

Relativamente ai tre requisiti (personalità giuridica, molteplici indici rivelatori della “dominanza pubblica” (organi di nomina pubblica, finanziamento prevalentemente pubblico, controllo pubblico sulla gestione) e il carattere “non commerciale” dei bisogni pubblici che l’ente è destinato a soddisfare) . per determinare che un ente sia un “organismo di diritto pubblico” e come tale obbligato a seguire la normativa del codice dei contratti e alla possibilità di richiedere l’escussione della cauzione provvisoria

L’Ente Autonomo Fiera del Levante è un organismo di diritto pubblico? E’ corretto affermare che la circostanza che l’Ente Autonomo Fiera del Levante benefici della copertura delle proprie eventuali perdite di gestione, attraverso contributi dello Stato e di altri enti pubblici, e che sia in tal modo tenuta indenne dal rischio d’impresa, induce a ravvisare il pericolo che l’ente, nella selezione delle ditte appaltatrici, tradisca le regole del mercato concorrenziale affidando le proprie commesse a soggetti individuati in assenza delle garanzie proprie dell’evidenza pubblica. E’ lecito quindi che in qualità di Stazione Appaltante anche l’Ente Fiera possa escutere la cauzione provvisoria in caso di mancata dimostrazione dei requisiti di ordine speciale richiesti dalla propria lex specialis di gara?

La risposta è affermativa in quanto si è al cospetto di un soggetto giuridico avente caratteristiche parzialmente diverse dall’ente fieristico milanese, in relazione al quale si è venuto consolidando l’indirizzo interpretativo che ne ha escluso la qualificazione di organismo di diritto pubblico. In primo luogo, infatti, l’Ente Fiera del Levante è stato destinato, fin dalla sua costituzione, al perseguimento di finalità lato sensu culturali e politiche (“... diffondere, confrontare e scambiare con altri popoli i frutti dell’impresa e del lavoro, la volontà di progresso economico e sociale, la cultura ... adottando ogni ulteriore iniziativa utile allo sviluppo dei rapporti, in special modo con gli Stati ed i popoli orientali e del Mediterraneo”, secondo l’odierno statuto), finalità che si sono affiancate al consueto scopo di intermediazione commerciale proprio degli enti fieristici pubblici. E’ quindi ben identificabile la destinazione dell’ente, almeno in parte, al soddisfacimento di bisogni non strettamente commerciali o industriali, che addirittura travalicano i confini dell’interesse pubblico nazionale e si collocano nell’alveo della politica estera e della cooperazione internazionale in senso ampio, affrancati da una finalizzazione puramente economica. Che tali bisogni “non commerciali” coesistano con lo scopo di intermediazione e diffusione, tipico dell’attività fieristica al servizio delle imprese, non costituisce ostacolo alla configurazione dell’organismo di diritto pubblico. In proposito, la giurisprudenza comunitaria ha infatti chiarito che non è necessario che l’organismo sia destinato a soddisfare in via esclusiva bisogni generali privi carattere commerciale o industriale, ma al contrario è sufficiente che una parte anche minima dell’attività presenti tale qualità, anche se quella residua riveste carattere commerciale o industriale, perché l’ente debba catalogarsi come organismo di diritto pubblico, in ossequio ad esigenze di certezza del diritto ed alla ratio di estendere, nei casi dubbi, le ipotesi di assoggettabilità alle regole dell’evidenza pubblica, a fronte di figure organizzative comunque riconducibili all’ambito pubblicistico (cfr. Corte Giust. CE, 15 gennaio 1998, in C-44/96, Mannesmann). La qualità di organismo di diritto pubblico non dipende in alcun modo dall’importanza relativa che, nell’attività dell’organismo medesimo, è rivestita dal soddisfacimento di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale, risultando piuttosto sufficiente a tal fine che il perseguimento di tale tipologia di bisogno rientri fra i compiti istituzionali dell’ente, anche senza carattere di preminenza (Corte Giust. CE, 10 novembre 1998, in C-360/96, BFI Holding). **Per le ragioni anzidette, deve concludersi che l’Ente Autonomo Fiera del Levante è organismo di diritto pubblico, ai sensi dall’art. 1 – lett. b) della Direttiva 1992/50/CE (oggi sostituito dall’art. 1, comma 9, della Direttiva 2004/18/CE) e che sussiste, in ordine alla presente controversia, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205 (oggi sostituito dall’art. 244 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163).** Quanto all’asserita scusabilità dell’errore sui requisiti dichiarati in sede di offerta, che secondo la ricorrente precluderebbe l’incameramento della cauzione provvisoria, il Collegio condivide l’orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, secondo cui l’erronea attestazione dei requisiti di partecipazione assume

rilevanza oggettiva e, quindi, il relativo inadempimento non tollera ulteriori indagini da parte dell'Amministrazione in ordine all'elemento psicologico ed alla gravità della violazione

Merita di essere segnalata la sentenza numero 2558 dell' 11 novembre 2008, emessa dal Tar Puglia Bari che ci chiarisce le idee sulle caratteristiche di un Organismo di diritto pubblico

<1. L'Ente Autonomo Fiera del Levante, con lettera d'invito del 28.11.2005, indiceva una trattativa privata per l'affidamento del servizio di manutenzione ed assistenza sugli impianti elettrici, per l'anno 2006 (di importo pari ad euro 580.000), da aggiudicarsi al massimo ribasso secondo la procedura di cui all'art. 23 del d. lgs. 17 marzo 1995 n 157.

Risultava aggiudicataria provvisoria la ricorrente ALFA Benito di ALFA Antonio & C. s.a.s., che veniva tuttavia esclusa con il primo dei provvedimenti indicati in epigrafe, sulla base di una duplice motivazione.

In primo luogo, per il mancato rispetto del requisito previsto dall'art. 9 – lett. e) del disciplinare d'appalto allegato alla lettera d'invito, che obbligava le imprese concorrenti a dichiarare "... di avere alle dipendenze un numero di addetti specializzati da adibire ai servizi oggetto dell'appalto non inferiore a quello indicato alla voce 4 delle modalità esecutive dell'appalto di cui al capitolato d'oneri"; quest'ultimo stabiliva che "... la ditta aggiudicataria si obbliga per tutta la durata dell'appalto a mettere a disposizione un adeguato numero di addetti ai servizi in oggetto dell'appalto, secondo le specifiche richieste che di volta in volta il Servizio gestione del patrimonio inoltrerà con apposito 'ordine di servizio' in relazione alle necessità delle singole manifestazioni, con un massimo di 15 unità".

