d.lgs. n. 50 del 2016 e del principio del favor participationis

Il contributo è stato versato nei termini di presentazione della domanda di partecipazione benchè, per mero errore materiale, nell'inferiore importo riferito al lotto 2. Non si tratta, pertanto, dell'omissione del prescritto versamento, ma dell'effettuazione con modalità diverse, in particolare con l'indicazione dell'errato codice CIG riferito al lotto 2, da quelle previste. Peraltro il versamento effettuato attesta, comunque, il possesso del prerequisite fondamentale consistente nella registrazione presso i servizi informatici dell'A.N.AC., AVCpass e, al tempo stesso, la buona fede del concorrente.

2. Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione e falsa applicazione della legge e, nel dettaglio, dell' art. 83, comma 9 del d. lgs. n. 50 del 2016 e della regola ivi contenuta del soccorso istruttorio, del principio della leale collaborazione tra p.a. e concorrente oltre che per eccesso di potere nelle figure sintomatiche della contraddittorietà, dell'irragionevolezza e della illogicità, difetto di istruttoria e ingiustizia manifesta.

La stazione appaltante ha dapprima attivato il soccorso istruttorio richiedendo copia del versamento senza alcuna specificazione (sicché il ricorrente ha ritenuto la possibilità di sanatoria fosse estesa non solo alla produzione di un versamento già effettuato, ma anche al versamento stesso, pur se tardivo) e successivamente, nonostante

l'adempimento del concorrente alla richiesta formulata, ne ha disposto l'esclusione.

3. Illegittimità della clausola di gara contenuta nel bando di gara pubblicato in data 21/08/2017 prot. n. s171/17/449978 ed in particolare, nel bando integrale di gara al § 4.3 – p. 19, ove è prescritto che “si procederà ad escludere l'operatore economico nel caso in cui sia accertato che il versamento è stato effettuato oltre la scadenza del termine di presentazione delle offerte ovvero è stato effettuato per un importo inferiore a quanto richiesto dal bando di gara” per violazione e falsa applicazione del principio della tassatività delle cause di esclusione di cui al c. 8 dell'art. 83 del d. lgs. n. 50 del 2016; violazione e falsa applicazione del principio del favor participationis; violazione e falsa applicazione del principio di leale collaborazione tra concorrente e stazione appaltante.

Nessuna norma di legge prevede la sanzione dell'esclusione in caso di mancato adempimento dell'onere del pagamento del contributo A.N.AC. e, quindi, la clausola contenuta nel bando di gara risulta nulla in forza del comma 8 dell'art. 83 del d. lgs. n. 50/2016; in via subordinata, ne va disposto l'annullamento.

Con il decreto monocratico n. 81/2017 è stata disposta l'ammissione con riserva alla gara del consorzio ricorrente, successivamente confermata con l'ordinanza n. 5/2018 di accoglimento della domanda cautelare. L'amministrazione ha ottemperato riammettendo formalmente alla gara il consorzio CNS.

In prossimità dell'udienza pubblica entrambe le parti hanno depositato memorie ribadendo le rispettive tesi.

Alla pubblica udienza odierna il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Tenuto conto della stretta connessione delle censure dedotte con i suesposti motivi l'esame dei medesimi può essere svolto congiuntamente.

Il ricorso è fondato nei termini che seguono.

Vale, innanzitutto, evidenziare che, ancor prima degli impugnati provvedimenti di esclusione (comunicazione del 6 dicembre 2017 e verbale del 4 dicembre 2017) il thema decidendum sotteso al presente giudizio è la disciplina, posta al paragrafo 4.3 (p. 19) del bando di gara, con cui la stazione appaltante si è autovincolata a disporre automaticamente l'esclusione del concorrente nel caso in cui sia accertato che il versamento a favore dell'Autorità nazionale anticorruzione (A.N.AC.) è stato effettuato oltre la scadenza del termine di presentazione delle offerte ovvero è stato effettuato per un importo inferiore a quanto richiesto dal bando stesso. Considerato il disposto del comma 8 dell'art. 83 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (*«I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle»*), la suddetta specifica prescrizione del bando evidenzia, infatti, profili di possibile nullità. Invero né nel codice dei contratti né nella legislazione provinciale è rinvenibile alcuna norma di legge che preveda la sanzione dell'esclusione in caso di mancato adempimento dell'onere del pagamento del contributo in questione ed, anzi, la suddetta omissione risulta sanabile proprio con il soccorso istruttorio di cui al comma 9 dell'art. 83 del d. lgs. n. 50/2016. Quest'ultima disposizione, così come novellata dall'art. 52, comma 1, lett. d) del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, prevede, infatti, che attraverso la procedura di soccorso istruttorio

vengano sanate la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi formali della domanda, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica. Alla luce della citata normativa è, quindi, il principio di massima partecipazione a prevalere sul principio di par condicio, come è riconosciuto dalla condivisibile giurisprudenza richiamata dal ricorrente. Pertanto, anche l'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, secondo cui il contributo dovuto dagli operatori economici A.N.A.C. è condizione di ammissibilità dell'offerta *“non esclude l'interpretazione, eurounitariamente orientata, che il versamento condizioni bensì l'offerta ma che lo stesso possa essere anche tardivo, costituendo a un tempo violazione formale e di elemento essenziale”* sanabile con il soccorso istruttorio (cfr. TAR Lazio, n. 11031/2017). Purtuttavia, nonostante le argomentazioni che precedono, la clausola di esclusione di cui al paragrafo 4.3 del bando di gara non è nulla. Il bando tipo approvato dall'A.N.A.C., ai sensi dell'art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, con deliberazione n. 1228 del 22 novembre 2017, quanto al contributo dovuto all'A.N.A.C. stessa dagli operatori economici che partecipano alle procedure di gara, riconferma, infatti, ancora una volta, malgrado la novella del 2017 del citato comma 9, la clausola di esclusione già contenuta in precedenti pareri e nella deliberazione n. 1377 del 2016.

La natura vincolante delle previsioni di cui al bando tipo impone un obbligo conformativo alla stazione appaltante anche per quanto riguarda l'esclusione per mancato versamento del contributo nel termine previsto. Ne consegue che la clausola contestata, prevedendo, in conformità al bando tipo, l'esclusione sia in caso di versamento oltre la scadenza del termine di presentazione

dell'offerta, sia in caso di versamento di importo inferiore, non è, comunque, nulla e neppure affetta da vizi di legittimità.

Nondimeno, nel caso di specie, l'inesatto adempimento del versamento da parte del Consorzio ricorrente è stato correttamente ritenuto dalla stazione appaltante rimediabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio, in ragione della sola parziale tardività e dell'errore in cui è incorso l'offerente nel corrispondere un importo inferiore a quello richiesto dal bando, errore che si connota come materiale e scusabile. Infatti il versamento del contributo, avvenuto a seguito dell'invito della stazione appaltante, nella misura corrispondente al lotto 1 per il quale il CNS aveva presentato offerta, ha integrato l'importo comunque già corrisposto per il lotto 2, nei termini di presentazione della domanda di partecipazione. Il pagamento di un importo inferiore risulta invece derivare dall'inesatto inserimento nel sistema on line previsto dall'A.N.A.C. al fine del pagamento del contributo, del codice identificativo della gara (C.I.G.), dovuto presumibilmente a svista o a disattenzione. Rileva, tuttavia, il preliminare adempimento consistente nella registrazione presso i servizi informatici per la riscossione dei contributi dell'A.N.A.C., adempimento fondamentale in quanto denota il preciso intendimento dell'operatore economico di adempiere all'obbligo richiesto e che è stato perfezionato prima della scadenza del termine per partecipare alla gara. L'accertata sussistenza della natura materiale dell'errore commesso, non volontariamente preordinato ad omettere o diminuire il versamento, non consente di valorizzare, in negativo, il principio dell'autoresponsabilità dei concorrenti. Ma c'è di più. La stazione appaltante, utilizzando la procedura del soccorso istruttorio, ha invitato il ricorrente a produrre

la ricevuta del versamento del contributo A.N.A.C. senza chiarire che la possibilità di sanatoria era limitata a un versamento già effettuato, e si riferiva solo alla produzione della ricevuta. La circostanza, idonea ad ingenerare un legittimo affidamento del ricorrente, rileva significativamente al fine di giustificare l'esercizio da parte della stazione appaltante del soccorso istruttorio per rimediare all'omissione (di parte) del versamento. E l'avvenuto versamento, pur tardivo, del contributo nel suo esatto ammontare, in riscontro all'invito della stazione appaltante, vale a perfezionare il presupposto che condiziona l'ammissibilità dell'offerta secondo l'art. 1, comma 67, della richiamata legge n. 266/2005.

Tenuto conto di quanto precede devono, quindi, essere accolti, con riferimento ai provvedimenti di esclusione del ricorrente dalla gara, i primi due motivi del gravame, mentre il terzo motivo, teso alla declaratoria di nullità e all'annullamento della specifica clausola di esclusione, perde di rilevanza.

Conclusivamente il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, devono essere annullati gli impugnati provvedimenti di esclusione (comunicazione del 6 dicembre 2017 e verbale del 4 dicembre 2017) con conseguente riammissione in gara del consorzio ricorrente.

L'accoglimento dell'azione di annullamento assorbe la domanda risarcitoria, tra l'altro del tutto genericamente formulata, e ciò anche considerata la formale riammissione alla gara, la cui tempistica rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, disposta a seguito dell'ordinanza cautelare di questo Tribunale.

In applicazione della regola della soccombenza le spese di lite, liquidate nella misura indicata nel dispositivo, devono essere poste a carico dell'Amministrazione resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale regionale di giustizia amministrativa della Regione autonoma Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 253/2017, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli impugnati provvedimenti di esclusione.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento delle spese di lite, che si liquidano nella misura di euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberta Vigotti, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere

Antonia Tassinari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonia Tassinari

IL PRESIDENTE
Roberta Vigotti

IL SEGRETARIO