

Pubblicato il 09/09/2020

N. 00800/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01085/2019 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 Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1085 del 2019, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
Luminarie De Filippo s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Gerardo Boccia ed
Elio Cuoco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Padova, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli
avvocati Marina Lotto, Vincenzo Mizzoni, Paolo Bernardi e Antonio Sartori, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo
studio di quest'ultimo in Venezia, San Polo 2988;

per l'annullamento

A) per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della nota del Comune di Padova, Settore Suap e AA.EE del 23 settembre 2019,
che esclude la ricorrente dalla gara del servizio noleggio arredi natalizi per gli anni
2019/2020;

- di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale comunque lesivo degli interessi della ricorrente ivi compresa la determina n. 2017/83/0365 del 29 novembre 2017 del medesimo Comune richiamata nel provvedimento di cui al primo trattino;

B) per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- della determina del Comune di Padova, Settore Suap e AA.EE n. 2019/12/0020 del 23 ottobre 2019, a firma del funzionario, Dott.ssa Marina Celi, che aggiudica la gara del servizio noleggio arredi natalizi per gli anni 2019/2020 alla Gasparotto s.r.l.;

- di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale comunque lesivo degli interessi della ricorrente e segnatamente della determina Suap n. 2019/12/0015 del 19/9/19, che approva l'elenco delle ditte ammesse alla gara;

- del verbale del 17 ottobre 2019 che prende atto dei lavori della Commissione di gara e considera quale migliore offerta quella della Gasparotto s.r.l.;

- ed in particolare della nota del RUP prot. n.418502 del 21/10/2019, che considera congrua l'offerta della Gasparotto s.r.l. dopo che quest'ultima era stata sospettata di anomalia;

- nonché, per la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato dal Comune di Padova con la Gasparotto s.r.l. per l'affidamento del servizio per l'illuminazione natalizia 2019/2020

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 15 luglio 2020 il dott. Stefano Mielli e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 4 del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito in legge 25 giugno 2020, n. 70;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Padova ha avviato una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di noleggio, installazione e disinstallazione degli arredi natalizi per le festività 2019 – 2020, secondo le modalità previste per gli appalti sotto soglia di importo pari o superiore ad € 40.000 e inferiore ad € 150.000, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. A tal fine ha formulato una richiesta di offerta attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione tramite la pubblicazione di un avviso esplorativo per l'acquisizione di una manifestazione di interesse.

L'odierna ricorrente Luminarie De Filippo s.r.l. (d'ora in poi Luminarie De Filippo) ha presentato la propria candidatura chiedendo di partecipare alla procedura negoziata.

Il Comune di Padova con provvedimento n. 2019/12/0015 del 19 settembre 2019, ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla procedura in quanto nel 2017 era stata effettuata nei suoi confronti la revoca dall'aggiudicazione per il medesimo servizio di arredi natalizi.

2. In quell'occasione la ricorrente aveva chiesto di installare del materiale di tipo diverso da quello offerto in sede di gara. A fronte del rifiuto del Comune di accettare la liberatoria per tale sostituzione, motivato con riferimento alla circostanza che ciò avrebbe comportato un'alterazione dell'oggetto del contratto, l'odierna ricorrente Luminarie De Filippo si è rifiutata di sottoscrivere il verbale di consegna del servizio. Nei confronti del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria la ricorrente ha prestato acquiescenza, mentre il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione è impugnato, a distanza di molto tempo, solo con il ricorso in epigrafe. Il Comune di Padova ha provveduto a segnalare l'illecito professionale ad ANAC – Autorità nazionale anticorruzione, che ha inserito un'annotazione nel

casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Contro tale annotazione l'odierna ricorrente ha proposto il ricorso r.g. n. 7833 del 2018 attualmente pendente al Tar per il Lazio, che in sede cautelare ha respinto la domanda di sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato.

3. L'esclusione dalla procedura oggetto del ricorso in esame è stata disposta in quanto le motivazioni a supporto del precedente provvedimento di revoca *“sono da ritenersi sufficienti per escludere dalla procedura negoziata la ditta in quanto il comportamento messo in atto, al tempo, nei confronti della stessa stazione appaltante, incidono in concreto sull'affidabilità professionale dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare”*.

Con il ricorso introduttivo il provvedimento di esclusione dalla procedura, unitamente al provvedimento che nel 2017 ha disposto la revoca dell'aggiudicazione, sono impugnati con due motivi.

Con il primo motivo la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il difetto di istruttoria, la violazione delle regole del giusto procedimento ed il difetto di motivazione perché è stata disposta la sua esclusione automatica dalla procedura in esame, senza considerare che la revoca dell'aggiudicazione disposta nel 2017, deve ritenersi illegittima, perché il rifiuto del Comune di Padova di accettare ed autorizzare la sostituzione delle lampade offerte in sede di selezione (*curtain light smd*) per due edifici, con lampade di diverso tipo (*curtain light smd RGB*) non era giustificato, in quanto ammesso dal bando e comportante un miglioramento anziché un peggioramento delle condizioni di luminosità. Secondo la ricorrente Luminarie De Filippo, non potendo essere fondatamente contestato a suo carico un pregresso grave illecito professionale, mancano i presupposti per disporre l'esclusione dalla procedura.

Con il secondo motivo la ricorrente lamenta sotto altro profilo la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il difetto di motivazione,

l'illogicità, la violazione del principio di proporzionalità e dell'art. 57, comma 4, lett. c), della direttiva UE n. 24/2014.

La società ricorrente sostiene che il Comune avrebbe potuto disporre l'esclusione solo a seguito di un'autonoma valutazione della sussistenza di un illecito professionale grave, che non può consistere nell'unica contestazione di un inadempimento contrattuale ancora *sub iudice*.

3.1 Si è costituito in giudizio il Comune di Padova eccependo la tardività delle censure proposte avverso il provvedimento del 2017 di revoca dell'aggiudicazione, chiedendo infine la reiezione del ricorso.

3.2 Con motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione disposta con provvedimento n. 2019/12/0020 del 23 ottobre 2019, per illegittimità derivata dai vizi già proposti con il ricorso introduttivo, e per un ulteriore motivo con il quale lamenta la violazione dell'art. 97 della Costituzione, il difetto di motivazione e la violazione dell'art. 97 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, perché non è stato svolto il *sub* procedimento sull'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria. La ricorrente chiede quindi che venga dichiarata l'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm..

All'udienza del 15 luglio 2020, in prossimità della quale il Comune di Padova con memoria ha eccepito l'inammissibilità per carenza di interesse dei motivi aggiunti replicando nel merito alle censure proposte, la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Il ricorso introduttivo è irricevibile per tardività nella parte in cui impugna il provvedimento n. 2017/83/0365 del 29 novembre 2017, con il quale il Comune di Padova ha revocato l'aggiudicazione del servizio disposta in favore della società ricorrente con riguardo alle festività 2017/2018. Il ricorso introduttivo è invece infondato nella parte in cui impugna il provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio per il periodo natalizio 2019/2020.

4.1 Con riguardo al provvedimento di revoca dell'aggiudicazione disposta in favore della società ricorrente nell'anno 2017 il Collegio rileva infatti che la mancata tempestiva impugnazione di quel provvedimento comporta che lo stesso abbia definitivamente consolidato i propri effetti e non possa più essere messo in discussione.

4.2 Le censure proposte avverso il provvedimento di esclusione sono infondate. Infatti il provvedimento di esclusione fondato sul grave illecito professionale commesso dalla ricorrente Luminarie De Filippo risulta sufficientemente motivato con il richiamo al precedente provvedimento di revoca dell'aggiudicazione dovuto al rifiuto dell'allora aggiudicataria, odierna ricorrente, di sottoscrivere il verbale di consegna del servizio in prossimità delle festività natalizie in vista delle quali gli arredi avrebbero dovuto essere installati; rifiuto che ha determinato il concreto rischio di avviare il servizio in tempo non più utile.

Tale condotta, come osserva il Comune nelle proprie difese, può essere considerata come un grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in quanto, come chiarito dalle Linee guida n. 6 di ANAC, approvate con deliberazione n. 1293 del 16 novembre 2016, a tal fine assumono rilevanza *“tutti i comportamenti contrari ai doveri di leale collaborazione che abbiano comportato la mancata sottoscrizione del contratto per fatto doloso o gravemente colposo dell'affidatario e la conseguente escussione della garanzia prevista dall'art. 93 del Codice”*.

Peraltro va osservato che, come già anticipato, ANAC, ad una prima delibazione, ha iscritto l'apposita annotazione a carico della ricorrente nel casellario informatico e il Tar per il Lazio ha respinto la domanda cautelare proposta per ottenere la sospensione dell'esecuzione di tale annotazione. Può quindi ritenersi che le conclusioni cui è pervenuta l'Amministrazione comunale circa la sussistenza di un grave illecito professionale abbiano trovato una prima conferma.

Ciò premesso, va osservato che l'assunto secondo cui il Comune di Padova avrebbe disposto l'esclusione in modo automatico ed acritico con riferimento al solo precedente provvedimento di revoca dell'aggiudicazione è infondato. Il provvedimento è infatti espressamente motivato in concreto con riferimento al tipo di servizio da affidare e alle ragioni che hanno determinato la precedente revoca, disposta mettendo a rischio l'avvio del servizio e con maggiori spese a causa dell'aggiudicazione al secondo classificato.

5. I motivi aggiunti sono inammissibili per carenza di interesse.

Infatti, accertata la legittimità dell'esclusione dalla gara, la ricorrente non è legittimata ad impugnare i successivi atti della procedura, perché non si trova più in una posizione giuridica differenziata rispetto alla stessa. La ricorrente Luminarie De Filippo deve infatti ritenersi ormai priva di legittimazione a lamentare l'illegittimità dell'aggiudicazione avvenuta all'esito di una procedura alla quale non ha partecipato e non ha diritto di partecipare, come qualsiasi altra ditta che non vi abbia preso parte. Il Collegio sul punto condivide (cfr. Tar Veneto, Sez. I, 22 luglio 2020, n. 650) l'orientamento giurisprudenziale prevalente secondo cui: *“la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso; la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva; pertanto, la definitiva esclusione o l'accertamento retroattivo della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 7 marzo 2018, n. 1461; conformi *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. V, 4 gennaio 2019, n. 107; Consiglio di Stato, Sez. III, 24 febbraio 2015, n. 924).

5.1 Per completezza va soggiunto che la censura contenuta nei motivi aggiunti avverso il provvedimento di aggiudicazione è anche infondata nel merito, in quanto

il *sub* procedimento relativo al giudizio di anomalia non è stato svolto perché il responsabile unico del procedimento ha accertato che i ribassi offerti dall'aggiudicataria non si discostano dai prezzi del mercato, tenendo conto che il minor costo della manodopera è determinato dal minor numero di giorni di durata del servizio offerto nel progetto (32 giorni anziché 40), con la conseguenza che in termini relativi l'incidenza percentuale della manodopera rimane sostanzialmente invariata, come risulta dal provvedimento prot. n. 418502 del 21 ottobre 2019, depositata in giudizio dal Comune (cfr. doc. 11, *sub* allegato 4 depositato in data 26 febbraio 2020).

6. In definitiva il ricorso introduttivo deve essere dichiarato irricevibile nella parte in cui impugna il provvedimento n. 2017/83/0365 del 29 novembre 2017, con il quale il Comune di Padova ha revocato l'aggiudicazione disposta in favore della società ricorrente relativamente alla procedura di selezione dell'affidatario del servizio per l'anno 2017, e deve essere respinto nella parte in cui impugna il provvedimento n. 2019/12/0015 del 19 settembre 2019, che ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla procedura di selezione per l'anno 2019; i motivi aggiunti, con i quali è impugnata l'aggiudicazione disposta con provvedimento n. 2019/12/0020 del 23 ottobre 2019 in favore del controinteressato non costituitosi in giudizio, devono invece essere dichiarati inammissibili per carenza di interesse.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, in parte lo dichiara irricevibile per tardività, in parte lo respinge, e dichiara inammissibili i motivi aggiunti, nel senso precisato in motivazione.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese di giudizio in favore del Comune di Padova liquidandole in € 2.000,00, a titolo di compensi e spese, oltre, ove dovuti, ad IVA e CPA.

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

Così deciso nella camera di consiglio tenutasi da remoto del 15 luglio 2020 in modalità videoconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere, Estensore

Filippo Dallari, Referendario

L'ESTENSORE
Stefano Mielli

IL PRESIDENTE
Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO