

Publicato il 21/02/2018

**N. 01101/2018REG.PROV.COLL.  
N. 06043/2017 REG.RIC.**

logo

**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso iscritto al numero di registro generale 6043 del 2017,  
proposto da:

Soluzioni di Avolio Cristiano s.r.l., in persona del legale  
rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Orlando,  
con domicilio eletto presso lo studio legale AOR Avvocati in Roma,  
via Sistina, 48;

*contro*

Comune di Civitavecchia, in persona del Sindaco in carica,  
rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Occagna e Marina  
Marino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonino  
Galletti in Roma, piazzale Don G. Minzoni, 9;

*nei confronti di*

Bea Service s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e  
difesa dagli avvocati Renato Natalini e Elvira Matarozzi, con

domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Elvira Matarozzi in Roma,  
via Duilio, 7;

La Rosa Multiservizi s.r.l. non costituito in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II BIS  
n. 07614/2017, resa tra le parti, concernente l'annullamento,

– della determinazione dirigenziale n. 148 del 27 gennaio 2017  
comunicata in data 1° febbraio con cui il Comune di Civitavecchia ha  
escluso il ricorrente dal lotto 5 della procedura di gara per il rilascio di  
n. 5 concessioni di aree demaniali marittime per finalità turistico  
ricreative ricadenti sul litorale del Comune di Civitavecchia.

nonché, quanto ai motivi aggiunti, per l'annullamento

– della determinazione dirigenziale n. 563 del 3 aprile 2017  
comunicata in data 5 aprile con cui il Comune di Civitavecchia ha  
aggiudicato all'impresa BEA Service s.r.l. il lotto 5 della procedura di  
gara per il rilascio di n. 5 concessioni di aree demaniali marittime per  
finalità turistico ricreative ricadenti sul litorale del Comune di  
Civitavecchia.

– della proposta di aggiudicazione a cui è allegata la relazione  
istruttoria del RUP con la quale sono state ritenute ammissibili e  
legittime le offerte dell'impresa BEA Service e La Rosa Multiservizi e  
non è stata rilevata l'assenza in capo alle società controinteressate dei  
requisiti di partecipazione

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Civitavecchia e di Bea Service s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2018 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati De Luca per delega di Orlando, Occagna e Natalini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Civitavecchia ha indetto una procedura di evidenza pubblica per il rilascio di cinque concessioni di aree demaniali marittime per finalità turistico ricreative ricadenti nel litorale comunale.

2. La procedura era suddivisa in 5 lotti distinti. La presente controversia attiene al lotto n. 5 riguardante la concessione di un'area denominata "La Marina". Alla gara partecipavano quattro imprese; all'esito dello svolgimento delle operazioni la graduatoria provvisoria vedeva prima graduata la Bea Service s.r.l. con il punteggio di 99,19, seguiva la Soluzioni di Avolio Cristiano s.r.l. con 94,12 punti.

3. Il RUP avviava la verifica dell'anomalia delle offerte graduate e richiedeva alla Soluzioni di Avolio Cristiano s.r.l. di fornire adeguate giustificazioni della sua offerta per aver superato il 4/5 del punteggio in entrambi gli aspetti, tecnico ed economico. La società, sul presupposto che la procedura non prevedeva lo svolgimento del

subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, non riscontrava la richiesta dell'amministrazione e, per questa ragione, veniva esclusa con determina 27 gennaio 2017 n. 148.

4. La Soluzioni di Avolio Cristiano s.r.l. impugnava al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio l'esclusione, lamentandone l'illegittimità perché assunta nell'ambito della verifica di anomalia dell'offerta, benché, come procedura per l'attribuzione di concessione demaniale, non potevano trovare diretta applicazione le norme del *Codice dei contratti pubblici* e, segnatamente, la disciplina del subprocedimento di verifica della congruità delle offerte.

4.1. Nel giudizio si costituiva il Comune di Civitavecchia che domandava il rigetto del ricorso proposto.

5. Nelle more della definizione del giudizio, il Comune di Civitavecchia procedeva alla verifica dei requisiti in capo alla prima graduata, riscontrando l'irregolarità del DURC – Documento unico di regolarità contributiva della società Zanzibar s.r.l., impresa ausiliaria della Bea Service s.r.l., per omesso versamento dei contributi previdenziali per l'importo di € 15.632,40.

5.1. Era, dunque, avviato il procedimento per l'esclusione della Bea Service s.r.l., nell'ambito del quale Zanzibar s.r.l. presentava memorie in cui ammetteva l'esistenza dell'omesso versamento; ma precisava trattarsi del mancato pagamento di una rata di una rateizzazione precedentemente accordata dall'ente previdenziale; dichiarava, pertanto, di essersi immediatamente attivata richiedendo una nuova rateizzazione che le era stata concessa e di aver corrisposto tutto

quanto dovuto. In conclusione, affermava la società, all'esito del pagamento effettuato il 2 marzo 2017 la sua posizione previdenziale era tornata ad essere regolare.