L'esclusione poggiava altresì sulla mancata dimostrazione del requisito previsto dall'art. 9 – lett. f) del disciplinare d'appalto allegato alla lettera d'invito, ossia "... di aver effettuato nel triennio 02-04 almeno una prestazione per servizi identici presso enti pubblici non inferiore a euro 500.000".

Con ricorso depositato il 27.4.2006 e con successivi motivi aggiunti depositati il 5.7.2006, la ricorrente chiede l'annullamento del provvedimento di esclusione, dell'aggiudicazione disposta in favore della seconda classificata BETA di G. Giovanni s.r.l. e dell'atto di escussione della cauzione provvisoria.

2. Prima di affrontare nel merito le censure svolte avverso gli esiti della procedura di gara sopra descritti, il Collegio deve esaminare la questione sollevata dalle resistenti, che contestano la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo in ordine agli affidamenti di appalti di rilevanza comunitaria da parte dell'Ente Autonomo Fiera del Levante.

2.1. Ed invero, sulla esclusione degli enti fieristici dal novero degli organismi di diritto pubblico (tenuti, in quanto tali, al rispetto delle regole dettate dalle direttive comunitarie in tema di appalti) si registra la convergenza della più recente giurisprudenza, chiamata a dirimere la questione dell'applicabilità delle regole di evidenza pubblica agli appalti dell'Ente Fiera di Milano. Come è noto, la risposta dei giudici nazionali e comunitari è stata negativa, sul presupposto che l'ente fieristico difetti di uno dei requisiti indicati dall'art. 1 – lett. b) della Direttiva 1992/50/CE, che fa riferimento ad un organismo "istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale" (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 1998 n. 1267; Cass. Civ., sez. un., 4 aprile 2000 n. 97; Corte Giust. CE, 10 maggio 2001 in C-229/99 e C-260/99).

Le decisioni citate hanno concordemente rilevato che l'Ente Fiera di Milano, sorto come comitato agli inizi del secolo ed eretto a persona giuridica di diritto privato nel 1922, ha come scopo risultante dall'atto costitutivo (approvato con r.d. 1 luglio 1922 n. 919) di "provvedere all'attuazione di mostre

campionarie e temporanee, in prosecuzione dell'iniziativa fin qui esistente denominata Fiera di Milano", senza alcuna attribuzione di potestà pubblicitiche.

Secondo la giurisprudenza, il fine così individuato, sebbene inerente ad un bisogno collettivo degli operatori economici (in specie alle esigenze di promozione commerciale dei vari settori della produzione di beni e servizi), non assurge al carattere "non commerciale" richiesto dalla norma comunitaria per la qualificazione come organismo di diritto pubblico: sebbene l'attività fieristica abbia cioè una connotazione di interesse generale, che pure possiedono altre attività economiche di interesse pubblico in senso lato, non può dirsi che il riflesso dell'attività fieristica sul sistema economico giustifichi l'alterazione della sua sostanza commerciale, che resta legata e finalizzata alla promozione ed alla commercializzazione di prodotti e servizi, complementare all'attività produttiva imprenditoriale. I bisogni di interesse generale perseguiti dall'Ente Fiera di Milano, stando al suo statuto, attengono infatti alla sfera dell'economia ed in particolare alla promozione ed allo sviluppo degli scambi commerciali nazionali ed internazionali, poiché mediante la propria attività l'ente soddisfa i bisogni di natura commerciale degli espositori, che beneficiano così della promozione dei beni o dei servizi che espongono, e dei visitatori, che desiderano raccogliere informazioni ai fini di eventuali decisioni di acquisto.

Sotto diverso profilo, la giurisprudenza ha poi rilevato che l'ente fieristico milanese, per quanto non persegua scopi lucrativi, opera secondo criteri di rendimento, di efficacia e di redditività, senza che sia previsto nel suo statuto alcun meccanismo di copertura delle eventuali perdite finanziarie.

Si è perciò concluso per la sottrazione degli appalti affidati dall'Ente Fiera di Milano, sul piano sostanziale, alle regole pubblicitiche di matrice comunitaria e, sul piano processuale, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33 del d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e dell'art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205.

2.2. Sulla scorta delle decisioni dianzi richiamate, le difese dell'Ente Autonomo Fiera del Levante e della controinteressata eccepiscono l'inammissibilità del presente gravame per difetto di giurisdizione.

L'eccezione non può essere accolta.

Il Collegio non intende contraddire, in linea di principio, il consolidato orientamento fatto proprio dal Consiglio di Stato, dalla Suprema Corte e dalla giurisprudenza comunitaria in tema di requisiti e caratteri dell'organismo di diritto pubblico. Tuttavia, la negazione della qualifica di amministrazione aggiudicatrice (come tale soggetta alle direttive comunitarie sugli appalti ed alla giurisdizione amministrativa) non può prescindere dalla verifica, in concreto, delle peculiarità statutarie ed operative dell'ente convenuto in giudizio.

Non è in discussione che l'Ente Autonomo Fiera del Levante sia munito di personalità giuridica (è infatti un ente pubblico economico) e che presenti molteplici indici rivelatori della "dominanza pubblica" (organi di nomina pubblica, finanziamento prevalentemente pubblico, controllo pubblico sulla gestione). Viene viceversa posta in dubbio la ricorrenza del terzo requisito necessario per la configurazione dell'organismo di diritto pubblico, ossia il carattere "non commerciale" dei bisogni pubblici che l'ente è destinato a soddisfare.

Al riguardo, la più corretta interpretazione del dettato comunitario depone nel senso che vada assegnato rilievo preminente non già al carattere (industriale o commerciale) dell'attività gestionale posta in essere dall'organismo di cui si discute, bensì avendo riguardo al carattere dell'interesse al cui perseguimento detta attività è teleologicamente ed istituzionalmente rivolta (in tal senso, Corte Giust. CE, 10 novembre 1998, in C-360/96, BFI Holding; da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 19 maggio 2008 n. 2280).

Orbene, a seguito di ordinanza istruttoria n. 52/2008, la difesa dell'Ente Autonomo Fiera del Levante ha depositato agli atti di causa alcuni documenti ed una relazione a firma del presidente dell'ente, da cui si desume, per quel che qui interessa:

1) che l'Ente "Fiera del Levante" fu costituito con r. d. 3 ottobre 1929 n. 1874, ai cui sensi "... Esso ha per iscopo di provvedere all'attuazione di fiere-esposizioni campionarie a carattere internazionale di prodotti agricoli ed industriali, nonché di studiare e promuovere ogni altra iniziativa di carattere analogo che giovi all'economia nazionale nei rapporti specie con gli Stati orientali";

2) che, ai sensi dell'art. 1 del vigente statuto (approvato dalla Regione Puglia il 28.7.2000): "1. L'Ente Autonomo Fiera del Levante, fondato dal Comune, dalla Provincia e dalla Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bari, è costituito in ente pubblico economico avente rilievo internazionale, con sede in Bari. 2. La Fiera del Levante esprime nella sua attività l'indole dei cittadini pugliesi pronti ad aprire le loro città e a prendere il largo in mare portando ovunque i segni della pace, per diffondere, confrontare e scambiare con altri popoli i frutti dell'impresa e del lavoro, la volontà di progresso economico e sociale, la cultura. 3. Scopo istituzionale della Fiera del Levante è quello di curare l'organizzazione e l'esercizio di manifestazioni fieristiche – nonché di tutte le altre attività a queste conseguenti, connesse e collaterali – svolgendo un'attività diretta allo scambio di beni e servizi ed alla loro commercializzazione, con un'organizzazione di tipo imprenditoriale e dietro corrispettivi diretti al recupero dei costi, adottando ogni ulteriore iniziativa utile allo sviluppo dei rapporti, in special modo con gli Stati ed i popoli orientali e del Mediterraneo. 4. L'Ente non ha scopo di lucro nel rispetto del principio del pareggio del bilancio.";

3) che, per esplicita affermazione del presidente dell'ente, contenuta nella relazione depositata agli atti di causa, "...Nel corso degli ultimi 10 esercizi di bilancio, laddove si siano riscontrate perdite di gestione, le medesime sono state ripianate dagli apporti patrimoniali annuali degli Enti fondatori di cui all'art. 4 lettera c) dello Statuto".

Ad avviso del Collegio, si è al cospetto di un soggetto giuridico avente caratteristiche parzialmente diverse dall'ente fieristico milanese, in relazione al quale si è venuto consolidando l'indirizzo interpretativo che ne ha escluso la qualificazione di organismo di diritto pubblico.>

In merito invece alla mancata dimostrazione dei requisiti di ordine speciale e quindi alla relativa escussione della cauzione provvisoria:

< La revoca dell'aggiudicazione provvisoria, disposta dalla stazione appaltante nei confronti della ALFA Benito di ALFA Antonio & C. s.a.s. con provvedimento del 15.2.2006, appare fondata almeno su un capo di motivazione valido, relativo al difetto del requisito di capacità tecnica di cui all'art. 9 – lett. e) del disciplinare d'appalto.

Quest'ultimo, rimasto inoppugnato, obbligava le imprese concorrenti a dichiarare di avere alle dipendenze un numero di addetti specializzati non inferiore a quello indicato al punto 4) delle modalità esecutive contenute nel capitolato d'oneri, che a loro volta stabilivano che "... la ditta aggiudicataria si obbliga per tutta la durata dell'appalto a mettere a disposizione un adeguato numero di addetti ai servizi in oggetto dell'appalto, secondo le specifiche richieste che di volta in volta il Servizio gestione del patrimonio inoltrerà con apposito 'ordine di servizio' in relazione alle necessità delle singole manifestazioni, con un massimo di 15 unità".

La lettura combinata delle due disposizioni della lex specialis di gara induce a ritenere che il numero minimo di addetti specializzati fosse proprio pari a 15 unità (ossia pari al numero massimo di addetti impiegabili dall'ente), seppure da mettere a disposizione "a chiamata" e non in modo continuativo, e che tale dotazione dovesse essere dimostrata fin dal momento della presentazione dell'offerta.

La legittimità, per tale parte, dell'esclusione esonera il Collegio dall'esame delle censure svolte avverso l'ulteriore motivazione del provvedimento impugnato.

Per la stessa ragione, la ricorrente risulta priva dell'interesse a dolersi dell'illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata.

4. Del pari infondati sono i motivi aggiunti, mediante i quali la ricorrente contesta gli atti di escussione della cauzione provvisoria.

L'art. 8 del disciplinare di gara fissava in 180 giorni, decorrenti dalla data di presentazione dell'offerta, la validità della cauzione provvisoria. La polizza prodotta dalla società ricorrente, rilasciata dalla UNIPOL Assicurazioni, aveva appunto validità di 180 giorni (cfr. documento n. 7, allegato ai motivi aggiunti). L'escussione avviata dall'Ente Fiera del Levante risulta dunque tempestiva.

Quanto all'asserita scusabilità dell'errore sui requisiti dichiarati in sede di offerta, che secondo la ricorrente precluderebbe l'incameramento della cauzione provvisoria, il Collegio condivide l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'erronea attestazione dei requisiti di partecipazione assume rilevanza oggettiva e, quindi, il relativo inadempimento non tollera ulteriori indagini da parte dell'Amministrazione in ordine all'elemento psicologico ed alla gravità della violazione (Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2002 n. 6768).>

Si legga anche Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2002 n. 6768:

Il fideiussore della garanzia provvisoria deve avere attenzione alle modalità (e non solo al reale possesso) di presentazione dei requisiti di ordine speciale da parte della ditta partecipante!

L'"autocertificazione" è legittima solo nella fase di partecipazione alla procedura pubblica: esclusa nella fase procedimentale del controllo!

Nel controllo a campione nelle procedure per l'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, ex art. 10 comma 1 quater della L. 109/94, non trova spazio lo strumento della dichiarazione di atto di notorietà: così deciso dal Consiglio di Stato che, con la decisione numero 6768 del 9 dicembre 2002, si occupa di un ricorso avverso una sentenza dell'adito giudice amministrativo che confermava il comportamento della stazione appaltante nel aver predisposto l'escussione della garanzia provvisoria in applicazione all'articolo 10 comma 1 quater della Legge 109/94 s.m.i.

Con la decisione appellata, i primi giudici hanno giudicato legittimo l'incameramento della cauzione provvisoria, in quanto correttamente fondato sul rilievo della difformità e dell'incompletezza della documentazione presentata dall'attuale appellante, rispetto alle prescrizioni del bando ed alle forme indicate nella richiesta di dimostrazione del possesso dei requisiti, conseguente reiezione del ricorso.

Ci preme riportare il nostro commento a suo tempo scritto nel merito:

Escussione della garanzia provvisoria negli appalti di lavori

Prevale la specialità della Legge Merloni

Con la sentenza numero 192 del 15 dicembre 2001, il Tar per la Valle d'Aosta afferma alcuni importanti e fondamentali principi in tema di semplificazione amministrativa da applicare al sub procedimento originato dalla previsione normativa di cui all'art. 10, comma 1° quater, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, e successive modificazioni ed integrazioni.

Mentre non esistono dubbi alcuni, sull'applicabilità dell'"autocertificazione" addirittura a notizie normalmente riportate nel casellario giudiziale (una dichiarazione sostitutiva sottoscritta dal rappresentante della società, riguardante lo status di terzi di cui si ha diretta conoscenza (amministratore unico e direttore tecnico), con firma non autenticata, ma accompagnata da copia informale del documento di identità), lo stesso concetto non può trovare applicazione alla norma in esame, per osservanza della quale le Stazioni appaltanti devono poter verificare le dichiarazioni rese, sulla base dell'effettiva documentazione richiesta e non già sulla base di un'ulteriore certificazione documentale.

La ratio dell'istituto del sorteggio è di evitare il rischio che imprese (cosiddette scatole vuote) non in possesso dei requisiti speciali richiesti, partecipino ugualmente a procedure pubbliche con il solo intento di indirizzare il risultato e di compromettere quindi il regolare andamento dell'attività amministrativa.

Lo scopo delle tre sanzioni previste (esclusione dalla procedura, segnalazione all'osservatorio regionale dei lavori pubblici ed escussione della garanzia provvisoria), dovrebbe essere già di per sé di deterrenza, al fine di scoraggiare partecipazioni avventate e poco meditate, anche e soprattutto se si tiene conto della rivalsa della Compagnia di assicurazione verso la ditta contraente, in caso di pagamento della polizza cauzioni alla stazione appaltante.

Sulla base di questo sopra esposto e in considerazione del fatto che la norma in esame richiede particolari certezze che possono verosimilmente essere eluse dall'applicazione della normativa sulla semplificazione, i giudici aditi fanno prevalere la "lex specialis" (la specialità del procedimento di verifica introdotto dalla legge n. 415/98) e del bando rispetto alle disposizioni generali che la normativa sulla semplificazione amministrativa ha introdotto nell'ordinamento giuridico nazionale.

Preliminarmente il supremo giudice amministrativo ammette la possibilità di ricorrere unicamente al provvedimento di escussione della garanzia provvisoria senza contestuale lagnanza avverso il bando di gara sul presupposto che "pur trovando ragione nella medesima violazione e nella stessa disposizione di legge, il provvedimento di esclusione e quello di escussione della cauzione realizzano esigenze diverse e pregiudicano, al contempo, interessi differenti, con la conseguenza che, come nel caso di specie, può darsi il caso di concorrenti lesi dal solo incameramento della cauzione (per l'evidente danno patrimoniale conseguente) e non anche dall'esclusione dalla gara (avendo presentato un'offerta non competitiva) e, quindi, legittimati, sotto il profilo dell'interesse a ricorrere, a contestare una sola delle determinazioni determinate dall'omessa attestazione dei requisiti di partecipazione".

Rilevato che il bando di gara non indica le modalità dell'attestazione del possesso dei requisiti in occasione della verifica a campione e che, quindi, le forme con le quali doveva essere fornita la relativa prova vanno ricavate dall'esegesi delle disposizioni, apparentemente antinomiche, rispettivamente invocate dalle parti a sostegno delle rispettive tesi (e cioè l'art.2 D.P.R. n.403/98 e l'art.10 comma 1 quater L. n.109/94) – i giudici di Palazzo Spada sanciscono che "lo strumento della dichiarazione di atto di notorietà di cui all'art.4 della legge 4 gennaio 1968, n.15 non possa validamente utilizzarsi nella peculiare fase procedimentale del controllo a sorteggio dei requisiti di partecipazione ai sensi dell'art.10 comma 1 quater L. n.109/94".

Dall'emarginata decisione, emerge che occorre distinguere, all'interno delle interazioni fra concorrenti e amministrazione, due fasi:

- ☐ quella iniziale, nella quale può farsi legittimamente uso della dichiarazione sostitutiva di atto notorio contestualmente alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara;
- ☐ quella, successiva, nella quale l'attestazione del possesso dei requisiti di partecipazione va compiuta per mezzo della documentazione pubblica certificativa della qualità o dello stato richiesti e non anche con le forme stabilite dall'art. 2 D.P.R. n.403/98.

Del tutto inutile si rivelerebbe, prosegue il giudice adito, la norma prevista dall'art. 10 comma 1 quater per due ordini di ragioni:

- ☐ andrebbe vanificato il subprocedimento previsto dalla disposizione in esame, che si risolverebbe nell'acquisizione delle medesime attestazioni già fornite dalle imprese sorteggiate e non potrebbe mai condurre agli effetti sanzionatori ivi contemplati
- ☐ la sua portata precettiva rischierebbe di essere vuota di significato in quanto pedissequamente ripetitiva delle disposizioni relative alla domanda di partecipazione, se circoscritta alla richiesta ai concorrenti sorteggiati dell'attestazione con dichiarazione sostitutiva del possesso dei requisiti di partecipazione

Tutto ciò premesso, il ricorso va rigettato (e quindi confermata la decisione del giudice di primo grado) in quanto la prospettazione della ricorrente oltre che configgente con il dato letterale della disposizione, risulta anche contrastante con la sua esegesi logica e sistematica,

Inoltre, l'esigenza di assicurare la serietà della partecipazione alle gare d'appalto esige che, per scongiurare il rischio di presentazione di offerte da parte di soggetti privi dei requisiti di capacità economica o tecnica, il controllo dei requisiti si estenda all'acquisizione della documentazione amministrativa certificativa delle qualità richieste e che all'omessa, tempestiva produzione di quella, consegua l'applicazione delle sanzioni previste.

