

N. 05385/2011REG.PROV.COLL.
N. 01429/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1429 del 2011, proposto da:

Geg S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Raffaele Bonfiglio, Pierluigi Buzzanca, con domicilio eletto presso Raffaele Bonfiglio in Roma, corso Vittorio Emanuele II 229;

contro

Regione Autonoma La Valle D'Aosta, rappresentato e difeso dall'avv. Gianni Maria Saracco, con domicilio eletto presso Filippo Lubrano in Roma, via Flaminia, 79/A;

nei confronti di

Motorola Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Nino Paolantonio, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;
Bpg Radiocomunicazioni Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VALLE D'AOSTA - AOSTA n. 69/2010, resa tra le parti, concernente

l'annullamento della determinazione del direttore della Protezione Civile

della Regione Autonoma della Valle d'Aosta 3 marzo 2010 n. 793 con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva alla Motorola (in ATI con altre imprese) della gara indetta per la progettazione e realizzazione di una rete radiomobile regionale digitale a standard ETSI-TETRA, nonché la condanna al risarcimento del danno in forma specifica oppure, in subordine, per equivalente.

Visti l'appello principale e i relativi allegati, nonché l'appello incidentale proposto da Motorola S.p.a. in proprio e quale mandataria dell'ATI costituita con BPG Radiocomunicazioni s.r.l.

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Autonoma La Valle D'Aosta e di Motorola Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'ordinanza cautelare 11 marzo 2011 n.1166 di rigetto della istanza di sospensione della sentenza appellata;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2011 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Buzzanca, Lubrano su delega di Saracco e Lentini su delega di Paolantonio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. 16 gennaio 2009 la Reg. Autonoma Valle d'Aosta indiceva una gara (a procedura aperta) per l'affidamento dell'appalto di progettazione e di realizzazione di una rete radiomobile regionale digitale a standard ETSI Tetra da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per un importo a base d'asta di euro 2.125.000,00.

Con determinazione dirigenziale del 3 marzo 2010 n. 793 la gara è stata

aggiudicata al R.T.I. di cui è mandataria Motorola spa (con sede a Milano), classificatasi al primo posto con punti 70,50, mentre al secondo posto si collocava la G:E.G. s.r.l. con punti 69,75.

La G.E.G. srl (con sede a Cene, Bergamo) impugnava in via subordinata l'aggiudicazione definitiva nonché l'intera procedura di gara e la lex specialis in parte qua, chiedendo altresì il risarcimento dei danni in forma specifica oppure in subordine per equivalente, innanzi al T.A.R. Valle d'Aosta che, però, con sentenza 17 novembre 2010 n. 69 lo ha respinto, unitamente al ricorso incidentale della aggiudicataria Motorola (proposto per censurare la mancata esclusione della stessa G.E.G. srl dalla gara).

Quindi con appello notificato il 15 febbraio 2011 la G.E.G. srl ha chiesto che, in riforma della sentenza di primo grado, sia annullata l'aggiudicazione a favore di Motorola spa (con gli atti connessi) con la conseguente condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica (mediante subentro della appellante nell'esecuzione del contratto già stipulato nel settembre 2010) oppure, in subordine, per equivalente nell'importo di euro 204.863,05 (lucro cessante) e di euro 102.431,52 (danno emergente curriculare d'impresa), oltre spese di gara nonché rivalutazione ed interessi, oppure in altro importo reputato di giustizia oppure computato in via equitativa (ai sensi degli artt. 1226 e 2056 cod. civ.) in relazione al pregiudizio economico derivante dalla mancata aggiudicazione; in ulteriore subordine, infine, l'appellante ha chiesto la condanna della stazione appaltante al risarcimento per equivalente da computarsi in applicazione dei criteri prefissati dal giudice di appello.

1.1 Nell'appello la G.E.G. srl ha censurato la sentenza TAR Valle d'Aosta, riproponendo sia le doglianze avverso l'aggiudicazione a Motorola spa sia quelle (subordinate) relative alla illegittimità della intera procedura di gara, già dedotte in primo grado; poi ha puntualmente illustrato il contenuto della domanda di risarcimento del danno in forma specifica oppure, in

subordine, per equivalente monetario; infine ha chiesto la sospensione degli effetti della sentenza appellata.

1.2 Si è costituita in giudizio in data 9 marzo 2011 l'aggiudicataria, che ha puntualmente controdedotto sui motivi dell'appello, osservando, altresì, che, da un lato, la ricorrente aveva rinunciato alla tutela cautelare in primo grado e che, dall'altro, il contratto era stato stipulato fin dall'8 settembre 2010 (come ben sapeva la G.E.G informata in data 9 settembre) ed era, pertanto, in avanzatissimo stato di esecuzione all'epoca della proposizione dell'appello.

1.3 Peraltro la stessa aggiudicataria in data 3 marzo 2011 ha notificato alla G.E.G. srl ed alle altre controparti anche un appello incidentale in cui ripropone censure (volte ad ottenere l'esclusione dell'offerta G.E.G dalla gara) già dedotte con il ricorso incidentale, che la sentenza del TAR aveva respinto unitamente al ricorso principale; con il suddetto appello incidentale la Motorola spa chiede che la sentenza TAR sia riformata in parte qua, dichiarando inammissibile e/o improcedibile il ricorso principale di primo grado per difetto d'interesse.

Si è costituita la Regione Autonoma Valle d'Aosta, che ha puntualmente replicato ai motivi dell'appello principale chiedendone il rigetto, anche a prescindere da alcuni profili di inammissibilità; quanto, poi, all'appello incidentale Motorola, la Regione ne ha chiesto egualmente (vedi costituzione del 5 marzo 2011) il rigetto con la conseguente conferma in toto della sentenza appellata.

Con ordinanza cautelare 11 marzo 2011 questa Sezione ha respinto la domanda di sospensione degli effetti della sentenza.

Con successive memorie ciascuna delle parti ha meglio illustrato le proprie argomentazioni, replicando alle osservazioni avverse.

Alla pubblica udienza del 27 maggio 2011, uditi i difensori presenti come da verbale, la causa è passata in decisione.

2. In diritto, sotto il profilo sostanziale, la controversia concerne l'aggiudicazione a favore del raggruppamento Motorola spa / BPG Radiocomunicazioni srl della gara bandita (nel 2009) dalla Regione Valle d'Aosta per la progettazione e realizzazione di una rete radiomobile regionale digitale a standard ETSI Tetra; aggiudicazione disposta per un importo di euro 1.167.938,00 (con un ribasso del 43,93% sull'importo a base di gara); sotto il profilo processuale, mentre la G.E.G. srl, (seconda classificata) ha proposto appello principale per chiedere (in riforma della sentenza di primo grado) l'annullamento dell'aggiudicazione oppure, in subordine, dell'intera gara, nonché il risarcimento del danno (con articolata domanda sopra dettagliatamente riportata), l'appellata Motorola spa ha proposto appello incidentale per chiedere che, in parziale riforma della sentenza di primo grado sia accolto il ricorso incidentale (già proposto innanzi al TAR Valle d'Aosta) volto ad ottenere l'esclusione dell'offerta della G.E.G. con la conseguente improcedibilità dell'appello principale della G.E.G. srl.

2.1. Pertanto va esaminato prioritariamente l'appello incidentale della Motorola spa, che contesta in capo all'appellante principale lo stesso interesse a ricorrere, e censura la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto infondate le censure dedotte avverso l'ammissione alla gara dell'offerta G.E.G. srl.

L'appello incidentale della Motorola spa va accolto.

In particolare appare fondata la censura di violazione dell'art. 38, lett. B e C, commi 1 e 2 ,Codice dei Contratti pubblici con riguardo alla mancata indicazione dei nominativi degli amministratori con rappresentanza e dei direttori tecnici cessati dalla carica nell'ultimo triennio.

Infatti nel modello di dichiarazione (all. A del Capitolato) presentato nell'offerta l'amministratore delegato della G.E.G. srl fa generico riferimento alla mancanza delle cause di esclusione (di cui al citato art.38)

“nei suoi confronti e nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara”: la dichiarazione, quindi, non consente di individuare i nominativi e le funzioni svolte dai soggetti cessati dalla carica e risulta, pertanto, indeterminata in quanto incompleta di elementi essenziali.

2.2 Né la dichiarazione poteva essere regolarizzata (ai sensi dell'art.46 Codice contratti) mediante integrazione dei dati mancanti: infatti, anche a prescindere dal carattere cogente della disposizione legislativa citata, la lex specialis di gara (par.4 capitolato) prescriveva espressamente che tale dichiarazione (tra le altre) doveva essere inserita a pena di esclusione nella busta A – documentazione amministrativa.

Inoltre la stessa stazione appaltante, in sede di precisazioni preliminari alla presentazione delle offerte, su specifico quesito degli aspiranti offerenti ribadiva che l'assenza delle cause di esclusione in questione doveva essere dichiarata anche per i soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente la pubblicazione del bando.

Tra l'altro la disposizione dell'art.38, comma 2, quanto alla dichiarazione di cui al comma 1 lettera C, chiaramente pone a carico del concorrente l'onere di attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva con le modalità previste dal D.P.R. n.445/2000, nel mentre non ammette situazioni in divenire oppure altri mezzi atipici equipollenti.

2.3 D'altra parte, come rileva l'appellante incidentale, lo stesso comma 3 dell'art. 38 D.lgs. n.163/2006 (nel prevedere che l'amministrazione pubblica acquisisca d'ufficio le informazioni relative alle qualità personali) presuppone l'assolvimento dell'onere da parte dell'interessato della “previa indicazione” ... “degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti”; analogamente la dichiarazione sostitutiva (consentita al comma 2), per risultare conforme ai requisiti fissati dal DPR n.445/2000), deve di necessità contenere gli estremi identificativi dei

soggetti terzi, cui si riferisce, configurandosi altrimenti una vera e propria carenza dell'oggetto della dichiarazione stessa; carenza che non consente di individuare nè la portata liberatoria nei confronti dei terzi, né l'ampiezza della responsabilità del dichiarante in ordine alla veridicità della asserita sussistenza dei prescritti requisiti.

Inoltre per completezza va precisato che, secondo l'orientamento già assunto dalla sezione con più pronunce del 2011, la violazione dell'art.38, lett. C, è configurabile già a causa della mancata osservanza dell'obbligo della relativa dichiarazione, non potendosi attribuire autonoma rilevanza liberatoria alla circostanza che il soggetto (pur in assenza di apposita dichiarazione) sia concretamente in possesso del requisito di moralità prescritto (vedasi Sez.III del 3.3.2011 n.1371 con disamina dei due orientamenti).

Infine, in punto di fatto, va rilevato che la stazione appaltante, comunque, non ha richiesto alcuna integrazione della dichiarazione in questione, incorrendo in una palese violazione della lex specialis (come precisata nei chiarimenti); in conseguenza la indicazione degli amministratori cessati nel triennio precedente è rimasta indeterminata.

3. Alla luce delle esposte considerazioni, quindi, assorbito per economia di mezzi l'esame delle altre censure, l'appello incidentale va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza TAR indicata in epigrafe il ricorso incidentale di primo grado della Motorola spa va accolto con la conseguente esclusione della offerta della G.E.G. srl dalla gara, mentre il ricorso introduttivo della G.E.G. srl va dichiarato inammissibile per carenza di interesse; analogamente anche l'appello principale va dichiarato inammissibile.

Peraltro, considerate le persistenti incertezze giurisprudenziali circa l'ampiezza della prescrizione dell' art. 38, lett.c D.lgs.N.163/2006, sussistono giusti motivi per compensare integralmente le spese di lite per

entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello incidentale. Per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso incidentale proposto in quella sede con la conseguente esclusione della offerta GEG srl dalla gara e l'inammissibilità del ricorso introduttivo di quest'ultima. Dichiaro, altresì, inammissibile l'appello principale.

Spese di lite compensate tra le parti per entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/09/2011

IL SEGRETARIO

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