

N. 02319/2012REG.PROV.COLL.
N. 07556/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7556 del 2010, proposto da:

Ecoter S.r.l., Archidata S.r.l., Cles S.r.l. e Advice S.p.a. in proprio e nelle rispettive qualità di mandataria e mandanti del costituendo raggruppamento temporaneo, rappresentate e difese dagli avvocati Mario Sanino e Laura Palasciano, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

la Regione Campania, rappresentata e difesa dall'avv. Almerina Bove, con domicilio eletto presso Ufficio di rappresentanza della Regione Campania in Roma, via Poli, 29;

nei confronti di

Kpmg S.p.a. in proprio e nella qualità di capogruppo del raggruppamento temporaneo con Meridiana Italia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Terracciano e Vincenzo Barrasso, con domicilio eletto presso Gennaro Terracciano in Roma, largo Arenula, 34;

Meridiana Italia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Renato De

Lorenzo e Marco Antonio Monaco, con domicilio eletto presso l'avv. Ferruccio De Lorenzo in Roma, via Luigi Luciani, 1;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 09649/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI ASSISTENZA TECNICA ALL'IMPLEMENTAZIONE, COORDINAMENTO, ATTUAZIONE E CONTROLLO DEL POR FESR CAMPANIA 2007-2013

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Campania, di Kpmg S.p.a. nella qualità in atti e di Meridiana Italia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2012 il Consigliere di Stato Doris Durante;

Uditi per le parti l'avv. Sanino, l'avv. Marzocchella, per delega dell'avv. Bove, e l'avv. Terracciano, in proprio e per delega degli avvocati De Lorenzo e Monaco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La Regione Campania con bando pubblicato sul BURC n. 48 del 1° dicembre 2008 indiceva una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del "*Servizio di Assistenza Tecnica all'implementazione, coordinamento, attuazione e controllo del POR FESR Campania 2007 – 2013*", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara partecipavano il costituendo raggruppamento con capogruppo Ecoter s.r.l. che riportava il punteggio di 81/100 e il costituendo raggruppamento tra Kpmg s.p.a. e Meridiana Italia s.r.l., al quale veniva

aggiudicato il servizio, avendo riportato il punteggio di 81,90/100.

2.- Ecoter impugnava davanti al TAR Campania il provvedimento di aggiudicazione definitiva, lamentando l'omessa esclusione dalla gara del raggruppamento con capogruppo Kpmg, carente della qualificazione tecnica richiesta dal bando, dei requisiti di fatturato previsti dal punto A6 del disciplinare di gara e di adeguata composizione del gruppo di lavoro.

Si costituivano in giudizio la Regione Campania e il raggruppamento Kpmg – Meridiana Italia che proponeva ricorso incidentale, con cui censurava l'ammissione alla gara del costituendo raggruppamento con capogruppo Ecoter per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) del d. lgv. n. 163 del 2006, in quanto le società del raggruppamento P.A. Advice s.p.a. e Cles s.r.l. non avrebbero prodotto le dichiarazioni di cui al punto A2 del disciplinare di gara, relativamente ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

3.- Il TAR Campania, Napoli, con sentenza n. 9649/2010 del 27 maggio 2010, accoglieva il ricorso incidentale e dichiarava inammissibile il ricorso principale, con condanna di Ecoter e delle altre società del raggruppamento al pagamento delle spese di giudizio.

4.- Ecoter s.r.l. e le altre società del costituendo raggruppamento hanno impugnato la suddetta sentenza di cui chiedono la riforma o l'annullamento perché erronea per vizio *in procedendo* e *in iudicando*.

Si sono costituite in giudizio la Regione Campania, Kpmg s.p.a. e Meridiana Italia s.r.l. che hanno contestato le censure, concludendo per la reiezione dell'appello.

5.- Le parti hanno depositato memorie difensive e, alla pubblica udienza del 17 gennaio 2012, il giudizio è stato assunto in decisione.

6.- L'appello è infondato e va respinto.

7.- L'appellante in via preliminare censura la sentenza del TAR in relazione alla dichiarazione di improcedibilità del ricorso principale a seguito

dell'accoglimento del ricorso incidentale, assumendo che nel caso di gara con due sole partecipanti, vanno esaminati nel merito entrambi i ricorsi, sussistendo l'interesse della ricorrente principale alla ripetizione della gara.

La doglianza è priva di pregio.

Come segnalato dall'Ad. plen. n. 4 del 2011, il ricorso incidentale diretto alla esclusione dalla gara del ricorrente principale - e quindi da esaminare con priorità - priva, se fondato, il ricorrente principale medesimo non già dell'interesse a ricorrere, bensì invece della legittimazione al ricorso, rendendo di conseguenza il ricorso principale inammissibile.

8.- Quanto al merito della controversia, le appellanti assumono che il TAR avrebbe erroneamente accolto il ricorso incidentale proposto da Kpmg in primo grado, in quanto esse avrebbero rispettato tutte le prescrizioni di gara.

La censura è priva di pregio.

La *lex* di gara richiedeva in maniera puntuale (punto A1, punto c, del disciplinare di gara), sanzionando la prescrizione con l'esclusione dalla gara, che i soggetti partecipanti alla gara dovevano attestare *“l'insussistenza delle cause di esclusione dalla partecipazione ai pubblici appalti previste dall'art. 38 del d. lgy. n. 163 del 2006”* anche con riferimento agli amministratori cessati nel triennio antecedente l'indizione della gara.

Sta di fatto che Advice s.p.a. ha omesso di presentare la dichiarazione relativa al c.d. pregiudizio penale del consigliere, amministratore delegato e vice presidente della società fino al 17 gennaio 2007 e dell'amministratore delegato e vicepresidente del consiglio di amministrazione fino alla data del 6 dicembre 2007 e cioè di Nicoletti Altmani Valerio e di Marianna Confessore e la società Cles s.p.a. del medesimo raggruppamento ha omesso di presentare la dichiarazione di cui è causa relativamente al presidente del consiglio di amministrazione Vittorio Ripa di Meana, cessato

dalla carica per decesso avvenuto in data 3 febbraio 2009.

La necessità di produrre la dichiarazione in ordine ai requisiti di ordine generale trova fonte in norma inderogabile dell'ordinamento, con la conseguenza che, qualora la dichiarazione sia omessa o sia incompleta, è del tutto legittima l'esclusione dalla gara del soggetto che non ha reso le dovute dichiarazioni (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 1° aprile 2011, n. 2068; 3862; sez. V, 21 novembre 2011, n. 6136; 21 ottobre 2011, n. 5638; 24 marzo 2011, n. 1782; 25 gennaio 2011, n. 513).

Né può ritenersi escluso tale obbligo per la carica di vicepresidente, la cui funzione si espleta occasionalmente, atteso che ciò che conta è la titolarità del potere e non anche il suo esercizio, in particolar modo quando il soggetto investito della funzione vicaria sia abilitato a sostituire il titolare del potere di rappresentanza in qualsiasi momento della vita sociale e per qualsiasi atto, senza necessità di intermediazione di autorizzazione o investitura ulteriore.

Alla stregua di tali principi non è contestabile che ricorresse l'obbligo di dichiarazione del pregiudizio penale per gli amministratori delegati e vicepresidenti su menzionati, cessati dalla carica nel triennio precedente.

L'obbligo di dichiarazione sussisteva anche per il presidente del consiglio di amministrazione della Cles s.p.a., cessato per decesso.

Come evidenziato dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici con parere n. 75 del 6 marzo 2008, per i defunti la dichiarazione va resa dal legale rappresentante pro tempore (cfr. Cons. Stato, sezione V, n. 7244 del 2009; n. 6114 del 2009).

La omissione della dichiarazione del pregiudizio penale, peraltro insuscettibile di integrazione postuma, in quanto prevista da norma imperativa, attesa la sua funzione di consentire all'amministrazione di verificare *ex ante* il possesso dei requisiti di moralità richiesti, nonché per il rispetto della *par condicio* dei concorrenti, comporta l'esclusione dalla gara

dell'impresa che non abbia reso la dichiarazione.

D'altra parte, la pretesa integrazione non sarebbe possibile, in quanto la dichiarazione, per come formulata, è riferibile solamente al dichiarante, mancando un qualunque riferimento ai soggetti cessati dalla carica

Né la fattispecie potrebbe assimilarsi, come adduce la ricorrente, a quella oggetto della sentenza n. 7524 del 2010 – precedente peraltro isolato, in disparte la circostanza che nemmeno in corso di causa è stata resa dichiarazione o prodotta documentazione relativamente ai requisiti di ordine generale per i soggetti per i quali è stata omessa la dichiarazione.

9.- In conclusione il raggruppamento con capogruppo Ecoter s.r.l. andava escluso dalla gara per violazione dell'art. 38 del d. lgv. n. 163 del 2006, come rilevato nel ricorso incidentale di Kpmg accolto dal TAR, dal cui accoglimento è conseguita la carenza di legittimazione di Ecoter, di cui dà atto la sentenza impugnata, con la pronuncia di improcedibilità del ricorso principale.

Per quanto sin qui esposto, l'appello va respinto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza, nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Condanna Ecoter S.r.l., Archidata S.r.l., Cles S.r.l. e Advice S.p.a. al pagamento in solido tra loro di euro 9.000,00 oltre accessori di legge per spese di giudizio, di cui euro 3.000,00 in favore della Regione Campania, euro 3.000,00 in favore di Kpmg s.p.a. e euro 3.000,00 in favore di Meridiana Italia s.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2012

con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2012

IL SEGRETARIO

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