In conclusione, basandosi sul noto criterio *lex specialis derogat generali*, e affermando che la norma dettata in tema di procedure di aggiudicazione di lavori pubblici si pone in un rapporto di specialità, regolando una fattispecie singolare del genere dei rapporti tra privato e pubblica amministrazione, con quella sulla semplificazione della documentazione amministrativa, i giudici del Consiglio di Stato precisano che “dall'esame della controversa completezza delle dichiarazioni sostitutive in relazione al contenuto della documentazione specificamente richiesta dall'Amministrazione, la sola produzione di copie delle certificazioni richieste, con contestuale, ma inaccettabile, dichiarazione di conformità agli originali, deve ritenersi irregolare in quanto relativa ad attestazioni rese con modalità difformi da quelle prescritte (e cioè con la trasmissione dei documenti originali)”.

Ci preme fare un'osservazione di carattere generale assicurativo, che deriva proprio da un'interpretazione logico-sistematica:

Al di là del caso sottoposto al giudice amministrativo di appello, l'emarginata sentenza, nel confermare la “specialità” della Legge Merloni, conferma altresì la legittimità del pagamento della polizza del progettista esecutivo dipendente dell'amministrazione pubblica, da parte della stazione appaltante (combinato disposto del art. 17 comma 3 con l'art. 30 comma 5 della L. 109/94 s.m.i. con gli artt. 105 e 106 del D.p.r. 554/99): possibilità, per tutti gli altri dipendenti tecnici, notoriamente preclusa dalla “normale” legislazione in materia!

A cura di Sonia LAzzini

N. 02558/2008 REG.SEN.

N. 00760/2006 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 760 del 2006, proposto da ALFA Benito di ALFA Antonio & C. s.a.s., rappresentata e difesa dagli avv.ti Michaela De Stasio e Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso il secondo in Bari, via Pizzoli, 8;

contro

Ente Autonomo Fiera del Levante, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Vernola, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Dante, 97;

nei confronti di

BETA di G. Giovanni s.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele Gassi, con domicilio eletto presso Raffaele Gassi in Bari, via Manzoni, 144;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento prot. TE/GM/140 del 15.2.2006, recante revoca dell'aggiudicazione provvisoria del servizio di manutenzione ed assistenza impianti elettrici, di allarme e di amplificazione sonora - anno 2006;

- dell'aggiudicazione intervenuta a favore della BETA di G. Giovanni s.r.l. e del relativo contratto;

- della nota prot. TE/GM/335 del 23.5.2006, recante richiesta di escussione della cauzione provvisoria, in conseguenza della revoca dell'aggiudicazione provvisoria;

- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresa la nota prot. TE/GM/335 in data 1.6.2006 di rinnovo della richiesta di escussione della cauzione provvisoria e, ove occorra, della nota

prot. 001488 - TEGM/am/223, priva di data, nella quale l'Ente si riservava di valutare la sussistenza delle condizioni previste dalla normativa per l'incameramento della cauzione provvisoria;

- nonché per il risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ente Autonomo Fiera del Levante e di BETA di G. Giovanni s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 ottobre 2008 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

L'Ente Autonomo Fiera del Levante, con lettera d'invito del 28.11.2005, indiceva una trattativa privata per l'affidamento del servizio di manutenzione ed assistenza sugli impianti elettrici, per l'anno 2006 (di importo pari ad euro 580.000).

La società ricorrente, che ne risultava aggiudicataria provvisoria, veniva tuttavia esclusa con il primo dei provvedimenti indicati in epigrafe, sulla base di una duplice motivazione: A) mancato rispetto del requisito previsto dall'art. 9 – lett. e) del disciplinare d'appalto allegato alla lettera d'invito, secondo cui l'appaltatore dichiarava "... di avere alle dipendenze un numero di addetti specializzati da adibire ai servizi oggetto dell'appalto non inferiore a quello indicato alla voce 4 delle modalità esecutive dell'appalto di cui al capitolato d'oneri"; B) mancata dimostrazione del requisito previsto dall'art. 9 – lett. f) del disciplinare d'appalto allegato alla lettera d'invito, ossia "... di aver effettuato nel triennio 02-04 almeno una prestazione per servizi identici presso enti pubblici non inferiore a euro 500.000".

Con ricorso depositato il 27.4.2006, proposto avverso il provvedimento di esclusione e l'aggiudicazione successivamente disposta in favore della ditta seconda classificata, BETA di G. Giovanni s.r.l., la ricorrente deduce motivi così rubricati:

- 1) violazione ed erronea applicazione della lex specialis di gara; eccesso di potere per erronea presupposizione; sviamento;
- 2) violazione ed erronea applicazione, sotto altro profilo, della lex specialis di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione; contraddittorietà e disparità di trattamento; sviamento;
- 3) violazione della lex specialis di gara; eccesso di potere per travisamento, erronea presupposizione, carente istruttoria; sviamento.

Con i motivi aggiunti depositati il 5.7.2006, la ricorrente chiede l'annullamento dell'atto di escussione della cauzione provvisoria, deducendone l'illegittimità in via derivata ed inoltre vizi propri così rubricati:

- 4) violazione ed erronea applicazione della lex specialis di gara; violazione dei principi generali in tema di procedure di evidenza pubblica ed in tema di escussione della cauzione provvisoria; eccesso di potere

per erronea presupposizione, illogicità, contraddittorietà, carente ed erronea istruttoria e disparità di trattamento; sviamento.

Si sono costituiti l'Ente Autonomo Fiera del Levante e la controinteressata BETA di G. Giovanni s.r.l., svolgendo difese nel merito ed eccependo l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

In relazione a tale questione, con ordinanza istruttoria n. 52/2008 il Collegio disponeva l'acquisizione della documentazione necessaria alla qualificazione giuridica dell'Ente Autonomo Fiera del Levante.

Alla pubblica udienza del 1 ottobre 2008 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'Ente Autonomo Fiera del Levante, con lettera d'invito del 28.11.2005, indiceva una trattativa privata per l'affidamento del servizio di manutenzione ed assistenza sugli impianti elettrici, per l'anno 2006 (di importo pari ad euro 580.000), da aggiudicarsi al massimo ribasso secondo la procedura di cui all'art. 23 del d. lgs. 17 marzo 1995 n 157.

Risultava aggiudicataria provvisoria la ricorrente ALFA Benito di ALFA Antonio & C. s.a.s., che veniva tuttavia esclusa con il primo dei provvedimenti indicati in epigrafe, sulla base di una duplice motivazione.

In primo luogo, per il mancato rispetto del requisito previsto dall'art. 9 – lett. e) del disciplinare d'appalto allegato alla lettera d'invito, che obbligava le imprese concorrenti a dichiarare "... di avere alle dipendenze un numero di addetti specializzati da adibire ai servizi oggetto dell'appalto non inferiore a quello indicato alla voce 4 delle modalità esecutive dell'appalto di cui al capitolato d'oneri"; quest'ultimo stabiliva che "... la ditta aggiudicataria si obbliga per tutta la durata dell'appalto a mettere a disposizione un adeguato numero di addetti ai servizi in oggetto dell'appalto, secondo le specifiche richieste che di volta in volta il Servizio gestione del patrimonio inoltrerà con apposito 'ordine di servizio' in relazione alle necessità delle singole manifestazioni, con un massimo di 15 unità".

L'esclusione poggiava altresì sulla mancata dimostrazione del requisito previsto dall'art. 9 – lett. f) del disciplinare d'appalto allegato alla lettera d'invito, ossia "... di aver effettuato nel triennio 02-04 almeno una prestazione per servizi identici presso enti pubblici non inferiore a euro 500.000".

Con ricorso depositato il 27.4.2006 e con successivi motivi aggiunti depositati il 5.7.2006, la ricorrente chiede l'annullamento del provvedimento di esclusione, dell'aggiudicazione disposta in favore della seconda classificata BETA di G. Giovanni s.r.l. e dell'atto di escussione della cauzione provvisoria.

2. Prima di affrontare nel merito le censure svolte avverso gli esiti della procedura di gara sopra descritti, il Collegio deve esaminare la questione sollevata dalle resistenti, che contestano la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo in ordine agli affidamenti di appalti di rilevanza comunitaria da parte dell'Ente Autonomo Fiera del Levante.

2.1. Ed invero, sulla esclusione degli enti fieristici dal novero degli organismi di diritto pubblico (tenuti, in quanto tali, al rispetto delle regole dettate dalle direttive comunitarie in tema di appalti) si registra la convergenza della più recente giurisprudenza, chiamata a dirimere la questione dell'applicabilità delle regole di evidenza pubblica agli appalti dell'Ente Fiera di Milano. Come è noto, la risposta dei giudici nazionali e comunitari è stata negativa, sul presupposto che l'ente fieristico difetti di uno dei requisiti indicati dall'art. 1 – lett. b) della Direttiva 1992/50/CE, che fa riferimento ad un organismo "istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o

commerciale” (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 1998 n. 1267; Cass. Civ., sez. un., 4 aprile 2000 n. 97; Corte Giust. CE, 10 maggio 2001 in C-229/99 e C-260/99).

Le decisioni citate hanno concordemente rilevato che l’Ente Fiera di Milano, sorto come comitato agli inizi del secolo ed eretto a persona giuridica di diritto privato nel 1922, ha come scopo risultante dall’atto costitutivo (approvato con r.d. 1 luglio 1922 n. 919) di “provvedere all’attuazione di mostre campionarie e temporanee, in prosecuzione dell’iniziativa fin qui esistente denominata Fiera di Milano”, senza alcuna attribuzione di potestà pubblicitiche.

Secondo la giurisprudenza, il fine così individuato, sebbene inerente ad un bisogno collettivo degli operatori economici (in specie alle esigenze di promozione commerciale dei vari settori della produzione di beni e servizi), non assurge al carattere “non commerciale” richiesto dalla norma comunitaria per la qualificazione come organismo di diritto pubblico: sebbene l’attività fieristica abbia cioè una connotazione di interesse generale, che pure possiedono altre attività economiche di interesse pubblico in senso lato, non può dirsi che il riflesso dell’attività fieristica sul sistema economico giustifichi l’alterazione della sua sostanza commerciale, che resta legata e finalizzata alla promozione ed alla commercializzazione di prodotti e servizi, complementare all’attività produttiva imprenditoriale. I bisogni di interesse generale perseguiti dall’Ente Fiera di Milano, stando al suo statuto, attengono infatti alla sfera dell’economia ed in particolare alla promozione ed allo sviluppo degli scambi commerciali nazionali ed internazionali, poiché mediante la propria attività l’ente soddisfa i bisogni di natura commerciale degli espositori, che beneficiano così della promozione dei beni o dei servizi che espongono, e dei visitatori, che desiderano raccogliere informazioni ai fini di eventuali decisioni di acquisto.

Sotto diverso profilo, la giurisprudenza ha poi rilevato che l’ente fieristico milanese, per quanto non persegua scopi lucrativi, opera secondo criteri di rendimento, di efficacia e di redditività, senza che sia previsto nel suo statuto alcun meccanismo di copertura delle eventuali perdite finanziarie.

Si è perciò concluso per la sottrazione degli appalti affidati dall’Ente Fiera di Milano, sul piano sostanziale, alle regole pubblicitiche di matrice comunitaria e, sul piano processuale, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell’art. 33 del d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e dell’art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205.

2.2. Sulla scorta delle decisioni dianzi richiamate, le difese dell’Ente Autonomo Fiera del Levante e della controinteressata eccepiscono l’inammissibilità del presente gravame per difetto di giurisdizione.

L’eccezione non può essere accolta.

Il Collegio non intende contraddire, in linea di principio, il consolidato orientamento fatto proprio dal Consiglio di Stato, dalla Suprema Corte e dalla giurisprudenza comunitaria in tema di requisiti e caratteri dell’organismo di diritto pubblico. Tuttavia, la negazione della qualifica di amministrazione aggiudicatrice (come tale soggetta alle direttive comunitarie sugli appalti ed alla giurisdizione amministrativa) non può prescindere dalla verifica, in concreto, delle peculiarità statutarie ed operative dell’ente convenuto in giudizio.

Non è in discussione che l’Ente Autonomo Fiera del Levante sia munito di personalità giuridica (è infatti un ente pubblico economico) e che presenti molteplici indici rivelatori della “dominanza pubblica” (organi di nomina pubblica, finanziamento prevalentemente pubblico, controllo pubblico sulla gestione). Viene viceversa posta in dubbio la ricorrenza del terzo requisito necessario per la configurazione dell’organismo di diritto pubblico, ossia il carattere “non commerciale” dei bisogni pubblici che l’ente è destinato a soddisfare.

Al riguardo, la più corretta interpretazione del dettato comunitario depone nel senso che vada assegnato rilievo preminente non già al carattere (industriale o commerciale) dell'attività gestionale posta in essere dall'organismo di cui si discute, bensì avendo riguardo al carattere dell'interesse al cui perseguimento detta attività è teleologicamente ed istituzionalmente rivolta (in tal senso, Corte Giust. CE, 10 novembre 1998, in C-360/96, BFI Holding; da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 19 maggio 2008 n. 2280).

Orbene, a seguito di ordinanza istruttoria n. 52/2008, la difesa dell'Ente Autonomo Fiera del Levante ha depositato agli atti di causa alcuni documenti ed una relazione a firma del presidente dell'ente, da cui si desume, per quel che qui interessa:

1) che l'Ente "Fiera del Levante" fu costituito con r. d. 3 ottobre 1929 n. 1874, ai cui sensi "... E esso ha per iscopo di provvedere all'attuazione di fiere-esposizioni campionarie a carattere internazionale di prodotti agricoli ed industriali, nonché di studiare e promuovere ogni altra iniziativa di carattere analogo che giovi all'economia nazionale nei rapporti specie con gli Stati orientali";

2) che, ai sensi dell'art. 1 del vigente statuto (approvato dalla Regione Puglia il 28.7.2000): "1. L'Ente Autonomo Fiera del Levante, fondato dal Comune, dalla Provincia e dalla Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bari, è costituito in ente pubblico economico avente rilievo internazionale, con sede in Bari. 2. La Fiera del Levante esprime nella sua attività l'indole dei cittadini pugliesi pronti ad aprire le loro città e a prendere il largo in mare portando ovunque i segni della pace, per diffondere, confrontare e scambiare con altri popoli i frutti dell'impresa e del lavoro, la volontà di progresso economico e sociale, la cultura. 3. Scopo istituzionale della Fiera del Levante è quello di curare l'organizzazione e l'esercizio di manifestazioni fieristiche – nonché di tutte le altre attività a queste conseguenti, connesse e collaterali – svolgendo un'attività diretta allo scambio di beni e servizi ed alla loro commercializzazione, con un'organizzazione di tipo imprenditoriale e dietro corrispettivi diretti al recupero dei costi, adottando ogni ulteriore iniziativa utile allo sviluppo dei rapporti, in special modo con gli Stati ed i popoli orientali e del Mediterraneo. 4. L'Ente non ha scopo di lucro nel rispetto del principio del pareggio del bilancio.";

3) che, per esplicita affermazione del presidente dell'ente, contenuta nella relazione depositata agli atti di causa, "...Nel corso degli ultimi 10 esercizi di bilancio, laddove si siano riscontrate perdite di gestione, le medesime sono state ripianate dagli apporti patrimoniali annuali degli Enti fondatori di cui all'art. 4 lettera c) dello Statuto".

Ad avviso del Collegio, si è al cospetto di un soggetto giuridico avente caratteristiche parzialmente diverse dall'ente fieristico milanese, in relazione al quale si è venuto consolidando l'indirizzo interpretativo che ne ha escluso la qualificazione di organismo di diritto pubblico.

In primo luogo, infatti, l'Ente Fiera del Levante è stato destinato, fin dalla sua costituzione, al perseguimento di finalità lato sensu culturali e politiche ("... diffondere, confrontare e scambiare con altri popoli i frutti dell'impresa e del lavoro, la volontà di progresso economico e sociale, la cultura ... adottando ogni ulteriore iniziativa utile allo sviluppo dei rapporti, in special modo con gli Stati ed i popoli orientali e del Mediterraneo", secondo l'odierno statuto), finalità che si sono affiancate al consueto scopo di intermediazione commerciale proprio degli enti fieristici pubblici. E' quindi ben identificabile la destinazione dell'ente, almeno in parte, al soddisfacimento di bisogni non strettamente commerciali o industriali, che addirittura travalicano i confini dell'interesse pubblico nazionale e si collocano nell'alveo della politica estera e della cooperazione internazionale in senso ampio, affrancati da una finalizzazione puramente economica.

Che tali bisogni "non commerciali" coesistano con lo scopo di intermediazione e diffusione, tipico dell'attività fieristica al servizio delle imprese, non costituisce ostacolo alla configurazione dell'organismo di diritto pubblico. In proposito, la giurisprudenza comunitaria ha infatti chiarito che

non è necessario che l'organismo sia destinato a soddisfare in via esclusiva bisogni generali privi carattere commerciale o industriale, ma al contrario è sufficiente che una parte anche minima dell'attività presenti tale qualità, anche se quella residua riveste carattere commerciale o industriale, perché l'ente debba catalogarsi come organismo di diritto pubblico, in ossequio ad esigenze di certezza del diritto ed alla ratio di estendere, nei casi dubbi, le ipotesi di assoggettabilità alle regole dell'evidenza pubblica, a fronte di figure organizzative comunque riconducibili all'ambito pubblicistico (cfr. Corte Giust. CE, 15 gennaio 1998, in C-44/96, Mannesmann). La qualità di organismo di diritto pubblico non dipende in alcun modo dall'importanza relativa che, nell'attività dell'organismo medesimo, è rivestita dal soddisfacimento di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale, risultando piuttosto sufficiente a tal fine che il perseguimento di tale tipologia di bisogno rientri fra i compiti istituzionali dell'ente, anche senza carattere di preminenza (Corte Giust. CE, 10 novembre 1998, in C-360/96, BFI Holding).

La circostanza che nel settore fieristico operino potenziali concorrenti pubblici e privati costituisce un mero indizio della natura privatistica, che non può essere decisivo al fine di escludere l'Ente Fiera del Levante dal novero delle amministrazioni aggiudicatrici soggette alle direttive comunitarie in materia di appalti.

Ed anzi, ritiene il Collegio che tale elemento perda rilevanza a fronte di altra constatazione di segno opposto: sia lo statuto che la relazione a firma del presidente dell'ente rivelano che, secondo prassi normale, le perdite registrate in bilancio vengono ripianate dallo Stato, dalla Regione Puglia e dagli altri enti pubblici fondatori. In relazione a fattispecie analoga, i giudici comunitari hanno concluso per la qualificazione di organismo di diritto pubblico, sulla base di un giudizio prognostico fattuale, sganciato dalla lettera delle previsioni statutarie e dalla forma giuridica societaria: "... Quanto all'argomento che il governo spagnolo basa sul fatto che la SIEPSA svolge le sue attività per uno scopo lucrativo, è sufficiente rilevare che, anche ammesso che le attività della SIEPSA procurino utili, appare escluso considerare che il perseguimento di tali utili costituisce di per sé il primo scopo di questa società. Infatti, dallo statuto di detta società emerge chiaramente che le attività quali l'acquisto di immobili per la creazione di nuovi centri, la promozione e l'esecuzione di lavori di pianificazione e di costruzione o anche l'alienazione di impianti adibiti ad altro uso sono soltanto mezzi che essa utilizza per raggiungere il suo obiettivo principale, consistente nel contribuire alla realizzazione della politica penitenziaria dello Stato. Tale conclusione è corroborata dal fatto che, come ha rilevato la Commissione, senza essere contraddetta dal governo spagnolo, la SIEPSA ha registrato nel corso degli esercizi 1997 e 1998 notevoli perdite finanziarie. Al riguardo occorre aggiungere che, indipendentemente dalla questione se vi sia un meccanismo ufficiale di compensazione delle eventuali perdite della SIEPSA, appare poco probabile che questa debba sopportare essa stessa i rischi economici collegati alla sua attività. Infatti, tenuto conto del fatto che lo svolgimento dei suoi compiti costituisce un elemento fondamentale della politica penitenziaria dello Stato spagnolo, appare verosimile che nella sua qualità di azionista unico detto Stato prenderebbe tutti i provvedimenti necessari al fine di evitare un eventuale fallimento della SIEPSA. In tali circostanze, v'è la possibilità che, in un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, la SIEPSA si faccia influenzare da considerazioni non meramente economiche. Orbene, appunto per ovviare a tale eventualità si impone l'applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici" (così Corte Giust. CE, 16 ottobre 2003, in C-283/00, Commissione c. Spagna).

La circostanza che l'Ente Autonomo Fiera del Levante benefici della copertura delle proprie eventuali perdite di gestione, attraverso contributi dello Stato e di altri enti pubblici, e che sia in tal modo tenuta indenne dal rischio d'impresa, induce a ravvisare il pericolo che l'ente, nella selezione delle ditte appaltatrici, tradisca le regole del mercato concorrenziale affidando le proprie commesse a soggetti individuati in assenza delle garanzie proprie dell'evidenza pubblica.

2.3. Per le ragioni anzidette, deve concludersi che l'Ente Autonomo Fiera del Levante è organismo di diritto pubblico, ai sensi dall'art. 1 – lett. b) della Direttiva 1992/50/CE (oggi sostituito dall'art. 1,

comma 9, della Direttiva 2004/18/CE) e che sussiste, in ordine alla presente controversia, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205 (oggi sostituito dall'art. 244 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163).

3. Nel merito, il ricorso è infondato.

La revoca dell'aggiudicazione provvisoria, disposta dalla stazione appaltante nei confronti della ALFA Benito di ALFA Antonio & C. s.a.s. con provvedimento del 15.2.2006, appare fondata almeno su un capo di motivazione valido, relativo al difetto del requisito di capacità tecnica di cui all'art. 9 – lett. e) del disciplinare d'appalto.

Quest'ultimo, rimasto inoppugnato, obbligava le imprese concorrenti a dichiarare di avere alle dipendenze un numero di addetti specializzati non inferiore a quello indicato al punto 4) delle modalità esecutive contenute nel capitolato d'onere, che a loro volta stabilivano che "... la ditta aggiudicataria si obbliga per tutta la durata dell'appalto a mettere a disposizione un adeguato numero di addetti ai servizi in oggetto dell'appalto, secondo le specifiche richieste che di volta in volta il Servizio gestione del patrimonio inoltrerà con apposito 'ordine di servizio' in relazione alle necessità delle singole manifestazioni, con un massimo di 15 unità".

La lettura combinata delle due disposizioni della lex specialis di gara induce a ritenere che il numero minimo di addetti specializzati fosse proprio pari a 15 unità (ossia pari al numero massimo di addetti impiegabili dall'ente), seppure da mettere a disposizione "a chiamata" e non in modo continuativo, e che tale dotazione dovesse essere dimostrata fin dal momento della presentazione dell'offerta.

La legittimità, per tale parte, dell'esclusione esonera il Collegio dall'esame delle censure svolte avverso l'ulteriore motivazione del provvedimento impugnato.

Per la stessa ragione, la ricorrente risulta priva dell'interesse a dolersi dell'illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata.

4. Del pari infondati sono i motivi aggiunti, mediante i quali la ricorrente contesta gli atti di escussione della cauzione provvisoria.

L'art. 8 del disciplinare di gara fissava in 180 giorni, decorrenti dalla data di presentazione dell'offerta, la validità della cauzione provvisoria. La polizza prodotta dalla società ricorrente, rilasciata dalla UNIPOL Assicurazioni, aveva appunto validità di 180 giorni (cfr. documento n. 7, allegato ai motivi aggiunti). L'escussione avviata dall'Ente Fiera del Levante risulta dunque tempestiva.

Quanto all'asserita scusabilità dell'errore sui requisiti dichiarati in sede di offerta, che secondo la ricorrente precluderebbe l'incameramento della cauzione provvisoria, il Collegio condivide l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'erronea attestazione dei requisiti di partecipazione assume rilevanza oggettiva e, quindi, il relativo inadempimento non tollera ulteriori indagini da parte dell'Amministrazione in ordine all'elemento psicologico ed alla gravità della violazione (Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2002 n. 6768).

5. In conclusione, il ricorso ed i motivi aggiunti sono infondati e devono essere respinti.

Le spese processuali seguono la soccombenza, nei confronti dell'Ente Autonomo Fiera del Levante, e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo; possono essere compensate nei confronti della controinteressata BETA di G. Giovanni s.r.l.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna la ricorrente alla refusione delle spese processuali a favore dell'Ente Autonomo Fiera del Levante, nella misura di Euro 3.000 (tremila) oltre accessori di legge.

Compensa le spese nei confronti della controinteressata BETA di G. Giovanni s.r.l.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 1 ottobre 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Doris Durante, Consigliere

Savio Picone, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/11/2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO