

Pubblicato il 24/06/2021

N. 00605/2021REG.PROV.COLL.

N. 00388/2021 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

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 388 del 2021, proposto da Omissis s.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianfranco Passalacqua, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via G. Vitelleschi;

contro

Ministero della difesa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

Difesa Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Salvatore Dettori e Teresa Felicetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Omissis s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello 40;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza) n. 868/2021, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della difesa, Omissis s.p.a. e Difesa Servizi s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2021, tenutasi *ex art.* 4 del d.l. n. 84 del 2020 e *ex art.* 25 del d.l. n. 137 del 2020, così come modificato dall'art. 6 del d.l. n. 44/2021, il Cons. Sara Raffaella Molinaro,

Uditi per le parti gli avvocati Gianfranco Passalacqua, Salvatore Dettori e Massimiliano Mangano,

Vista la richiesta di passaggio in decisione senza discussione presentata dall'Avvocatura dello Stato con nota di carattere generale a firma dell'Avvocato distrettuale del 2 febbraio 2021;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la procedura di gara per l'affidamento in concessione di fari e segnalamenti della Marina Militare, indetta da Difesa Servizi s.p.a. (di seguito "Difesa Servizi") con bando pubblicato nella G.U.R.I. n. 1116 del 6.10.2017, suddivisa in n. 8 lotti, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Con determinazione 7.1.2019 n. 1 Difesa Servizi ha aggiudicato il lotto n. 7 (Faro di Capo d'Orlando) a Omissis s.r.l.s. (di seguito "Omissis"), quale capogruppo del *costituendo* raggruppamento, trasmettendo la graduatoria definitiva ai partecipanti e subordinandone l'efficacia alla successiva verifica dei requisiti.

3. Avverso detto provvedimento, la seconda classificata, Omissis s.p.a. (di seguito "Omissis"), quale mandataria del *costituendo* raggruppamento, ha proposto ricorso presso il Tar Sicilia - Catania (r.g.n. 311/2019) e la Omissis ha promosso ricorso incidentale.

Detto contenzioso si è concluso in primo grado con il rigetto del ricorso presentato dalla seconda classificata mediante sentenza n. 866/2021, appellata con ricorso n. 361/2021.

4. A seguito dell'aggiudicazione Difesa Servizi ha provveduto a verificare i requisiti della Omissis.

5. In ragione di detto controllo la stazione appaltante ha escluso la Omissis con determina n. 42/2020, per mancata dimostrazione del possesso del "*requisito di capacità economica di cui all'art. 4, punto A.4 del disciplinare di gara, consistente in un patrimonio netto non inferiore ad € 300.000,00*", e di conseguenza ha annullato "*d'ufficio ai sensi dell'art. 21 nonies della legge 241 del 1990 e s.m.i. la determina n. 1 del 07.01.2019 di aggiudicazione della procedura di gara per il Lotto 7 - Faro Capo D'Orlando (Capo D'Orlando - ME - Sicilia) alla suddetta Omissis S.r.l.*".

6. Omissis ha impugnato detta determina con ricorso al Tar Sicilia - Catania n. 533/2020, chiedendo la condanna dell'Amministrazione alla stipula della concessione e al risarcimento del danno.

7. Omissis ha spiegato ricorso incidentale chiedendo l'annullamento della determina n. 42/2020 nella parte in cui non ha disposto l'esclusione di Omissis e non ha annullato la precedente determinazione di aggiudicazione n. 1/2019 per gli ulteriori motivi ivi dedotti.

8. Il Tar, con sentenza 19.3.2021 n. 868, ha respinto il ricorso principale assorbendo il ricorso incidentale.

9. Omissis ha appellato la sentenza.

10. Nel giudizio di appello si sono costituiti Difesa Servizi s.p.a., il Ministero della difesa e Omissis.

11. All'udienza del 16.6.2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

12. L'appello non è fondato.

13. Pregiudizialmente si rileva che il Ministero della difesa ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva, motivandola in ragione dell'autonomia soggettiva di Difesa servizi e del fatto che la convenzione che regola i rapporti fra Ministero e Difesa Servizi reca una clausola in base alla quale la società è obbligata a tenere sollevato e indenne quest'ultimo da ogni controversia e conseguenti eventuali oneri di qualunque natura che possano derivare da contestazioni, riserve e pretese avanzate da soggetti terzi, in ordine a quanto abbia diretto o indiretto riferimento all'attuazione del contratto medesimo

Al riguardo si osserva quanto segue.

