



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 119 del 2013, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Safe Bag S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Tommaso Pallavicini, con
domicilio eletto presso Valeria Zambardi in Venezia, S. Croce, 205;

contro

Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca S.p.A., rappresentato e difeso
dagli avv. Annamaria Tassetto, Roberto Capuzzo, Andrea Coronin, con domicilio
eletto presso Annamaria Tassetto in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22;

nei confronti di

Truestar Group S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Franco Zambelli, Mauro
Pisapia, Renato Bocca, Francesco Schiano Di Cola, con domicilio eletto presso
Franco Zambelli in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22;

per l'annullamento

della nota prot. n. 1 del 2 gennaio 2013 dell' Aeroporto Valerio Catullo di Verona
Villafranca S.p.A, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva nei

confronti della Truestar Group S.p.A; della nota prot. n. 3 del 2 gennaio 2013 dell'Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca S.p.A., con la quale è stata comunicata e trasmessa l'aggiudicazione definitiva; della nota prot. n. 4, con la quale è stata riscontrata e rigettata la nota informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale; di tutti i verbali di gara nn. 1, 2 e 3 rispettivamente del 12, 14 e 16 novembre 2012;

della declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione dell'appalto o subentro nel contratto;

della declaratoria del diritto della ricorrente ad ottenere l'ostensione dei documenti richiesti;

nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca S.p.A. e di Truestar Group S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Truestar Group Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Mauro Pisapia, Francesco Schiano Di Cola, Franco Zambelli, con domicilio eletto presso Franco Zambelli in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2013 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

Il ricorso, oggetto del presente scrutinio giudiziario, riguarda la gara, indetta dall'aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca spa, per l'assegnazione, in sub concessione, di spazi demaniali, all'interno dell'area aeroportuale, per finalità commerciale; in particolare il gestore l'aeroporto intende utilizzare, affidandoli a terzi, lo spazio in questione per posizionare macchine avvolgi bagagli e, contestualmente, porre in vendita prodotti ed accessori da viaggio.

L'avviso pubblico di gara, nel prevedere che la procedura avrebbe dovuto rispettare i principi di trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità, nei termini indicati dai riportati articoli 2 e 27 del codice dei contratti, statuiva che il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da individuarsi secondo criteri qualitativi ed economici.

Alla gara partecipavano due sole imprese.

Al termine della procedura selettiva la sub concessione veniva assegnata all'odierna controinteressata.

Avverso tale determinazione insorgeva il ricorrente con il ricorso principale, cui seguivano ulteriori motivi aggiunti.

Svolgevano le proprie difese, sia la parte resistente che il controinteressato, il quale, con ricorso incidentale, avanzava ulteriori censure all'operato della commissione giudicatrice.

Preliminarmente il Collegio deve dare conto del recente intervento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C- 100/12 – 4 luglio 2013 (soc. Fastweb c. A.S.L. di Alessandria) che, interpretando l'art. 1, paragrafo 3 della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento e del Consiglio del giorno 11 dicembre 2007 ha, di fatto, superato il contrario insegnamento espresso dal Consiglio di Stato nell'Adunanza Plenaria n. 4 del 7 aprile 2011, con il quale l'Alto consesso, rivedendo un suo precedente orientamento (A.P., n.11/2008), aveva, in materia di appalti pubblici, enunciato il

principio di diritto secondo cui l'esame del ricorso incidentale volto a contestare la legittimità del ricorrente principale, perché illegittimamente ammesso alla gara, deve precedere l'esame del ricorso principale in quanto la legittimazione a reagire giudizialmente spetta esclusivamente al concorrente che legittimamente ha partecipato alla procedura di gara, così che la rilevata illegittimità del ricorrente principale a partecipare alla gara impedisce lo scrutinio delle censure al riguardo avanzate dallo stesso.

Il riferito insegnamento giurisprudenziale comunitario deve assumere una valenza prevalente rispetto a quella, sul punto, assunta dalla giurisprudenza domestica, così come, nei termini indicati dall'art. 249, comma 3, del Trattato CEE, la normativa comunitaria prevale su quella nazionale.

In altri termini il giudicato nazionale, che disattende gli insegnamenti giurisprudenziali comunitari spiega, comunque, effetti esterni che vincolano il primo giudice nella definizione di altri giudizi pendenti tra le stesse parti (Corte giust., n.C-2/08, 3 settembre 2009) e, a maggior ragione, i principi di diritto espressi dal giudice comunitari devono assumere una prevalente connotazione poiché indicano il reale significato della norma comunitaria.

Pertanto, il Collegio dovrà provvedere allo scrutinio di tutte le censure sottoposte al suo giudizio, indipendentemente dalla asserita natura pregiudiziale del ricorso incidentale, come sostenuto nella decisione della Plenaria sopra riportata, invero oggi nuovamente sottoposta allo scrutinio dell'Alto consesso per una nuova e meditata sua valutazione.

In ogni caso la complessità della presente vicenda deve, comunque, contemperarsi con le esigenze espresse dal comma 10 dell'art. 120 cpa.

Preliminarmente deve affrontarsi la censura del difetto di giurisdizione del giudice adito avanzata dalla controinteressata.

Si sostiene che nell'espletamento di attività di natura esclusivamente commerciale, come quella oggetto della gara in argomento, viene meno la natura pubblicistica del concessionario, nei termini in cui essa è funzionalmente rivolta a soddisfare esclusivamente l'attività aeroportuale propriamente detta.

A conforto della suindicata tesi la controinteressata riporta la giurisprudenza del TAR Lombardia-Milano, n. 266/2007, 6107/2007 e del Cons. Giust. Reg. Sic. 1197/2010.

Osserva preliminarmente il Collegio.

Il punto merita una adeguata ed attenta ponderazione.

L'attività di gestione totale dell'area aeroportuale demaniale scaligera è stata affidata alla resistente, con decreto interministeriale, a far data dal 2 maggio 2008, in forza della concessione trentennale n. 9 del 30 aprile 2008 stipulata tra l'ENAC e la stessa resistente.

Quindi, è fuori di dubbio che il bene in questione è un bene demaniale e, come tale, affidato all'ente gestore attraverso una concessione traslativa.

Ciò comporta, sotto il profilo giuridico, l'esercizio di un potere pubblico, di cui l'atto concessorio è diretta espressione, funzionalmente rivolto alla esclusiva tutela dell'interesse pubblico attraverso l'esercizio di poteri autoritativi.

Il tentativo di ricondurre le concessioni nell'ambito della disciplina degli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990, così da svuotare di ogni aspetto autoritativo il fenomeno concessorio, non è mai stato recepito dalla giurisprudenza amministrativa, confortata in tale senso anche dall'autorevole opinione della Corte costituzionale (Corte Cost., 6 luglio 2004, n.204).

Il concessionario, quindi, proprio in virtù della concessione, acquisisce potestà e prerogative proprie della pubblica autorità (Cass. Civ., s.u., 22 febbraio 2007, n.4112), come ribadito anche dal giudice amministrativo :” ... E', infatti, “ius receptum” il fatto che un soggetto, attributario di una concessione da parte di una

pubblica amministrazione, assume la natura di sostituto di quella pubblica amministrazione e, relativamente ai poteri pubblici trasferitigli in forza del provvedimento concessorio, è esso stesso pubblica amministrazione” (Cons.St., sez IV, ottobre 2005 n. 5473), così che l'utilizzazione del bene - o di una parte di esso – segnatamente, in questo caso, delle aree del demanio aeronautico, non potrà, mai, formare oggetto di rapporti di natura privatistica (Cass. Civ., s.u., 4 luglio 2006, n.15217).

Tali principi si radicano anche nelle ipotesi di sub-concessioni, generalmente ammesse se non espressamente vietate dal titolo o dalla norma.

Conseguentemente, una volta intervenuta la concessione, anche la scelta del privato sub-concessionario deve avvenire secondo i noti moduli dell'evidenza pubblica, al fine di garantire l'osservanza anche dei principi, di derivazione comunitaria di trasparenza e non discriminazione.

È fin troppo evidente infatti che dai provvedimenti concessori in questione derivano, da un lato vantaggi di tipo economico in capo al futuro sub-concessionario, dall'altro una entrata per il concessionario, con la conseguente ineluttabilità di procedure di gara che garantiscano la scelta del miglior contraente, anche in ossequio ai principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Ciò premesso è opportuno considerare, con riferimento alla vicenda in esame, che l'art. 705 del codice della navigazione, come modificato ed integrato dal d. lgs. n. 151/2006, statuisce che è preciso compito del gestore aeroportuale di amministrare e gestire, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nell'aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato.

La norma, poi, salve le competenze degli organi statali in materia di sicurezza ed ordine pubblico, difesa civile, prevenzione e lotta agli incendi, soccorso e protezione civile, indica precise ed ulteriori competenze del gestore aeroportuale.

Per quanto in questa sede interessa, costituisce un dovere precipuo del gestore quello di assicurare l'efficiente ed ottimale utilizzo della risorsa demaniale, affinché la fornitura del servizio istituzionale e le connesse attività siano di livello adeguato e congruo anche in relazione alla tipologia di traffico, assicurando, peraltro, agli utenti la presenza in aeroporto dei necessari servizi di assistenza a terra - la cui disciplina è rinviata, dal successivo art. 706, alle specifiche norme di settore - attraverso la fornitura diretta o il coordinamento dell'attività dei soggetti idonei che le forniscono in autoproduzione o in favore di terzi.

Il riferito sistema è integrato, poi, dai principi espressi dalla direttiva comunitaria 15.10.1996, n. 96/67/CE, così come recepita dalla normativa nazionale nel d. lgs. n. 18 del 1999.

In buona sostanza, con tale norma, è stata sancita la liberalizzazione del mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità al dichiarato scopo di contribuire alla riduzione dei costi di gestione delle compagnie aeree e al miglioramento della qualità delle prestazioni offerte agli utenti.

La specificità del settore, ha, comunque, comportato una serie di limitazioni al libero accesso a tale mercato o all'effettuazione dell'autoassistenza, limitazioni che devono essere pertinenti, oggettive, trasparenti e non discriminatorie.

Il legislatore nazionale, al riguardo, ha individuato in modo puntuale, attraverso una elencazione tassativa, espressa nell'allegato A del d.lgs. cit., i servizi oggetto di tale limitazione.

Or bene, emerge dalla complessa struttura normativa, che una parte attività di gestione aeroportuale affidata al concessionario, è un'attività libera, nei limiti

previsti dalla disciplina di settore ed al contratto di concessione accessivo al provvedimento concessorio.

Ora, preme sottolineare al Collegio, che nella presente vicenda, ciò che assume dirimente e prevalente significato ai fini della individuazione della giurisdizione, non è tanto l'attività commerciale oggetto dell'avviso pubblico (posizionamento di macchine avvolgi bagagli e vendita di prodotti ed accessori da viaggio), che, in quanto tale, all'evidenza, non costituisce certo l'esplicazione di un servizio pubblico, atteso che, pacificamente, lo stesso si caratterizza per essere finalizzato direttamente al soddisfacimento di bisogni di interesse generale, che, evidentemente, risultano assenti nelle attività private imprenditoriali o commerciali, ancorché queste siano indirizzate e coordinate a fini sociali (Cass., s.u. civili, 3 agosto 2006, n. 17573), né la predetta attività può considerarsi strumentale ed essenziale al servizio pubblico prioritariamente gestito dall'aeroporto, né, infine, tale attività può collocarsi nella tassativa elencazione di cui al citato all. A) del d. lgs. n. 18 del 1999.

Pertanto, nella presente vicenda, ritiene il Collegio che, invece, risulta essenziale, prevalente e definitivo, per la individuazione del plesso giudiziario competente, il fatto della utilizzazione, in via particolare, di un'area demaniale.

In altre parole.

E' la natura del bene, in questo caso demaniale, che deve informare le conseguenti attività che su di essa il sub concessionario svolge o intende svolgere e non già viceversa, perché, diversamente, un aspetto strumentale, incidentale ed eventuale verrebbe a prevalere sulla cogente disciplina giuridica dei beni demaniali, piegandola alle esigenze secondarie proprie dell'attività esercitata, così alterandone la natura giuridica.

Quindi, se è essenziale e prioritaria, per la individuazione della giurisdizione, la natura del bene, ne consegue che i beni demaniali, come l'area aeroportuale in

questione, possono essere assegnati in uso soltanto attraverso procedure concessorie, indipendentemente dall'attività che attraverso essi si vuole esercitare che è, e rimane, nella maggior parte delle ipotesi, di natura privatistica e come tale oggetto relazioni contrattuali tra le parti.

Non coglie nel segno, pertanto, la giurisprudenza della Cassazione (cfr. Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 19 dicembre 2009, n. 26823), né quella amministrativa, che ad essa si riporta (Cons. Giust. Amm. Sic., 10 settembre 2010, n. 1197) – peraltro tutte anteriori all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo - quando affermano che : ”... in tema di concessione in uso esclusivo a privati di beni demaniali, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario se la pretesa trovi la propria origine in un rapporto tra il concessionario e il terzo, sempre che la Amministrazione concedente resti totalmente estranea a detto rapporto derivato e non possa ravvisarsi alcun collegamento tra l'atto autoritativo concessorio e il rapporto medesimo, essendo il primo un semplice presupposto del secondo”.

E' principio tramandato quello per cui il concedente conserva intatta tutta la sua potestà sul bene demaniale affidato in concessione, ovvero in sub-concessione e che, come già sopra rilevato, la concessione si concretizza con l'adozione del provvedimento autoritativo cui accede, eventualmente, un contratto volto a disciplinare gli aspetti privatistici della vicenda.

Né è revocabile in dubbio che le vicende estintive del provvedimento concessorio travolgono, conseguentemente, anche il negozio intervenuto tra le parti, né che l'autorità concedente perda, per il solo fatto della concessione, e/o della sub-concessione, i suoi generali poteri di autotutela sul bene demaniale (Cons.St., sez.IV, 19, dicembre 1988, n.1073), sia nei confronti del concessionario che del sub-concessionario, impregiudicato il diritto di revocare, annullare ovvero modificare l'atto di concessione nei termini indicati dagli artt. 21 quinquies e nonies, l. 241/1990 s.i.m..

Infatti, una elementare considerazione di carattere logico si impone.

Se fosse possibile escludere l'ente concedente da ogni relazione tra il sub-concessionario ed il terzo, si priverebbe il primo di significative potestà a tutela del bene pubblico, puntualmente previste dal legislatore nell'art. 823 c.c., unicamente per il fatto che il concessionario ha stipulato eventuali e/o pretestuose sub-concessioni.

Allora la rilevata estraneità dell'Amministrazione concedente nel rapporto tra concessionario e terzo, in realtà riguarda ed attiene ad aspetti marginali e residuali del solo rapporto tra concessionario e terzo che non si riferiscono e non riguardano il bene demaniale, ma attengono, esclusivamente, al rapporto sinallagmatico che presiede l'esercizio delle sole attività commerciali.

Nel caso in questione il concessionario ha concesso al terzo un'area, seppure limitata, di transito aeroportuale, sottraendola all'uso generale per le finalità indicate nell'art. 705 del cod. nav.

Ebbene, secondo la tesi del ricorrente, la suddetta evenienza, sarebbe prevalente su ogni altra considerazione e la previsione di svolgere attività commerciali sarebbe sufficiente a far perdere al bene pubblico le sue peculiari connotazioni, assoggettandolo, in tutto e per tutto, alla disciplina ed alla giurisdizione civilistica.

Al riguardo è opportuno ricordare che la giurisprudenza, con un tramandato insegnamento, che di cui è traccia nella decisione della IV sezione del Consiglio di Stato n. 455 del 17 dicembre 1976, ha segnalato che ogni questione che riguarda la legittimità di un atto di concessione, ancorchè dall'atto siano nati diritti reciproci tra le parti, afferisce ad interessi legittimi e, come tali, oggetto dello scrutinio del giudice amministrativo.

Ed è proprio in ossequio a tali principi che il legislatore ha previsto, nell'art. 133, comma 1, lettera b) cpa, che ogni questione relativa alla concessione di beni pubblici è affidata, in via esclusiva, al giudice amministrativo.

Conseguentemente, nella presente vicenda, deve essere ribadita la giurisdizione del giudice amministrativo.

Diversa, invece, è la questione relativa le disposizioni contrattuali applicabili alla vicenda in esame.

Infatti, la vicenda oggetto del presente scrutinio, come è stato dimostrato, non attiene, nè alla concessione di servizi pubblici, né si riferisce prioritariamente ad esclusive attività commerciali, come tali disciplinate dalla normativa civilistica.

Per cui, se da un lato l'art. 30 del codice dei contratti, conformemente al diritto comunitario, esclude tale evenienza dal suo ambito applicativo e dalla conseguente previsione normativa, dall'altra, la presente vicenda non può governarsi con gli strumenti civilistici.

Infatti, il punto centrale che emerge dallo stesso avviso pubblico di gara è, invece, l'utilizzazione particolare del bene demaniale.

Preliminarmente deve osservarsi che l'affidamento in concessioni di beni pubblici, provocando un saldo attivo nell'economia dell'Amministrazione concedente, è soggetta comunque alla previsione di cui all'art. 37 del R.D. 23 maggio 1924, n.87.

E' necessario, cioè, che la p.a., o chi per essa, provveda con "pubblici incanti".

Pertanto, con riferimento all'affidamento di beni demaniali, l'oggetto di gara assume e si configura come uno dei tanti possibili modi di selezione dei concorrenti per l'affidamento del bene pubblico, sicché, quale che sia l'attività che sul bene si intende esercitare, questa non può prevalere, né condizionare la natura della concessione che è, e resta, l'utilizzazione di un'area aeroportuale demaniale.

E' logico e corrisponde ai principi di economicità e par condicio, che la stazione appaltante, ferma la necessità della pubblica gara, possa definire la procedura di gara mutuando dall'ordinamento principi e regole che ben possono adattarsi alle concrete esigenze espresse dalla p.a. al momento di prevedere la concessione del bene pubblico.

E' insegnamento giurisprudenziale, costante e pacifico, che l'applicazione settoriale del codice dei contratti, anche in tema di concessioni, può essere consentito in caso di espresso riferimento e singolare previsione della conseguente normativa da parte della stazione appaltante (Cons.St., sez.V, 3 maggio 2012, n.2552).

Nel caso in questione la stazione appaltante ha escluso, sia con la previsione di cui all'art. 27 d.lgs 163/2006, che con la precisazione contenuta nel punto 2) dell'avviso pubblico, l'applicazione generalizzata della normativa citata, ma ha testualmente previsto l'adozione, nel sistema di aggiudicazione della concessione, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, ricavabili, comunque, dalla normativa appena citata, nonché, per espressa menzione nell'avviso di gara, delle ipotesi previste negli artt. 38, 46 comma 1 bis, e 81 del codice dei contratti e dei "...principi comunitari ed interni volti ad assicurare la libera concorrenza, parità di trattamento e trasparenza...".

Ora, sostiene la controinteressata nel ricorso incidentale che la ricorrente andava esclusa perché il documento prodotto a conforto della conformità delle macchine avvolgitrici da posizionare nell'area aeroportuale era generico, non rilasciato da un professionista abilitato e, inoltre, privo di data, così che il comportamento della stazione appaltante, che ha chiesto alla ricorrente di precisare il documento già prodotto, è illegittimo.

Dall'esame del documento originariamente prodotto in sede di gara dalla ricorrente (doc. 5 del foliaro della controinteressata allegata al ricorso incidentale), emerge, in modo indubbio, che la macchina proposta, è conforme, per espressa dichiarazione del costruttore, alla normativa CEE puntualmente riportata, per cui l'integrazione richiesta e prodotta al riguardo dalla ricorrente, riproduce pedissequamente l'originaria attestazione, aggiungendo solo la matricola e l'anno di costruzione della macchina, indicazioni, queste, non richieste dall'avviso pubblico di gara.

Mentre con riferimento alla mancanza della data sull'attestazione di conformità prodotta, la stessa si ricava in via induttiva dalla presentazione della domanda di partecipazione, atteso che la riportata decisione 93/464/CEE del Consiglio delle Comunità Europee del 22 luglio 1993, si riferisce alle modalità dell'apposizione del marco CE sui prodotti, mentre prevede, nei modelli allegati e, segnatamente, nel modello C), che appare maggiormente conformarsi alla richiesta della stazione appaltante, unicamente le modalità di attestazione di uniformità al prototipo, così come previsto dalla direttiva CEE, senza alcuna indicazione temporale.

Quindi la mancanza della data nell'attestazione che certifica il prodotto offerto come adeguato alle normative di settore non può costituire legittimo motivo di esclusione della concorrente, atteso che la stazione appaltante ha espressamente previsto, in questi casi (punto 1.1 dell'avviso pubblico di gara), il potere di soccorso, ossia la possibilità di chiedere l'integrazione delle dichiarazioni erranee o incomplete, prevedendo la esclusione dalla gara solo in caso di omissione di una o più dichiarazioni, nei termini indicati dall'art. 46, comma 1 bis del codice dei contratti.

Sempre nel ricorso incidentale la controinteressata ha contestato l'utilizzazione, nella procedura di gara censurata, dell'avvalimento da parte del ricorrente perché non prevista dal citato articolo 27 d.lgs 163/2006.

Al riguardo il Collegio osserva.

L'istituto dell'avvalimento è di immediata e generale applicazione secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale (Cons. St., sez. III, 18 aprile 2011 e sez. V, 23 maggio 2011, n. 3066) ed è mutuato dalla analoga struttura comunitaria, proprio perchè finalizzato a consentire una reale e concreta concorrenza e favorire gli operatori economici di per sé privi di requisiti di carattere economico – finanziario, tecnico – organizzativo, consentendo a questi di avvalersi dei requisiti di capacità

di altre imprese, come indicato negli articoli 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE (i suddetti articoli, rubricati rispettivamente “Capacità economica e finanziaria” e “Capacità tecniche e professionali” individuano i requisiti che debbono possedere gli operatori per contrarre con la p.a. e stabiliscono che un operatore economico, per un determinato appalto, può fare affidamento sulla capacità di altri soggetti a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi).

Pertanto, la conseguente disciplina nazionale, introdotta nel nostro ordinamento giuridico dall’art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006, ha, in buona sostanza, riprodotto i principi generali propri dell’ordinamento comunitario.

L’utilizzazione dei principi comunitari, espressamente recepito nell’avviso di gara e nel citato art. 49 è, dunque, ampia e generalizzata, non prevedendo alcun divieto di impiego “ sicché ben può l’avvalimento riferirsi anche alla certificazione di qualità di altro operatore economico, attenendo essa ai requisiti di capacità tecnica” (Cons.St., sez.V, 6 marzo 2013, 1368).

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, il rinvio operato dalla legge di gara all’art. 27 d.lgs citato, consente, proprio alla luce del rispetto dei principi generali di economicità, efficacia, par condicio, ad ammettere, anche per tali ipotesi l’utilizzazione dell’istituto dell’avvalimento per la certificazione dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara.

Per tali motivi, quindi, il ricorso incidentale deve essere respinto.

Di contro il ricorso è fondato con riferimento all’assorbente quarto motivo di gravame, relativo alla mancata dichiarazione, ai sensi dell’art. 38 d.lgs 163/2006, che avrebbero dovuto rendere il socio di maggioranza ed i procuratori dotati di potere di rappresentanza, così come previsto specificatamente nella legge di gara.

Sostiene la controinteressata che la lex specialis avrebbe statuito tale incumbente per il solo rappresentante legale dell’impresa.

In realtà, la mera lettura del punto 1.1, lettera i) dell'avviso di gara, dimostra che la stazione appaltante ha richiesto, a pena di esclusione, che :” la società e tutti i soggetti richiamati nell’art. 38 del d.lgs n. 163/2006, non si trovano (sic) in nessuna delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche di cui al medesimo articolo”.

L’art. 38 cit., alla lettera b) specifica i soggetti che devono assolvere tale onere sono : gli amministratori muniti di potere di rappresentanza o il direttore tecnico ... ovvero il socio di maggioranza.

Consta dagli atti prodotti dalla ricorrente e non contestati da controparte, che la controinteressata è una società di capitali, il cui socio di maggioranza è la società True Soul Italia srl, società che non risulta aver assolto l’obbligo di cui all’art. 38 cit., atteso che la novella sulla responsabilità penale delle società (d.lgs 8 giugno 2001, n.231) equipara, a tali fini, sia le persone fisiche che quelle giuridiche.

La visura camerale della società aggiudicatrice, inoltre, indica quali amministratori con potere di rappresentanza i signori : Daliela Illi; Maurizio Orsi e Giuseppe Sgorbio.

Ebbene neppure questi hanno assolto il citato onere di cui all’art. 38 cit.

Sostiene la controinteressata, a giustificazione delle rilevate omissioni, di aver provveduta a tali dichiarazioni utilizzando una formula generica estesa a tutti i soggetti richiamati dall’art. 38 cit.

Osserva il Collegio che la giurisprudenza costante, cui non vi è motivo per discostarsi, ha ritenuto non sufficiente una generica e onnicomprensiva dichiarazione secondo cui i soggetti menzionati nell’art. 38 cit. non si trovano nelle condizioni ostative previste dalla legge.

E’ necessario, di contro, che nella predetta dichiarazione siano indicati analiticamente e nominativamente i predetti soggetti, proprio perché la stazione appaltante possa, non solo svolgere le necessarie verifiche, prodromiche alla stessa

gara, attraverso la verifica presso gli archivi pubblici, ma individuare, in caso di dichiarazioni mendaci, precise ipotesi di responsabilità (Cons.St, sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6053).

Infine, per le riferite attestazioni, non può valere il generale principio di soccorso indicato nell'avviso pubblico di gara.

Infatti, tale dichiarazione, riguardando puntuali, oggettive ed incontrovertibili questioni di stato circa il possesso dei requisiti soggettivi in capo ai soggetti indicati nell'art. 38 d.lgs. cit., non ammette alcuna regolarizzazione ovvero chiarimento postumo, perché, in tal caso si consentirebbe, in violazione del par condicio, non già una precisazione contenutistica, quanto, piuttosto, una vera e propria nuova produzione documentale (Cons.St., sez.V, 22 aprile, 2002, n.2191), oltre i termini perentori fissati dalla legge di gara.

Conseguentemente il controinteressato doveva, e deve, essere escluso dalla gara.

Ne deriva che l'annullamento della contestata aggiudicazione della gara alla controinteressata comporta, altresì, la caduzione del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con la società Truestar Group spa..

Quanto al richiesto risarcimento del danno, in forma specifica, avanzato dalla ricorrente, l'istanza può essere soddisfatta con l'aggiudicazione della gara, previa positiva verifica dei requisiti in capo alla ricorrente.

La peculiarità della vicenda convince il Collegio a compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso incidentale ed accoglie il ricorso principale.

Conseguentemente dichiara l'inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto ed ordina il subentro della ricorrente nella gestione del servizio.

Compensa le spese di lite, ad eccezione dell'importo versato quale contributo unificato che, per legge, deve essere, in solido, restituito alla ricorrente dalla parte resistente e dal controinteressato

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Roberto Vitanza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/01/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)