5.2. Il procedimento si concludeva con un atto negativo in quanto il RUP, valutate le circostanze esposte da Zanzibar s.r.l. nella memoria presentata, proponeva di procedere, comunque, all'aggiudicazione a favore di Bea Service s.r.l. poiché *“risulta definitivamente accertato un omesso pagamento inferiore a € 10.000”* a carico dell'ausiliaria.

5.3. Il Comune di Civitavecchia, pertanto, aggiudicava il lotto cinque alla Bea service s.r.l.

6. La Soluzioni di Avolio Cristiano s.r.l. proponeva motivi aggiunti contro l'aggiudicazione per violazione dell'art. 80, comma 4, e 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: ad avviso della ricorrente Bea service s.r.l. andava esclusa perché la sua ausiliaria non era rimasta in possesso della condizione di regolarità contributiva per tutta la durata della procedura.

6.1. Si costituiva in giudizio Bea service s.r.l., che domanda il rigetto dei motivi aggiunti.

7. Il giudizio si concludeva con la sentenza, sez. II-*bis*, 3 luglio 2017 n. 7614, di accoglimento del ricorso principale e rigetto dei motivi aggiunti. All'esito, la Soluzioni di Avolio Cristiano s.r.l. era riammessa alla procedura ma risultava confermata l'aggiudicazione a favore della Bea service s.r.l. Spese compensate.

8. Propone appello la Soluzioni di Avolio Cristiano s.r.l.; si è costituito in giudizio Bea Service s.r.l. e il Comune di Civitavecchia.

L'appellante ha presentato memoria in vista dell'udienza pubblica.

All'udienza del 18 gennaio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Con unico motivo di appello la Soluzioni di Avolio Cristiano s.r.l. censura la sentenza per violazione degli artt. 80, comma 4 e 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché per illogicità manifesta, difetto di istruttoria, sproporzione, travisamento dei fatti e violazione della *par condicio competitorum*.

9.1. Assume l'appellante che la sentenza erra nel ritenere infondato il primo motivo aggiunto, che contestava alla stazione appaltante di non aver escluso la Bea service s.r.l. nonostante la sua ausiliaria, Zanzibar s.r.l., avesse perso il requisito della regolarità contributiva nel corso di svolgimento della procedura.

10. Invero, la sentenza ha respinto il motivo con la seguente motivazione: *“Il motivo è infondato perché la norma attualmente in vigore e cioè l'art. 80, comma 4, d.lgs. 50/2016 prevede che si possa accertare positivamente la regolarità contributiva laddove il concorrente paghi o si impegni a pagare prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande. Nel caso di specie il debito previdenziale è emerso dopo la scadenza dei termini per la presentazione dell'offerta e l'ausiliaria Zanzibar lo ha sanato prima chiedendo una rateizzazione e successivamente pagando l'intero importo prima della conclusione della gara”*.

10.1. L'appellante rileva la contraddittorietà nella sentenza: è considerata legittima la scelta dell'amministrazione di non escludere la Bea service s.r.l. per irregolarità contributiva dell'ausiliaria emersa nel

corso della procedura, nonostante si ammetta che l'irregolarità contributiva è sanata solo se il concorrente paghi (o si impegni a pagare) prima della presentazione della domanda.

11. Il motivo di appello è fondato e la sentenza va riformata sul capo relativo alla esclusione di Bea service s.r.l. dalla procedura, l'unico, peraltro, devoluto alla cognizione d'appello.

12. Le circostanze di fatto rilevanti ai fini del presente giudizio sono pacifiche e non contestate: l'ausiliaria Zanzibar s.r.l., al 27 settembre 2016, data di presentazione delle offerte, presentava DURC regolare; - il 26 gennaio 2017, data del controllo dei requisiti effettuati dall'amministrazione, presentava DURC irregolare; - il 2 marzo 2017, presentava DURC regolare.

È accertato, dunque, che per un certo periodo la Zanzibar s.r.l. si è trovata in situazione di irregolarità contributiva.

13. La sentenza appellata ritiene che la vicenda esposta abbia la disciplina nell'art. 80, comma 4, u.p. d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a mente del quale: *«Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purchè il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande».*

Il comma 4, la cui applicazione è derogata dalla norma citata, impone l'esclusione di un operatore economico se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento

delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, precisando, inoltre, che costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC).

13.1. La sentenza ha, quindi, dato una lettura estensiva di tale norma derogatoria ammettendo che, se l'irregolarità contributiva interviene scaduti i termini di presentazione dell'offerta, è possibile la sanatoria mediante pagamento del debito contributivo prima della conclusione della gara.

14. Ritiene il Collegio che la sentenza, prima nell'interpretazione dell'ultima parte del comma 4 dell'art. 80 cit., erri nell'individuazione della disciplina applicabile alla vicenda oggetto del giudizio.

14.1. Il caso dell'ausiliario che risulti in situazione di irregolarità contributiva, infatti, è disciplinato non dall'art. 80, che, parlando dell'«operatore economico» da escludere dalla procedura, si riferisce all'impresa concorrente; ma dall'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, come considera l'appellante nel lamentare la violazione nella rubrica del motivo d'appello.

14.2. L'art. 89, comma 3 cit. dispone: *«La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione».*

14.3. La disposizione del d.lgs. n. 50 del 2016, che innova al sistema

del d. lgs. n. 163 del 2006, recepisce la previsione dell'art. 63 della Direttiva 24/2014/UE, per cui: *«L'amministratore aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione»*, con ampliamento dell'ambito di operatività a tutti i motivi di esclusione deall'art. 80.

In precedenza, sotto il d. lgs. n. 163 del 2006, la sostituzione era consentita solo in caso di raggruppamento temporaneo di imprese per i motivi ivi previsti (art. 37, comma 19, d.lgs. n. 163 del 2006) e solamente nella fase esecutiva (Cons. Stato, V, 20 gennaio 2015, n. 169).

L'art. 89, comma 3, invece, consente (anzi, impone) la sostituzione anche nell'ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto (per questo, è stato definito "istituto del tutto innovativo" da Cons. Stato, III, 25 novembre 2015, n. 5359, nell'affrontare il tema dell'immediata applicabilità dell'art. 63 prima del recepimento nazionale, nonché dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in C-223/16 del 14 settembre 2017 causa Casertana costruzioni s.r.l. cui era stata sottoposta la medesima questione).

14.4. La sostituzione dell'ausiliaria durante la gara è istituto derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi, e, per questa via, della stessa offerta); ma risponde

all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni lui non direttamente riconducibili e così, seppur di riflesso, stimolare il ricorso all'avvalimento. Il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per ciò solo, escluso.

15. La sentenza appellata va dunque riformata con l'accoglimento del motivo aggiunto proposto e conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione disposto a favore della Bea service s.r.l..

16. Con il ricorso per motivi aggiunti proposto in primo grado l'appellante ha richiesto, insieme all'annullamento dell'aggiudicazione a Bea service s.r.l., anche l'aggiudicazione a suo favore della concessione, nonché, in via subordinata, di disporre l'annullamento della gara e, in via ulteriormente subordinata, il risarcimento del danno per equivalente in suo favore.

16.1. Nel presente grado di appello, l'appellante domanda l'accoglimento del motivo aggiunto con conseguente esclusione dell'appellata e il risarcimento del danno, precisando, peraltro, nell'istanza di risarcimento del danno inserita nel corpo dell'atto che: *“Interesse principale del ricorrente è quello di conseguire la riammissione alla gara. Nell'ipotesi in cui a Codesto Ecc.mo Consiglio di Stato non fosse possibile determinarsi nel senso sopra detto, che sarebbe pienamente soddisfattivo dell'interesse principale della ricorrente, si chiede la corresponsione del danno per equivalente”*.

16.2. Quest'ultima indicazione appare poco comprensibile: l'appellante ha già conseguito la riammissione alla procedura in forza

dell'accoglimento del ricorso principale da parte dell'appellata sentenza, onde la precisazione errata appare probabile frutto di equivoco tra il primo e il secondo grado del giudizio.

16.3. Rileva, pertanto, la precisazione delle domande nell'ultima memoria depositata, dove si legge che la richiesta al giudice d'appello è dell'esclusione di Bea service s.r.l. e conseguente aggiudicazione della procedura a suo favore.

17. Ritiene il Collegio che l'annullamento dell'aggiudicazione disposta con l'odierna pronuncia obblighi l'amministrazione all'esercizio dei poteri amministrativi non ancora esercitati e consistenti nell'imposizione alla Bea service s.r.l. di procedere alla sostituzione della ausiliaria entro un termine adeguato fissato dalla stessa amministrazione.

Ne consegue il rigetto della domanda di aggiudicazione della concessione spiegata dall'appellante stante l'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm., per il quale *«In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»*.

18. La domanda di risarcimento del danno per equivalente, proposta in via subordinata, resta assorbita.

19. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del

Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 7614/2017, annulla i provvedimenti impugnati con ricorso per motivi aggiunti nei limiti di cui in motivazione.

Respinte le altre domande proposte.

Condanna il Comune di Civitavecchia e la Bea service s.r.l. in solido al pagamento delle spese di lite del presente grado del giudizio, che liquida in € 2.000,00 oltre accessori e spese come per legge, in favore della Soluzioni di Avolio Cristiano s.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Federico Di Matteo**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppe Severini**

IL SEGRETARIO