Difesa Servizi s.p.a. è stata costituita ai sensi dell'art. 535 del d. lgs. 15.3.2010 n. 66 ed è deputata a svolgere attività negoziale diretta all'acquisizione di beni mobili, servizi e connesse prestazioni correlate allo svolgimento dei compiti istituzionali dell'Amministrazione della difesa, nonché attività di valorizzazione e di gestione, anche attraverso accordi con altri soggetti e stipula di contratti di sponsorizzazione. E' una società di capitali. I rapporti con il Ministero sono regolati da un contratto di servizio.

Per quanto specificamente attiene alle attività di gestione economica e valorizzazione di beni, nel cui ambito rientra la procedura di gara per cui è causa, l'art. 2 di detto

contratto prevede il ricorso a “specifiche convenzioni” tra Difesa Servizi e Ministero.

Nel caso di specie la procedura di affidamento del faro di Capo d’Orlando, promossa da Difesa Servizi, muove, secondo la difesa erariale, dalla convenzione 2.2.2015 e relativo atto aggiuntivo (pur rilevandosi che né la convenzione, né l’atto aggiuntivo recano uno specifico riferimento al Faro di Capo d’Orlando).

In detto contesto l’art. 1 dello Statuto reca che Difesa Servizi s.p.a. ha quale socio unico il Ministero della difesa e *“svolge come organo in house la sua attività prevalente in favore del Ministero della difesa, anche come soggetto giuridico di diritto privato di cui all’articolo 29, comma 1, lettera b) della legge 28 dicembre 2001, n. 448”*.

Ai sensi dell’art. 4 dello Statuto la società è *“strumento organizzativo del Ministero della difesa”* e ha per oggetto la gestione economica, *“in qualità di concessionario o mandatario”*, di beni, anche immateriali, e servizi derivanti dalle attività istituzionali del Dicastero. Nella convenzione 2.2.2015 è specificato che a Difesa Servizi viene conferito mandato con rappresentanza per la gestione dei beni e una concessione di bene pubblico per l’uso dei medesimi.

In tale contesto non pare che il Ministero abbia comprovato la propria assoluta e totale estraneità all’attività di gara e alle eventuali responsabilità che ne possono derivare.

Il Ministero della difesa, competente all’acquisizione, utilizzazione, amministrazione e dismissione dei beni demaniali militari e a porre in essere i relativi adempimenti tecnico-amministrativi e demaniali (così dal preambolo della convenzione), ha infatti concesso in uso alcuni compendi immobiliari a Difesa Servizi al fine di implementare l’attività di gestione economica dei medesimi con finalità turistiche e alberghiere (art. 1 della convenzione).

Lo Statuto della società prevede, all’art. 5 comma 2, che essa operi in forza di specifico contratto di servizio approvato dal Ministro della difesa.

I rapporti fra una parte, il Ministero, che permane titolare dei beni, e l'altra parte, Difesa Servizi, avente unicamente il compito di gestirli, sono quindi regolati dal contratto di servizio, con poteri di controllo e vigilanza da parte dello stesso Ministero (art. 9 del contratto di servizio).

Nella dinamica del rapporto fra proprietario del bene e gestore del medesimo il contratto di servizio si inserisce a disciplinare i soli rapporti interni fra le due parti, anche laddove prevede che la società, *“in qualità di responsabile del procedimento”*, si obbliga a tenere indenne il Ministero da ogni controversia, considerata la rilevanza interna (cioè fra le due parti del contratto) di detta previsione (art. 9 della convenzione).

La richiamata (dalla difesa erariale) clausola di esonero da responsabilità non è quindi sufficiente a escludere che il Ministero possa essere coinvolto da contenziosi relativa all'attività espletata da Difesa Servizi.

Del resto, la sussunzione della posizione di Difesa Servizi quale responsabile del procedimento nei confronti del Ministero rende ancor meno autonoma la posizione della prima, atteso che la legge n. 241/1990 assegna al rup una posizione strumentale all'assunzione della decisione da parte dell'organo dirigenziale.

La stessa qualificazione privatistica del rapporto fra Difesa Servizi e Ministero in termini di mandato con rappresentanza non è idonea a fugare ogni dubbio in merito all'ascrivibilità degli atti compiuti nell'ambito della gara alla sola Difesa Servizi, e non anche al Ministero.

Attraverso il mandato il mandatario si obbliga infatti a prestare al mandante un servizio di contenuto giuridico.

Al mandato può accompagnarsi, come nel caso di specie, la rappresentanza, così applicandosi anche la relativa disciplina.

In caso di mandato con rappresentanza gli effetti giuridici dell'atto concluso dal rappresentante si ripercuotono direttamente nella sfera del rappresentato.

Quanto specificamente all'imputazione e alla responsabilità derivante dal compimento dell'attività prodromica alla stipulazione del contratto, pur delineandosi, in termini generali, un'imputazione di detta attività al rappresentante, come si evince dagli artt. 1390 e 1391 c.c., detta imputazione non è assoluta, come si evince dalle suddette disposizioni e dall'art. 1389 c.c.

Allorquando poi oggetto del mandato con rappresentanza è l'attività qualificata di conclusione di negozi giuridici per conto del mandante, comprensiva delle trattative, come nel caso di specie, la regola per cui gli atti compiuti dal rappresentante sono direttamente e automaticamente imputati al rappresentato comporta che le trattative compiute dal rappresentante producono effetto come se fossero state eseguite dal rappresentato, generando la responsabilità precontrattuale di questo. In particolare, allorché *“le trattative siano svolte da un mandatario con rappresentanza - sia pure limitata alla sola fase precontrattuale, con esclusione della stipula del contratto - gli atti compiuti dal rappresentante sono direttamente ed automaticamente imputati al rappresentato, con conseguente riferibilità a quest'ultimo delle responsabilità precontrattuali eventualmente configurabili”* (Cass. civ., sez. III, 4.3.2002, n. 3103).

Il riferimento al mandato per rappresentanza non è quindi, di per sé solo, idoneo a escludere qualsiasi forma di responsabilità del Ministero.

Né depone in tale ultimo senso la disposizione contenuta nell'art. 11 della convenzione 2.2.2015, in base al quale la società è obbligata a tenere sollevato e indenne quest'ultimo da ogni controversia e conseguenti eventuali oneri di qualunque natura che possano derivare da contestazioni, riserve e pretese avanzate da soggetti terzi, in ordine a quanto abbia diretto o indiretto riferimento all'attuazione del contratto medesimo, atteso il valore *inter partes* di tale previsione.

13.1. Il Collegio pertanto, pur non essendo oggetto della presente controversia profili di responsabilità dell'Amministrazione ritiene, sulla base della

documentazione prodotta e atteso il principio di economicità dei mezzi processuali, di non potere estromettere il Ministero della difesa.

14. Sempre in via pregiudiziale si rileva l'infondatezza dell'eccezione di "*irricevibilità/inammissibilità/improcedibilità della costituzione in giudizio di Omissis*" in ragione dell'esclusione della medesima dalla procedura controversa, avvenuta con la medesima determinazione qui impugnata. Ciò in quanto l'esclusione di entrambe le società che si confrontano nella presente controversia, Omissis e Omissis, è *sub iudice* con riferimento alla posizione di entrambe, così assicurando quella legittimazione a impugnare gli atti di gara che deriva dal confronto, seppur in due diversi giudizi, di posizioni speculari. In tal senso, seppur la legittimazione a impugnare gli atti di gara è ancorata, salvo le poche eccezioni individuate dalla giurisprudenza, che non ricorrono nella presente controversia, alla partecipazione alla gara, rileva in questa sede l'esegesi fornita dalla Corte di giustizia alla nozione di diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 1 par. 3 della direttiva 89/665/CEE (là dove impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a "*chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione*").

La concezione dell'interesse a ricorrere, che si sovrappone a quella della legittimazione nella prospettiva eurolunitaria, è infatti estremamente ampia, abbracciando non solo i casi di sussistenza di un interesse strumentale (alla riedizione della gara) attuale e concreto (così allorquando i partecipanti alla gara sono due e si fronteggiano in ambito processuale sulla base di un ricorso principale e di un ricorso incidentale reciprocamente escludente) ma anche quando l'interesse strumentale è indiretto, essendo lasciato all'eventuale decisione della stazione appaltante di rinnovare la gara pur in presenza di imprese collocate in graduatoria oltre a quelle protagoniste della controversia giudiziale (C. giust. UE, sez. X, 4.7.2013 C-100/12,

Fastweb, C. giust. UE, Grande Camera, 5.4.2016 C-689/13, Puligienica e C. giust. UE, X, 5.9.2019 C-333/18, Lombardi).

Nel caso di specie il confronto avviene sulla base di un atto scindibile che ha escluso entrambe le società e che entrambe hanno impugnato, dando vita a due giudizi, nei quali entrambe hanno reciprocamente spiegato anche ricorso incidentale ulteriormente escludente (rispetto al motivo utilizzato dalla stazione appaltante per escludere ciascuna delle due società).

