

Pubblicato il 05/03/2018

N. 02493/2018 REG.PROV.COLL.

N. 13516/2016 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13516 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Fondazione OMISSIS, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Saitta, Giuliano Saitta, con domicilio eletto presso lo studio Massimo Mellaro in Roma, piazza Sant'Andrea della Valle, 3;

contro

Difesa Servizi Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Salvatore Dettori, Teresa Felicetti, con domicilio eletto presso lo studio Studio Legale Dettori - Felicetti in Roma, piazza Santi Apostoli, 66; Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi;

nei confronti di

OMISSISrl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Stoppani, N. 1;

per l'annullamento, previa sospensiva

del bando di gara n. 107/2016 con cui è stata indetta una procedura aperta volta alla concessione in uso a terzi, tra l'altro, del Faro di Capo Milazzo - riassunzione dal TAR Sicilia - sezione staccata di Catania - n.r.g. 2119/16 - o.c. n. 2963/2016.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Difesa Servizi Spa e del Ministero della Difesa e della OMISSIS Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2017 il dott. Roberto Vitanza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

La Fondazione OMISSIS in persona del legale rappresentante Vincenzo Russo, ha proposto il ricorso giurisdizionale, oggetto del presente scrutinio, per l'annullamento, previa sospensiva, del bando di gara (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 5<sup>a</sup> Serie Speciale – Contratti Pubblici n. 107 del 16.9.2016) con il quale la società Difesa Servizi ha indetto una procedura aperta per la concessione in uso a terzi, tra l'altro, del Faro di Capo Milazzo, in Milazzo.

Il ricorso è stato introdotto innanzi al TAR Sicilia-Catania.

Quest'ultimo ha declinata la competenza a favore del Tar Lazio-Roma.

Il ricorso nei termini previsti è stato, quindi, riassunto, presso questo Tribunale.

Si costituivano, sia l'Amministrazione della Difesa che la società Difesa Servizi.

Con successivi motivi aggiunti datati 1° febbraio 2017, la Fondazione ha impugnato - unitamente al bando e al disciplinare di gara - il provvedimento di esclusione adottato da Difesa Servizi del 27 gennaio 2017, in uno con i verbali ad essa presupposti del 20 e 21 dicembre 2016, in quanto : “ non possiede i requisiti di cui all'art. 5, punti A.3 a, A.5 e A.7 del disciplinare. Dalla documentazione presentata è stato infatti riscontrato che : alla data del 19 dicembre 2016 la Fondazione non era ancora iscritta alla CCIAA, bensì ha presentato domanda di iscrizione; il fatturato dichiarato non attiene ad una attività analoga o connessa all'oggetto sociale specifico richiesto ( turistico ricettivo); non ha presentato cauzione provvisoria, bensì una mera nota informativa apparentemente parte di una polizza assicurativa non definita. In carenza del requisito di cui all'art. 5, punto A.3 a e A.5 del disciplinare di gara, si conferma la esclusione”.

In data 24 febbraio 2017 la società Difesa servizi depositava una memoria illustrativa.

In particolare venivano sollevate le eccezioni di tardività del ricorso ed il difetto di giurisdizione.

Alla Camera di Consiglio del giorno 1° marzo 2017, con Ordinanza n. 1087/17, il Collegio ha respinto la chiesta misura cautelare.

Avverso tale decisione la parte ricorrente ha proposto appello innanzi al Consiglio di Stato che, con Ordinanza n. 1977/2017, ha accolto il gravame ai soli fini della sollecita fissazione dell'udienza di merito, non ritenendo sussistente il pregiudizio grave ed irreparabile per la sospensione della Ordinanza n. 1087/2017.

Con ulteriori motivi aggiunti, proposti in data 11 luglio 2017, la parte ricorrente ha censurato la determina n. 47 del giorno 8 giugno 2017, con la quale la stazione appaltante ha aggiudicato la gara alla RTI costituendo con capogruppo OMISSIS.

La parte ricorrente, nell'indicato atto, ha ribadito tutte le ragioni già esposte nei precedenti motivi di gravame e, con tre articolati motivi di gravame, ha contestato tutte le ragioni della esclusione in uno con la richiesta di misure cautelari.

In data 4 agosto 2017 si costituiva in giudizio la controinteressata OMISSIS srl.

Con Ordinanza n. 4359/2017, del 31 agosto 2017, il Collegio ha respinto la chiesta misura cautelare : “vista l'imminenza della decisione nel merito del gravame, per il quale è già fissata l'udienza pubblica del 27 settembre 2017”.

Seguiva la produzione, da parte della resistente, del controinteressato e del ricorrente, di ulteriori memorie illustrative delle rispettive posizioni.

Alla udienza del giorno 27 settembre 2017, su istanza di parte ricorrente, il ricorso veniva spedito alla udienza pubblica del 15 novembre 2017.

Alla udienza pubblica del 15 novembre 2017 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

Su richiesta del relatore la camera di consiglio veniva riconvocata per il giorno 10 gennaio 2018.

Preliminarmente deve essere respinta la eccezione di difetto di giurisdizione avanzata.

Al riguardo, infatti, è appena il caso di segnalare che in materia di concessioni di beni pubblici (qual è il Faro di Capo Milazzo) sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, primo comma, lett. b), c.p.a..

Deve essere, altresì, respinta la eccezione di tardività nella presentazione del ricorso sollevata dalla controinteressata perché il predetto gravame sarebbe stato proposto oltre i trenta giorni previsti per i ricorsi in tema di concessioni di servizio.

Al riguardo il Collegio rileva che, in disparte la natura della concessione ( di cui si dirà in seguito), risulta dagli atti di causa e, segnatamente dal fascicolo trasmesso dal TAR Sicilia-Catania, che il ricorso è stato presentato all'ufficiale giudiziario per la notifica il giorno 15 ottobre 2016, ossia nei trenta giorni dalla pubblicazione del bando, avvenuta il 16 settembre 2016.

Ciò detto è necessario, in primo luogo, scrutinare i due motivi del ricorso principale.

Con il primo motivo la parte ricorrente ha censurato il bando per impossibilità dell'oggetto.

Al riguardo ha sostenuto che l'immobile ricade interamente nella proprietà del ricorrente ed è accessibile solo attraverso una strada in terra battuta lunga metri 200 e larga metri 2,10 circa.

Ciò precluderebbe ogni attività turistica, ricettiva, ricreativa, sportiva e di ristorazione proprio per la difficoltà di raggiungere l'indicato immobile.

Non solo.

L'esistenza di una servitù di passaggio in favore dell'amministrazione militare non è trasmissibile a terzi ed è stata accesa per esclusive esigenze militari e non già per le attività imprenditoriali previste con il bando.

Ritiene il Collegio che tali argomenti sono estranei alla presente vicenda processuale, perché la controversia riguarda esclusivamente la concessione del faro.

Ogni ulteriore doglianza e, segnatamente, quelle proposte, devono, *ratione materiae*, essere avanzata innanzi al giudice ordinario, per cui l'eccezione deve essere respinta.

Con il secondo motivo la parte ha eccepito la violazione di legge perché la partecipazione alla gara era limitata ai soli soggetti economici con finalità imprenditoriale ed iscritti nel Registro delle Imprese presso la Camera di Commercio.

Tale ultima clausola, a dire della parte ricorrente, è evidentemente escludente, proprio in considerazione che la predetta, essendo una fondazione, non ha natura societaria, né imprenditoriale.

Conseguentemente, l'indicata previsione sarebbe contraria, sia alla normativa nazionale, che a quella comunitaria.

Tale condizione, pur costituendo un motivo escludente nei termini espressi nella *lex specialis*, invero è stata, di fatto, disattesa dalla stazione appaltante che ha ammesso la ricorrente alle successive fasi di gara e la esclusa, come meglio più avanti si dirà, per ragioni diverse dalla richiesta natura imprenditoriale della società.

Ancora in via preliminare il Collegio rileva che i secondi motivi aggiunti sono stati partecipati solo alla sede reale del controinteressato e non già al difensore costituito.

Tale evenienza risulta, però, sanata con la presenza in udienza del difensore del controinteressato (30 agosto 2017), quindi dopo la notifica ed il deposito dei secondi motivi aggiunti (21 luglio 2017).

Piuttosto occorre rilevare che la ricorrente, non possedendo i requisiti prescritti per la partecipazione alla gara dalla clausola della *lex specialis* escludente non impugnata nei termini, non ha interesse a contrastare l'aggiudicazione alla controinteressata; sicché i secondi motivi aggiunti risultano improcedibili.

Ritiene il Collegio che assume evenienza dirimente ed assorbente della controversia il fatto che la parte ricorrente non ha contestato, nei previsti termini decadenziali, la previsione del bando che richiedeva un fatturato, nel triennio, conseguito attività analoghe a quelle da svolgere sul bene oggetto della concessione, superiore ai 350.000 euro.

La Fondazione ha prodotto documentazione in cui ha dimostrato un fatturato superiore a quello richiesto, però per attività didattico culturale, nonché ricavi dovuti alla locazione di immobili.

Non si può ragionevolmente sostenere che le modalità di formazione del fatturato richiesto dalla legge di gara siano conformi a quello posseduto dalla ricorrente.

Pertanto, tale requisito economico, all'evidenza, non era posseduto, dalla ricorrente, già al momento della pubblicazione del bando, così che era evidente e certa la sua esclusione dalla gara.

Ciò avrebbe dovuto comportare l'obbligo per la stessa della immediata impugnazione della clausola del bando chiaramente escludente.

In altri termini : la *lex specialis* aveva indicato in un modo ben chiaro e non equivocabile che tra i requisiti soggettivi richiesti per la partecipazione alla gara era indicato il possesso di un fatturato, nel triennio, conseguito in attività analoghe a quelle da svolgere sul bene oggetto della concessione, superiore ai 350.000 euro.

Non è revocabile in dubbio che la regola di partecipazione comminasse la sanzione espulsiva nel caso del mancato possesso dell'indicato requisito economico.

Ne consegue che non v'è spazio, sul punto, per interpretazioni differenti; non v'è appiglio giuridico per evitare la sanzione applicabile ove non si possieda tal requisito.

Conseguentemente non vi sarebbe potuto esser altro rimedio che l'immediata impugnazione di detto requisito ove fosse stato reputato (come successivamente ha proposto il ricorrente con i motivi aggiunti) irrazionale, sproporzionato o discriminatorio.

E' insegnamento pacifico, rispetto al quale il Collegio non ha motivo per discostarsi, quello secondo cui l'onere di immediata impugnazione è, dalla giurisprudenza, previsto per le ipotesi in cui risulti, tra l'altro, impedita o resa ingiustificatamente difficoltosa la partecipazione alla gara (– cfr. tra le altre, Cons. Stato, Sez., V, n. 3104/2015; Cons. Stato, Sez.,VI, n. 2977/2017).

Risulta per *tabulas* che la parte ricorrente non ha contestato tale richiesto requisito nei previsti termini decadenziali ed ha, invece, così provveduto solo successivamente, con i motivi aggiunti, alla sua esclusione per tale ragione.

Conseguentemente la esclusione della ricorrente è conforme alla previsione del bando che non è stata impugnata nei termini decadenziali.

In definitiva il ricorso va respinto, con legittimo assorbimento d'ogni questione nei sensi di cui in motivazione.

Tutte le censura vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come si evince dalla giurisprudenza costante: cfr., *ex plurimis*, Cass., II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, più di recente, *id.*, V, 16 maggio 2012 n. 7663).

Gli argomenti di doglianza, non espressamente esaminati, sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

Le spese del presente giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso ed i primi motivi aggiunti; dichiara inammissibili i secondi motivi aggiunti.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite alle parti costituite che, a mente del D.M. n. 55 del 2014, complessivamente liquida in euro 1.500,00 ( millecinquecento), oltre IVA, CPA e spese generali, per ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 15 novembre 2017, 10 gennaio 2018, con l'intervento dei magistrati:

Floriana Rizzetto, Presidente FF

Roberto Vitanza, Primo Referendario, Estensore

Paola Patatini, Referendario

L'ESTENSORE  
Roberto Vitanza

IL PRESIDENTE  
Floriana Rizzetto

IL SEGRETARIO