

Pubblicato il 21/08/2023

N. 07839/2023REG.PROV.COLL.

N. 03257/2023 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ai sensi dell'art. 60 c.p.a.,
sul ricorso in appello numero di registro generale 3257 del 2023, proposto dal
Consorzio di Libere Imprese onlus, in proprio e quale mandataria del
raggruppamento temporaneo costituendo con Genss Cooperativa Sociale, in
persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato
Giuliano Di Pardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Taranto, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli
avvocati Angela Maria Buccoliero e Giovanna Liuzzi, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della Società Cooperativa La Vela, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Fanelli e Angela Rita Semeraro, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione staccata di Lecce n. 284 del 1° marzo 2023, resa tra le parti, concernente la gara per l'affidamento della gestione di centri diurni socio-educativi e riabilitativi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Taranto e della Società Cooperativa La Vela;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2023 il consigliere Nicola D'Angelo e uditi per le parti gli avvocati Salvatore Di Pardo, Maria Antonia Gioffrè, su delega degli avvocati Angela Maria Buccoliero e Giovanna Liuzzi, e Giuseppe Pecorilla, quest'ultimo per sé e su delega degli avvocati Giuseppe Fanelli e Angela Rita Semeraro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Consorzio di Libere Imprese, Società Cooperativa Consorzio Sociale onlus (*rectius*: il RTI CLI – GENSS) è risultato primo classificato e poi escluso dalla gara indetta dal Comune di Taranto per l'affidamento, in regime di concessione per la durata di cinque anni, della gestione dei centri diurni socio-educativi e riabilitativi “*Peppino Mesto*” e “*Luana Finotto*”.

1.1. In particolare, il Consorzio è stato escluso perché il piano economico finanziario (di seguito PEF) non risultava sottoscritto da un dottore commercialista o da un ragioniere abilitato all'esercizio della professione, così come richiesto all'art. 16 del disciplinare di gara.

2. Contro l'esclusione e l'interpretazione data dal Comune delle regole di gara (indetta con DGM n. 3242 del 29 aprile 2022), nonché per il risarcimento del danno,

il Consorzio ha proposto ricorso al Tar di Lecce, che con la sentenza breve indicata in epigrafe (n. 284 del 2023) lo ha respinto, condannando parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio.

2.1. Più nel dettaglio, il Tar ha in primo luogo rilevato che ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. vv, del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici) l'oggetto di affidamento da parte della stazione appaltante era costituito da una concessione per la fornitura e gestione di servizi nella quale il concessionario avrebbe dovuto ricavare il corrispettivo ad esso spettante esercitando il diritto a gestire le opere o i servizi e a trattenere i ricavi della gestione, assumendosi i rischi connessi a tale gestione.

2.2. In questo contesto, il PEF avrebbe avuto la fondamentale funzione di garantire l'equilibrio economico e finanziario dell'iniziativa, attraverso la "*corretta allocazione dei rischi*" (art. 165, comma 2, del citato d.lgs. n. 50 del 2016). Cosicché, trattandosi di un elemento necessario, il difetto di sottoscrizione da parte anche di un ragioniere o commercialista abilitato avrebbe implicato la sostanziale mancanza di un requisito essenziale del medesimo piano, non potendosi ritenere quello presentato sufficiente per le caratteristiche richieste dal disciplinare.

3. Contro la suddetta sentenza ha quindi proposto appello il Consorzio Libere Imprese sulla base dei motivi di censura di seguito sinteticamente indicati:

- i) nessuna norma nazionale assegnava alla firma di un ragioniere o di un commercialista il valore costitutivo e, comunque, la capacità di asseverare il PEF, né dalle norme di gara sarebbe stata rinvenibile la natura costitutiva della sottoscrizione anche di un ragioniere o commercialista abilitato;
- ii) l'Amministrazione appellante avrebbe in ogni caso potuto attivare il soccorso istruttorio previsto dall'art. 13 del disciplinare per eliminare il problema evidenziato dalla commissione di gara.

3.1. Parte appellante ha infine reiterato la richiesta di risarcimento del danno ed ha contestualmente proposto istanza di sospensione degli effetti della sentenza impugnata.

4. Si sono costituiti il giudizio l'intimata Cooperativa La vela e il Comune di Taranto, rispettivamente il 13 e il 27 aprile 2023, chiedendo il rigetto dell'appello.

5. Nella odierna camera di consiglio, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, è stato dato avviso alle parti presenti della possibile definizione, ai sensi dell'art. 60 del c.p.a., del merito della causa.

6. Ciò premesso, il Collegio, dopo aver deciso per la definizione con sentenza della causa, rileva l'evidente infondatezza dell'appello.

7. Va innanzitutto osservato che l'art. 16 del disciplinare di gara al punto 2 prescrive espressamente la sottoscrizione del piano economico finanziario (PEF) anche da parte di un dottore commercialista o di un ragioniere abilitato all'esercizio della professione, a pena esclusione come indica l'*incipit* dello stesso articolo (nel dettaglio, la busta "C — Offerta economica" doveva contenere il fac-simile n. 3 e il piano economico finanziario: *“deve essere presentato, a dimostrazione dell'equilibrio economico-finanziario, dei costi gestionali e degli eventuali investimenti con riferimento all'arco temporale della Concessione, quale presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui all'art. 3-comma 1, lettera z) del D. Lgs. 50/2016, un dettagliato Piano Economico Finanziario sottoscritto, oltre che dal Legale Rappresentante del concorrente o dal suo Procuratore, anche da un Dottore Commercialista o da un Ragioniere abilitato all'esercizio della professione. Il Piano deve contenere la previsione delle voci di entrata e di spesa (es. personale, canoni, utenze, forniture, eventuali investimenti ecc.) che il Concessionario presume di affrontare per la gestione di cui trattasi a dimostrazione della sostenibilità della complessiva Offerta Economica presentata”*).

7.1. Le ragioni che sostengono la razionalità di tale previsione sono dunque quelle esattamente indicate dal Tar in ordine al rischio che doveva essere assunto dal

concessionario relativamente all'aleatorietà della domanda di prestazioni e alla conseguente validità imprenditoriale dell'iniziativa economica.

7.2. In questo quadro, il PEF aveva la fondamentale funzione di garantire proprio l'equilibrio economico e finanziario dell'iniziativa attraverso la *“corretta allocazione dei rischi”* (cfr. art. 165, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016) ed è per tale ragione che è stata prevista la sua sottoscrizione non solo da parte del legale rappresentante dell'impresa, ma anche di un dottore commercialista o di un ragioniere abilitato all'esercizio della professione, figure questa ultime competenti ad asseverare la corretta allocazione dei rischi.

8. Quanto all'invocato soccorso istruttorio, la disposizione del disciplinare di gara (art. 13) ha stabilito che: *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, e in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti al contenuto sostanziale dell'offerta economica e dell'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'articolo 83, comma 9 del Codice”*.

8.1. Nel caso in esame, tuttavia, non può ritenersi che la mancata sottoscrizione del PEF da parte del ragioniere o del commercialista abilitati all'esercizio della professione possa costituire un difetto attinente ad un semplice elemento formale, trattandosi invece di una carenza sostanziale non sanabile mediante ricorso all'istituto del soccorso istruttorio. Il PEF infatti non è stato originariamente sottoscritto da uno dei suddetti professionisti ed una successiva sottoscrizione avrebbe necessariamente determinato una nuova valutazione di fattibilità del piano dei rischi da parte di questi ultimi.

8.2. D'altra parte, nelle procedure di gara è pacifico che il soccorso procedimentale deve ritenersi ammesso in relazione all'integrazione della documentazione già prodotta, ma non anche per consentire all'offerente di formare atti richiesti dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, in violazione dei principi di

immodificabilità e segretezza dell'offerta, di imparzialità e di *par condicio* delle imprese concorrenti (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2023, n.324).

9. Per le ragioni sopra esposte, l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

10. Le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 3257 del 2023, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Paolo Carpentieri, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

L'ESTENSORE
Nicola D'Angelo

IL PRESIDENTE
Mario Luigi Torsello

IL SEGRETARIO