Posto che le posizioni delle due società è reciprocamente *sub indice*, mirando entrambe ad annullare la propria esclusione, si rinvia una situazione non dissimile da quella che si verifica allorché i partecipanti alla gara sono due e si fronteggiano in ambito processuale sulla base di un ricorso principale e di un ricorso incidentale reciprocamente escludente.

Invero, pur rilevando che il provvedimento impugnato, in ragione dell'esito del primo grado di giudizio, è attualmente efficace, nondimeno, essendo rimasti due soli concorrenti in gara (come si evince dalla stessa formulazione del provvedimento impugnato), si rileva che l'interesse veicolato con i rispettivi ricorsi principali (e quindi anche la legittimazione nella prospettiva eurounitaria) non è solo quello all'annullamento della propria esclusione ma anche alla conferma dell'altrui esclusione (se non alla esclusione di ciascuna per gli ulteriori motivi dedotti con i ricorsi incidentali reciproci), così veicolando, nella reciprocità delle situazioni processuali. l'interesse strumentale (alla riedizione della gara), allo stesso modo di quando si confrontano un ricorso principale e un ricorso incidentale all'interno dello stesso giudizio.

Sicché si attualizza l'incombenza, per questo Giudice, di valutare entrambe le posizioni, garantendo il contraddittorio fra i controinteressati (appunto alla reciproca esclusione).

Invero, accogliendo l'eccezione spiegata da Omissis, si avrebbe quale conseguenza la mancanza di contraddittorio nei rispettivi giudizi.

Il Collegio ritiene pertanto preferibile assicurare il contraddittorio nei giudizi speculari.

In ogni caso si rileva che è stato accolto l'appello di Omissis nel parallelo giudizio n. 361/2021, passato in decisione alla medesima udienza del presente appello.

15. Con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar non ha ritenuto illegittima la determina n. 42/2020 per contrasto con la *lex specialis*. Ciò in quanto il disciplinare di gara, con riferimento al requisito di cui all'art. 4 punto A.4 (concernente la capacità economico-finanziaria), ha richiesto ai soggetti partecipanti la presentazione di *“idonee referenze bancarie [...] attestanti la solidità economica e finanziaria”* ovvero, in alternativa, *“una dichiarazione sostitutiva [...] attestante il possesso di un patrimonio netto non inferiore a € 300.000,00”*, specificando che *“per patrimonio deve intendersi la somma di tutti i mezzi propri del soggetto/i economico/i (capitale conferito dal socio/soci, apporti successivi ed autofinanziamento)”*.

Contrariamente a quanto ritenuto da Difesa Servizi nella determina n. 42/2020 (e confermato dal Tar) l'appellante, che ha presentato la dichiarazione sostitutiva in sede di offerta, si sarebbe avvalsa (in tesi, legittimamente) della possibilità di considerare apporti successivi per raggiungere il requisito richiesto.

15.1. Al riguardo si osserva quanto segue.

In occasione della presentazione dell'offerta Omissis ha presentato nella busta A dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000, datata 27.12.2017, con la quale ha attestato, ai sensi dell'art. 76 del d.P.R. n. 445/2000, che *“Omissis srls possiede un patrimonio netto non inferiore a euro 300.000,00 (mezzi propri rappresentati da apporti successivi ed autofinanziamento)”*.

In sede di controllo dei requisiti dell'aggiudicataria, Difesa Servizi, con nota 18.03.2019 n. 1330, ha richiesto a Omissis la prova del possesso del requisito di

capacità economica di cui all'art. 4, punto A.4 del disciplinare di gara, consistente in un patrimonio netto non inferiore a € 300.000,00.

In riscontro a detta richiesta Omissis ha dato evidenza di un patrimonio di € 320.000,00, costituito alla data del 12.04.2019, comprensivo anche di un mutuo deliberato ma non ancora erogato (così dall'atto impugnato).

Omissis ha pertanto, secondo quanto riferito nel preambolo della determinazione n. 42/2020, comprovato la sussistenza del patrimonio di € 320.000,00 (comprensivo di mutuo deliberato ma non erogato) alla data del 12.4.2019 e cioè successivamente alla data di scadenza per la presentazione delle offerte.

Del resto dal bilancio d'esercizio 2017 il patrimonio netto di Omissis risulta pari ad euro 185.000,00.

Detta tempistica di attestazione del requisito non è rispettosa della *ratio* dell'istituto delle autodichiarazioni e quindi della *lex specialis*, nei termini in cui richiama detto istituto.

Il patrimonio netto di almeno 300.000,00 euro costituisce infatti un requisito di capacità economica finanziaria e come tale deve essere posseduto dalle società partecipanti al momento della presentazione della domanda.

Invero, pur non essendo declinati dal disciplinare di gara i singoli requisiti richiesti, la *lex specialis* indica la documentazione che deve essere prodotta per attestare ogni requisito (così elencandoli).

Fra di essi è compreso il requisito del patrimonio netto, rispetto al quale è ammessa la produzione di una dichiarazione sostitutiva.

Proprio l'utilizzo di tale istituto quale modalità di attestazione di detto presupposto di ammissibilità dell'offerta è indicativa della rilevanza quale requisito di partecipazione del dato relativo al patrimonio netto, la cui mancanza è potenzialmente escludente.

La dichiarazione sostitutiva infatti presuppone che il fatto dichiarato si sia già verificato alla data della dichiarazione, così da consentire al sottoscrittore di poterlo attestare come “vero”.

La dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà è infatti, ai sensi dell'art. 1, let h) del d.P.R. n. 445/2000, il documento sottoscritto dall'interessato, volto a comprovare stati, qualità personali e fatti, che siano di diretta conoscenza di questi, resa nelle forme previste dal testo unico (art. 47 del d.P.R. n. 445/2000).

L'intero sistema della semplificazione della documentazione amministrativa, imperniato sulla sostituzione di un certificato o di un atto di notorietà con altrettante dichiarazioni rese dall'interessato, poggia sui principi dell'autoresponsabilità del dichiarante e dell'equivalenza funzionale delle suddette dichiarazioni rispetto ai certificati o agli atti sostituiti.

L'effetto di "certificazione" è presidiato da una previsione punitiva in caso di mendacio.

Il falso ideologico di cui all'art. 483 c.p. presuppone la contestualità fra attestazione e fatto dichiarato, non potendosi dichiarare come certo un fatto non ancora verificatosi e non potendosi ammettere una fattispecie di reato di impossibile portata quanto al requisito oggettivo (la dichiarazione di un fatto futuro sconta l'impossibilità di controllarne la natura veritiere e di punire il riscontro falsificante).

Sicché il collegamento esistente tra il profilo dell'efficacia amministrativa dell'attestazione proveniente dal cittadino e quello della responsabilità penale del dichiarante si presenta come inscindibile, giacché l'impegno consapevolmente assunto dal privato a “dire il vero” costituisce l'architrave che regge l'intera costruzione giuridica degli specifici istituti di semplificazione. Che altrimenti verrebbe meno quel profilo di certezza dei rapporti di diritto pubblico che connota l'intero sistema del diritto amministrativo e che, nella costruzione legislativa, non è

intaccato dall'istituto delle autodichiarazioni, determinando solamente uno spostamento soggettivo della relativa responsabilità.

In tale prospettiva le dichiarazioni sostitutive rese dall'interessato ai fini di semplificazione devono essere rispondenti ai dati risultanti dai pubblici registri, aventi valore legale e facenti fede fino a querela di falso, in modo che l'Amministrazione possa effettuare il controllo sulla correttezza delle medesime (Cons. St., sez. V, 21.10.2019 n. 7130).

Mentre nell'ambito del d.P.R. n.445/2000 l'Amministrazione procedente è tenuta ad effettuare idonei controlli, anche a campione, nei casi in cui sorgono fondati dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive (art. 71), nello specifico settore delle gare a evidenza pubblica l'art. 32 comma 7 del d. lgs. n. 50/2016 prevede una necessaria fase di controllo delle dichiarazioni rese in sede di presentazione dell'offerta che si interpone fra l'aggiudicazione e l'acquisizione di efficacia della medesima.

Attraverso dette verifiche l'Amministrazione controlla che l'aggiudicatario abbia dichiarato il vero alla data in cui ha reso la dichiarazione sostitutiva, posto che non può attestare come veritiero un evento non ancora accaduto (e considerata anche la responsabilità penale che ne deriva).

Nel caso di specie è un dato incontestato che l'appellante abbia dichiarato ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000, in data 27.12.2017, quindi in sede di presentazione dell'offerta, la sussistenza del requisito del patrimonio netto non inferiore a € 300.000,00 e che poi abbia comprovato il requisito di € 320.000,00 di patrimonio netto alla data del 12.4.2019, e cioè successivamente alla data di scadenza per la presentazione delle offerte.

L'appellante quindi non ha offerto prova di avere dichiarato il vero con la dichiarazione sostitutiva resa in sede di presentazione dell'offerta, così non assicurando di possedere il requisito richiesto a quella data (requisito, peraltro, che

si differenzia da quello prescritto all'art. 4 punto A.5 del disciplinare, riguardante il fatturato specifico dell'ultimo triennio e l'esperienza triennale nel settore turistico-ricreativo).

Né depone in senso contrario la circostanza che il disciplinare consentisse all'impresa interessata la presentazione della sola dichiarazione sostitutiva ai fini dell'attestazione del requisito di capacità economica e finanziaria (ai sensi dell'art. 4 punto A.4 del disciplinare di gara i soggetti partecipanti devono presentare *“idonee referenze bancarie [...] attestanti la solidità economica e finanziaria”* ovvero, in alternativa, *“una dichiarazione sostitutiva [...] attestante il possesso di un patrimonio netto non inferiore a € 300.000,00”*) in quanto, per i motivi già illustrati, essa presuppone che il fatto attestato si sia già inverato al momento della sottoscrizione, cioè dell'assunzione della responsabilità, anche penale, connessa al rilascio della dichiarazione medesima. Neppure può desumersi, in uno con l'appellante, dall'art. 86 comma 4 del d. lgs. n. 50/2016, in base al quale l'offerente può provare il possesso del requisito attraverso un qualsiasi documento *“considerato idoneo dalla stazione appaltante”*, l'illegittimità della determinazione n. 42/2020 in quanto, nel caso di specie, non è stato imputato alla parte il modo attraverso il quale è stata comprovata la sussistenza del requisito ma lo stesso possesso del medesimo da parte dell'appellante al tempo della presentazione dell'offerta.

L'insussistenza del requisito alla data di presentazione dell'offerta neppure è superabile in ragione del fatto che il disciplinare di gara ha specificato che per patrimonio netto deve intendersi la somma di tutti i mezzi propri del soggetto/i economico/i, comprensivi di capitale conferito dal socio/soci, *“apporti successivi”* e autofinanziamento (art. 4 punto A.4, concernente la capacità economico-finanziaria).

L'espressione *“apporti successivi”* deve essere intesa infatti nell'ambito del contesto in cui è inserita, riferendosi quindi agli apporti successivi rispetto ai conferimenti (di

capitale) dei soci (citati appena prima) e non, invece, ad apporti successivi rispetto all'autodichiarazione.

Ostano, peraltro, a tale ultima impostazione anche le regole di parità di trattamento dei partecipanti alla gara: consentire che l'offerente possa acquisire il requisito che ha dichiarato di possedere in sede di offerta in un momento successivo alla presentazione di quest'ultima altera il meccanismo di parità fra le parti della competizione, che presuppone che i requisiti di ammissibilità siano posseduti al tempo della consegna della candidatura. La *par condicio* viene infatti vulnerata dalla rimessione in termini (Cons. St., sez. V, 24.6.2020 n. 4031), che si determina a causa del meccanismo (in tesi legittimo) in forza del quale il requisito autodichiarato dal partecipante alla gara in sede di presentazione delle offerte può venire in essere successivamente a detto momento.

Né le regole che garantiscono la parità di trattamento fra i concorrenti possono essere superate dal (richiamato dall'appellante) principio del *favor participationis*, piuttosto recessivo rispetto alle prime (Cons. St., sez. IV, 27.10.2020 n. 6545), in quanto le regole interpretative non possono, in termini generali, arrivare fino a negare la stessa essenza della gara, cioè la competizione da svolgersi a partire dalla stessa linea di via, l'alterazione della quale impedisce che possa parlarsi di procedura comparativa.

La circostanza che l'appellante abbia comprovato la sussistenza del requisito autodichiarato, relativo al patrimonio netto, solo in epoca successiva alla presentazione dell'offerta (e all'annessa dichiarazione sostitutiva) e che quindi non sia stato in grado di attestarne la titolarità alla data di presentazione dell'offerta (e della dichiarazione sostitutiva) non consente quindi di ritenere il medesimo in possesso del titolo di partecipazione di cui all'art. 4 punto A.4 del disciplinare, così non potendosi ravvisare sul punto un profilo di illegittimità dell'atto impugnato.

15.1. Ne deriva l'infondatezza del motivo di appello.

16. Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar non ha ritenuto illegittimo l'esercizio del potere di cui all'art. 21-*novies* della legge n. 241/1990, in ragione della mancata comunicazione di avvio del procedimento e dell'omessa partecipazione dell'appellante, oltre che del tempo occorso per concluderlo.

16.1. Il Collegio osserva che la determina n. 42/2020 è stata adottata dopo che Difesa Servizi, con provvedimento 7.1.2019 n. 1, ha aggiudicato la gara relativa al lotto n. 7 a Omissis disponendo *“l'avvio delle verifiche dei requisiti prescritti in capo all'aggiudicatario”* e precisando che *“la presente determina di aggiudicazione e di approvazione delle graduatorie acquisirà efficacia con la verifica dei requisiti prescritti dal bando di gara e dal disciplinare”*. Ciò conformemente all'art. 32 comma 7 del d. lgs. n. 50/2016, in forza del quale *“l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”*.

Nella tradizionale sequenza di atti che contraddistinguono il procedimento amministrativo (avvio, istruttoria, eventuali pareri o valutazioni esterni, proposta di provvedimento e provvedimento) la determina n. 1/2019 si posiziona al termine della procedura e si qualifica pertanto per essere un provvedimento perfetto.

Nondimeno, come per altri provvedimenti amministrativi (si pensi alle delibere degli enti locali, che diventano esecutive dopo il decimo giorno dalla loro pubblicazione ai sensi dell'art. 134, comma 4 del d. lgs. n. 267/2000 e agli atti con effetti sfavorevoli che divengono efficaci solo con la comunicazione dell'atto ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 241/1990), l'esecutività della medesima è subordinata allo svolgimento della fase integrativa dell'efficacia.

La particolarità (peraltro comune ad altri provvedimenti) dell'atto di aggiudicazione sta nel fatto che la fase integrativa dell'efficacia non si pone in termini necessariamente positivi. Invero la pubblicazione e la comunicazione di un documento condizionano la produzione degli effetti solo in ragione dell'*an* della rispettiva integrazione, nel senso che, una volta effettuate, il provvedimento produce

necessariamente le conseguenze in esso previste. La non produzione di questi ultimi deriva solo dalla non effettuazione delle attività funzionali alla conoscibilità della determinazione amministrativa.

Nel caso di cui all'art. 32 comma 7 del d. lgs. n. 50/2016, invece, il controllo dei requisiti può avere esito negativo, con la conseguenza che la mancata acquisizione di efficacia da parte della determina di aggiudicazione può verificarsi non solo se non viene compiuta l'attività necessaria a integrarne l'efficacia (non vengono svolte le verifiche) ma anche se quell'attività si conclude negativamente.

Così è accaduto nel caso di specie.

Le verifiche sui requisiti di partecipazione alla gara hanno dato esito negativo nei termini indicati nelle motivazioni della determina n. 42/2020 qui impugnata.

Il mancato verificarsi della condizione di efficacia del provvedimento (l'esito positivo delle verifiche) determina l'inefficacia dell'atto senza soluzione di continuità rispetto alla previsione legislativa.

In tale prospettiva, quindi, il provvedimento impugnato, la determina n. 42/2020, si configura come atto avente un contenuto di accertamento dell'esito negativo delle verifiche compiute e della conseguente inefficacia dell'aggiudicazione nei confronti dell'aggiudicataria quale conseguenza del disposto dell'art. 32 comma 7 del d. lgs. n. 50/2016: in tal senso deve intendersi l'"*esclusione*" di Omissis e l'"*annullamento*" dell'aggiudicazione in favore della medesima.

Non si pone quindi un tema di annullamento o di autotutela dell'atto conclusivo della gara dal momento che il provvedimento in tesi ritirato non ha mai prodotto gli effetti propri dell'aggiudicazione (appunto subordinati all'esito di una verifica che ha dato risultato negativo) mentre presupposto dell'esercizio dell'autotutela è la (ancora) efficacia del provvedimento da ritirare.

L'annullamento, in particolare, costituisce un provvedimento di secondo grado che, pur intervenendo, con portata eliminativa, sull'atto, presuppone, come in genere

per l'esercizio dell'autotutela, la perdurante vigenza degli effetti prodotti dal provvedimento da ritirare.

Nel caso di specie il provvedimento in tesi ritirato neppure ha cominciato a produrre gli effetti derivanti dall'aggiudicazione e, pertanto, la determina n. 42/2020 non può essere qualificata come provvedimento di autotutela, così venendo meno l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento e le prerogative di partecipazione rafforzata che connotano il relativo procedimento.

Del resto, se uno dei connotati tipici dell'istituto dell'autotutela è da rinvenirsi dal particolare ruolo attribuito all'affidamento del privato in ordine al perdurare del rapporto di diritto pubblico oggetto di ritiro (così nell'annullamento quale elemento determinante da valutare discrezionalmente da parte dell'Amministrazione e così nella revoca quale *ratio* dell'indennizzo dovuto), nel caso di specie non può ravvisarsi una situazione di affidamento del privato verso un atto, l'aggiudicazione, (ancora) improduttivo di effetti, recante all'interno l'avviso del positivo esito delle verifiche sulla sussistenza dei requisiti quale condizione di efficacia e accompagnato dalla previsione legislativa di cui all'art. 32 comma 7 del d. lgs. n. 50/2016.

Neppure può ritenersi che, in seguito al riscontro non soddisfacente da parte di Omissis alla verifica del requisito sul patrimonio netto, la stazione appaltante potesse (dovesse) porre rimedio utilizzando il soccorso istruttorio, così evitando di intervenire sull'aggiudicazione già adottata.

Il soccorso istruttorio è volto infatti a regolarizzare la documentazione relativa a requisiti sussistenti al momento di presentazione dell'offerta, non invece a consentire l'acquisizione successiva di un requisito inizialmente mancante. In tale situazione l'invito alla integrazione postuma costituirebbe una violazione del principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria su iniziativa dell'Amministrazione.

Quanto al diverso profilo della tempistica che ha caratterizzato la fase di controllo dei requisiti si rileva che i tempi di svolgimento dell'azione pubblica non impattano sulla legittimità del provvedimento.

Nel caso di specie, poi, non potendosi qualificare la determina n. 42/2020 come provvedimento di autotutela, neppure è rinvenibile uno specifico termine di compimento della medesima a pena di illegittimità dell'atto, attesa anche la fase di integrazione dell'efficacia di un provvedimento già perfetto (la cui adozione soggiace alle regole di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990), non sempre corredata di specifico e compiuto termine di svolgimento (le regole sulle tempistiche di pubblicazione degli atti, ad esempio, non sempre intervengono a normare l'intervallo fra approvazione dell'atto e pubblicazione del medesimo).

In ogni caso, anche a ritenere applicabile alla specifica fase dell'integrazione dell'efficacia, il termine generale di trenta giorni di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990, non si tratterebbe, come già detto, di termine perentorio: ove manchi un'espressa indicazione circa la natura del termine o gli specifici effetti dell'inerzia, come nel caso di specie, deve infatti aversi riguardo alla funzione che il termine in concreto assolve nel procedimento, nonché alla peculiarità dell'interesse pubblico coinvolto, con la conseguenza che, *“in mancanza di elementi certi per qualificare un termine come perentorio, per evidenti ragioni di favor, esso deve ritenersi ordinatorio”* (Cons. St., sez. II, 22.1.2020 n. 537).

La conseguenza è che, pur rimarcandosi l'intervallo di tempo intercorso fra l'aggiudicazione, datata 7.1.2019, e la determinazione n. 42/2020, sottoscritta il 18.3.2020, la potestà amministrativa di provvedere non viene meno (né determina l'illegittimità dell'atto) per il mero fatto della scadenza del termine ordinatorio per il suo esercizio: un potere esercitato in ritardo (con conseguente ritardata regolamentazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nell'operazione amministrativa) è infatti da preferire a un potere mai esercitato, come è dato evincere

anche dalla presenza fra le azioni promuovibili davanti a questo Giudice amministrativo della domanda avverso il silenzio-inadempimento, proprio volta a compulsare l'esercizio del potere pubblico, seppure appunto in via differita.

16.2. Il motivo deve quindi essere respinto, con conseguente conferma della sentenza di primo grado sul punto.

17. L'appello proposto da Omissis deve essere respinto con riferimento alla domanda demolitoria, con conseguente conferma della sentenza di primo grado e della reiezione del ricorso introduttivo proposto da Omissis.

Quanto sopra esime il Collegio dal valutare i motivi del ricorso incidentale di primo grado, assorbiti dal Tar e riproposti in appello da Omissis, tesi a chiedere l'annullamento della determinazione n. 42/2020 per asseriti ulteriori motivi di esclusione di Omissis, posto che detto provvedimento non viene comunque annullato (trovando qui conferma la reiezione della domanda demolitoria proposta da Omissis). Ciò esime il Collegio dal valutare le eccezioni di rito dedotte da Omissis avverso la riproposizione dei motivi del ricorso incidentale di primo grado.

Conseguentemente deve essere altresì respinta la domanda di risarcimento dei danni *“derivanti dall'illegittimo esercizio di potere da parte dell'Amministrazione”*, non essendosi inverato il presupposto (l'illegittimità dell'atto) dell'azionata responsabilità dell'Amministrazione.

18. In conclusione l'appello deve essere respinto.

La particolarità della vicenda giustifica la compensazione delle spese nel presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso dal C.G.A.R.S. con sede in Palermo nella camera di consiglio del giorno
16 giugno 2021, tenutasi da remoto e in modalità telematica e con la contemporanea
e continua presenza dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Maria Immordino, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE
Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO