

N. 00858/2015REG.PROV.COLL.

N. 08848/2014 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 8848 del 2014, proposto da:
Bart s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati
Silvio Lucisano e Domenico Gentile, con domicilio eletto presso lo studio di
quest'ultimo in Roma, Via Orsini, n. 19;

contro

Consiglio Regionale della Calabria, in persona del Presidente in carica,
rappresentato e difeso dall'avvocato Rosario Infantino, con domicilio eletto presso
Antonietta Scopelliti in Roma, Via Nizza, n. 46;
Regione Calabria;

nei confronti di

C&M - Consulting e Management s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe D'Ottavio e Gabriele D'Ottavio, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via Ottaviano, n. 91;

Biesse di Gabriella Orsola Stilo s.n.c.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI REGGIO CALABRIA, SEZIONE I, n. 236/2014, resa tra le parti, concernente affidamento servizio bar e ristorazione per il Consiglio regionale della Calabria – risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consiglio Regionale della Calabria e di C&M - Consulting e Management s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2015 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Domenico Gentile, Oreste Morcavallo su delega dell'avvocato Rosario Infantino, e Angelo Clarizia su delega degli avvocati Gabriele D'Ottavio e Giuseppe D'Ottavio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, l'odierna appellante, classificatasi al terzo posto nella procedura di gara avente ad oggetto la gestione del servizio bar e ristorazione del Consiglio Regionale della Calabria, invocava l'annullamento dell'aggiudicazione a favore di C & M – Consulting e Management s.r.l., di cui alla determinazione dirigenziale n. 718 del 14 novembre 2013, della lettera di invito, della nota prot. n. 48679 del 14 novembre 2013, con la quale il Consiglio Regionale aveva intimato alla BART s.r.l., attuale gestore del servizio, il rilascio dei locali – previo sgombero delle attrezzature di proprietà della ricorrente – entro il 17 dicembre 2013, degli altri atti di gara. Con lo stesso ricorso chiedeva dichiararsi la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, ed il subentro nell'esecuzione dello stesso quale risarcimento in forma specifica o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente.

2. Il TAR per ragioni di economia processuale esaminava, ritenendoli infondati, il primo motivo di ricorso, con il quale l'originaria ricorrente aveva dedotto l'illegittimità della mancata esclusione della seconda classificata per violazione degli artt. 30 e 41, comma 1, lett. a), d.lgs. 163/2006, ed il quinto motivo di ricorso, con cui veniva evidenziata l'illegittimità della lettera di invito per violazione e falsa applicazione dell'art. 30, comma 7, d.lgs. n. 163/2006, in relazione all'art. 143, comma 7, d.lgs. n. 163/2006, quindi dichiarava il difetto di interesse all'esame delle residue censure contenute nel ricorso principale, a fronte della posizione di terza classificata della ricorrente principale. Infine, il primo giudice dichiarava l'improcedibilità del ricorso incidentale dell'originaria controinteressata.

3. Con l'appello in esame Bart s.r.l. chiede la riforma della sentenza di primo grado, che sarebbe erronea, atteso che: a) la seconda classificata avrebbe dovuto essere esclusa per aver prodotto un'unica referenza bancaria inidonea a comprovare il possesso della capacità economica e finanziaria. La referenza in questione, infatti, sarebbe generica, perché non indirizzata alla stazione appaltante, né riferita all'appalto oggetto di gara; b) l'aggiudicataria si sarebbe dovuta escludere dalla gara e comunque l'aggiudicazione sarebbe stata illegittima; c) sarebbe illegittima l'intera procedura di gara perché svoltasi in contrasto con quanto disposto dagli artt. 30, comma 7, e 143, comma 7, d.lgs. 163/2006. Infatti, illegittimamente, la *lex specialis* non avrebbe previsto l'obbligo di allegazione all'offerta del piano economico e finanziario, non potendo valere quale esimente da un simile obbligo l'assenza di investimenti consistenti.

3.1. Il gravame in esame pone, pertanto, quale doglianza principale quella sub a), all'esito del cui accoglimento ripropone i motivi non esaminati dal giudice di prime cure con richiesta di subentro o di risarcimento per equivalente nella misura di euro 150.000,00 complessivi a titolo di lucro cessante, al quale andrebbe a sommarsi il 5% della suddetta somma a titolo di danno curriculare. In subordine, invoca il positivo esame della censura sub c), con annullamento dell'intera procedura.

4. Costituitasi in giudizio l'amministrazione regionale eccepisce l'irricevibilità dell'appello per tardività ed invoca la conferma della sentenza di primo grado.

5. Dal canto suo C&M - Consulting e Management s.r.l. chiede la reiezione dell'appello principale e ripropone i motivi contenuti nel ricorso incidentale, non

esaminati in primo grado, nei quali si deduce che Bart s.r.l. andava esclusa dalla gara.

6. Nelle successive difese le parti insistono nelle conclusioni precedentemente esposte.

7. L'appello è infondato e non può essere accolto, dovendo trovare conferma la ricostruzione operata dal primo giudice. Da ciò deriva che può non essere esaminata l'eccezione di irricevibilità dell'appello per tardività proposta dall'amministrazione regionale, così come possono essere non vagliate le doglianze contenute nel ricorso incidentale e riproposte in seconde cure dall'originaria controinteressata.

8. Quanto alla prima doglianza dell'appello principale, occorre rilevare che la lettera di invito al punto 3.1.4) indicava, tra la documentazione amministrativa che le ditte interessate a partecipare alla gara dovevano produrre a pena di esclusione, le: *“Dichiarazioni in merito all'idoneità finanziaria ed economica dell'impresa concorrente, ai sensi dell'art 41 del D.Lgs. 163/2006, rese da almeno due istituti di credito in documento originale e di data non anteriore al giorno di invio della presente Lettera di Invito”*.

L'art. 41, comma 1, del D.L.vo n. 163 del 2006, come sostituito dall'art. 2, comma 1, lettera l), numero 1), del D.L.vo 11 settembre 2008, n. 152, al riguardo dispone che, *“negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385; b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della*

Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; c) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi”.

L'espressione “idonee referenze bancarie”, ove riportata nei bandi di gara pubblica senza ulteriori precisazioni, deve essere interpretata dagli istituti bancari nel senso, anche lessicalmente corretto, che essi devono riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso (cfr. Cons. St., Sez. V, 17 luglio 2014, n. 3821; Id., 23 giugno 2008, n. 3108).

Nella fattispecie la seconda classificata, ossia la BIESSE s.n.c., produceva un'unica referenza bancaria, secondo un modello analogo a quello utilizzato anche dall'odierna appellante e si avvaleva della facoltà di cui al comma 3 dell'art. 41, d.lgs. n. 163/2006, secondo cui “*Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*”; e, non potendo depositare una seconda referenza bancaria, depositava documentazione valutata idonea dalla stazione appaltante a comprovare il possesso del requisito dell'idoneità economica e finanziaria.

Premesso che l'affidamento oggetto della presente procedura è di valore modesto (90.000 euro di base d'asta) e che la *lex specialis* di gara non richiedeva un particolare contenuto della referenza bancaria, tanto che la stessa appellante produceva documentazione analoga a quella che contesta in questa sede e che avrebbe dovuto portare all'esclusione della seconda classificata, deve ritenersi, anche in omaggio al principio di proporzionalità, che la documentazione in concreto prodotta da quest'ultima, unitamente alla suddetta referenza bancaria, fosse idonea a comprovarne il possesso dei requisiti economico finanziari e che, conseguentemente, la stessa non dovesse essere esclusa dalla procedura di gara.

L'infondatezza della predetta doglianza fa venire meno l'interesse dell'appellante principale alle censure contenute nel ricorso di prime cure non esaminate dal TAR e riproposte in questa sede.

9. Analoga sorte merita anche l'ulteriore doglianza con la quale, in via subordinata, l'appellante denuncia l'illegittimità dell'intera procedura di gara.

L'art. 143, comma 7, d.lgs. n. 163/2006, prevede, infatti, che: *“L'offerta e il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo. Le offerte devono dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto”*. La norma in questione trova applicazione anche per le concessioni di servizi disciplinati dall'art. 30, d.lgs. 163/2006, solo *“in quanto compatibile”* come recita il comma 7. La suddetta clausola di compatibilità impone di

valutare in concreto l'utilità stessa di un piano economico e finanziario, che se rappresenta la regola nel caso delle concessioni di lavori pubblici, caratterizzate dall'aver ad oggetto progettazione, esecuzione e gestione dell'opera, sempre in omaggio al principio di proporzionalità può non essere necessaria, nel caso si tratti di concessioni che, come quella oggetto del presente contenzioso, hanno ad oggetto servizi semplici quali la gestione di un bar, che richiede investimenti nemmeno lontanamente comparabili a quelli che caratterizzano la concessione di lavori pubblici. Sicché l'impostazione prospettata dall'odierno appellante non può essere seguita.

10. Dalla rilevata infondatezza delle doglianze contenute nell'appello in esame discende anche la reiezione delle correlate domande di reintegrazione in forma specifica e di risarcimento per equivalente.

11. Pertanto, assorbita ogni altra questione, l'appello deve essere respinto. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate 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 Bart s.r.l. al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 7.000,00 (settemila/00), oltre accessori di legge, da ripartirsi in parti uguali a favore del Consiglio Regionale della Calabria e della C&M - Consulting e Management s.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/02/2015

IL SEGRETARIO

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