

N. 02825/2012REG.PROV.COLL.
N. 11119/2000 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 11119 del 2000, proposto dall'ATER – Azienda Territoriale Edilizia Residenziale Provincia di Verona, in persona del legale rappresentante “pro tempore” , rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Manzi e Cesare Righetti, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

Moretti Flavio, rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Ruffo, con domicilio eletto presso la segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13 ; Pasetto Renato e Maurizio s.n.c., Ati Manital - Consorzio per i servizi integrati, Ati Agip Servizi s.p.a.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO –VENEZIA, SEZIONE I, n. 1524/2000, resa tra le parti, concernente GARA APPALTO PER AFFIDAMENTO SERVIZI MANUTENZIONE IMMOBILI;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione in giudizio della ditta appellata Moretti

Flavio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 7 febbraio 2012 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Manzi e Ruffo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1.-Con la sentenza in epigrafe il TAR del Veneto ha accolto il ricorso proposto dalla odierna appellata, ditta Moretti Flavio, contro la deliberazione del Consiglio di Amministrazione (DCA) dell'ATER n. 2 del 10.4.1997, di approvazione dei verbali della Commissione giudicatrice, con conseguente affidamento all'ATI Manital del servizio di manutenzione ordinaria degli alloggi in proprietà e in gestione dell'Azienda.

Il TAR, in particolare, ha giudicato fondata la censura di illegittima ammissione alla procedura del consorzio Manital, in ATI con la s.p.a. Agip Servizi, per violazione della lettera di invito –lettera A), p. 5 –documentazione richiesta. La lettera d'invito prevedeva, a pena di “esclusione automatica dalla gara”, per i consorzi, che venisse presentata, sia da chi avesse la rappresentanza esterna secondo l'atto costitutivo, sia “dai singoli imprenditori consorziati”, “dichiarazione in data non antecedente a mesi tre da quella della gara, resa ai sensi della legge n. 15 del 1968, autenticata nei modi di cui all'art. 20 della legge stessa...che non è stato emesso, nei confronti del dichiarante, provvedimento definitivo di applicazione di una delle misure di prevenzione previste dall'art. 3 della L. 1423/56 e successive modificazioni”.

“Nulla quaestio”, ha affermato il TAR, sulla dichiarazione resa dal soggetto che aveva la rappresentanza esterna del Consorzio. Peraltro, il Consorzio Manital non risulta avere prodotto diverse dichiarazioni di propri consorziati, indicati dalla ditta Moretti nelle proprie difese, inseriti nella

struttura consortile alla data della presentazione della offerta. Il Consorzio Manital, per dar modo all' ATER di verificare la completezza della documentazione richiesta avrebbe dovuto produrre il libro dei soci o, quantomeno, autocertificare l'elenco dei soci presenti alla data della scadenza del bando (21.3.1997 -o meglio, prosegue il TAR, al momento "della effettiva presentazione della domanda - 20.3.1997), il che non è stato fatto, né, e ciò rileva in modo decisivo ai fini dell'ammissione di Manital, è stata presentata la prescritta dichiarazione da parte di tutti i soci in quel momento facenti parte del Consorzio. Consorzio che si è difeso osservando come, con DCA del 19.3.1997, fossero stati esclusi dal Consorzio proprio i soci che non avevano provveduto ad inviare la dichiarazione richiesta dalla lettera di invito: di qui, la regolarità della domanda di Manital.

Il TAR non ha però condiviso le conclusioni del Consorzio Manital rilevando che:

-la DCA 19.3.1997 risulta priva di data certa (secondo quanto disposto dall' art. 2704 c.c.) e quindi non opponibile ai terzi, anche in considerazione del fatto che è stata iscritta nel registro delle Imprese di Torino solo il successivo 22.4.1997 (si veda, in proposito, anche l' art. 2193 c.c.);

-anche accettando la prospettazione del Consorzio Manital il risultato non cambierebbe: infatti, se alla deliberazione si dovesse attribuire valore dalla data in cui essa è stata asseritamente adottata, ciò varrebbe sia per escludere il dovere di presentare le dichiarazioni da parte dei soci usciti dal Consorzio il 19.3.1997, sia per affermare il correlativo dovere di presentarle per i 13 nuovi soci entrati alla medesima data. Comunque si riguardi la questione -ha concluso il TAR sul punto- il Consorzio andava escluso per omessa presentazione della prescritta documentazione.

Il TAR ha poi giudicato fondata la censura sub 4/A) per non avere, il Consorzio Manital, precisato, in sede di gara, quale delle imprese

consorziate avrebbe eseguito i lavori (per non avere individuato l'impresa che "stava in contratto").

1.2.- L'ATER ha chiesto la riforma della sentenza deducendone l'erroneità sotto il profilo della violazione e falsa applicazione della normativa che disciplina la partecipazione dei consorzi alle gara d'appalto per servizi.

1.3.-La ditta Moretti si è costituita, ha puntualmente controdedotto e ha riproposto i motivi di impugnazione dichiarati assorbiti dal TAR nella sentenza.

2.- L'appello è infondato e va respinto. La sentenza non merita le critiche che le sono state rivolte, e questo con specifico e decisivo riferimento alla statuizione della pronuncia che riguarda la violazione del punto 5) –lett. A) della lettera –invito, circa la mancata presentazione della dichiarazione sul possesso dei requisiti di moralità da parte dei singoli imprenditori consorziati.

A questo riguardo, in primo luogo e in via generale va rammentato che, indipendentemente dalla tipologia del consorzio partecipante a una gara (consorzio stabile o consorzio ordinario) , la giurisprudenza ha affermato in diverse occasioni che, quale che sia la natura del consorzio, esso deve dimostrare il possesso dei requisiti generali di tutti i consorziati che vengono individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto (Cons. St. , VI, n. 7380 del 2009, IV, n. 1485 del 2008, IV, n. 3765 del 2007, V, n. 4477 del 2005, CGA Reg. Sic. , n. 712 del 2007). "Tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di pubblici appalti, vuoi in veste di affidatari, vuoi in veste di subaffidatari, vuoi in veste di prestatori di requisiti nell'ambito del c.d. avvalimento, devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006. Il che risponde ad elementari ragioni di trasparenza e di tutela effettiva degli interessi sottesi alle cause di esclusione di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006. Occorre, infatti, che tutti gli operatori economici che, a qualunque titolo,

eseguono prestazioni di lavori, servizi e forniture abbiano i requisiti morali di cui all'art. 38 citato. Se in caso di consorzi tali requisiti andassero accertati solo in capo al consorzio e non anche in capo ai consorziati che eseguono le prestazioni, il consorzio potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti. Per gli operatori che non hanno i requisiti dell'art. 38 (si pensi al caso di soggetti con condanne penali per gravi reati incidenti sulla moralità professionale) basterebbe, anziché concorrere direttamente andando incontro a sicura esclusione, aderire a un consorzio da utilizzare come copertura” (così, più di recente, Cons. St. , VI, n. 3759/10, con riferimento all’art. 38 del d. lgs. n. 163/06, ma con statuizioni la cui “ratio” è estensibile anche a fattispecie come quella all’odierno esame del Collegio (la sesta sezione ha aggiunto che la sopra enunciata regola secondo la quale tutti coloro che prendono parte all'esecuzione di pubblici appalti devono essere in possesso dei requisiti morali può essere considerato un principio di tutela della par condicio, dell'imparzialità ed efficacia dell'azione amministrativa, per cui deve trovare applicazione anche nei contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice. Nei contratti c.d. esclusi – ha proseguito la sesta sezione- può non esigersi il medesimo rigore formale di cui all'art. 38 citato e gli stessi vincoli procedurali, ma resta inderogabile la sostanza, ossia il principio che i soggetti devono avere i requisiti morali, e che il possesso di tali requisiti va verificato”).

Guardando adesso più da vicino al caso di specie, la stessa Marital, ritenendo di conformarsi alla prescrizione della lettere di invito che, come detto, esigeva, a pena di esclusione, dai singoli imprenditori consorziati, la dichiarazione di mancata emissione di provvedimenti ex art. 3 della l. n. 1423 del 1956, aveva presentato le dichiarazioni anzidette in sede di gara: solo che, come puntualmente rilevato dalla ricorrente / appellata e dal TAR, le dichiarazioni erano state presentate in maniera solo parziale non

avendo, Manital, prodotto diverse dichiarazioni di propri consorziati ed essendo così incorsa nella previsione di “esclusione automatica” che la lettera invito, a pag. 6, correla alla “mancanza, incompletezza o irregolarità anche di una sola delle documentazioni richieste”.

A quest’ultimo proposito, diversamente da quanto afferma l’appellante, che insiste nell’attribuire efficacia decisiva, al fine di risolvere la lite, alla DCA datata 19.3.1997 di esclusione proprio dei soci che non avevano provveduto a inviare la dichiarazione richiesta dalla lettera di invito, la DCA di esclusione di alcuni soci, pur riportando la data del 19.3.1997, è da considerarsi priva di data certa riguardo ai terzi, ex art. 2704 cod. civ. , essendo la deliberazione stessa stata inserita nel registro delle imprese soltanto il 22.4.1998, vale a dire dopo l’aggiudicazione, dovendosi rilevare –come fa in modo condivisibile la difesa dell’appellato- che l’art. 2193 cod. civ. preclude, al soggetto obbligato “ex lege” a richiedere l’iscrizione di determinati fatti in appositi registri aventi funzione di pubblicità legale, di opporre ai terzi i fatti medesimi che non siano stati iscritti. E che l’ingresso e l’uscita dei soci costituiscano una modificazione dell’atto costitutivo e, come tali, siano soggetti a iscrizione per gli effetti di cui al citato art. 2193 c. c. , lo si ricava chiaramente dal disposto di cui all’art. 2436 cod. civ. .

Vale aggiungere, in merito al rilievo dell’ATER secondo cui il consorzio Manital avrebbe affermato che i lavori sarebbero stati eseguiti in via esclusiva dalla impresa consorziata Recchia, con la conseguenza che le dichiarazioni prodotte da Manital e dalla impresa esecutrice Recchia erano sufficienti per soddisfare normativa e “lex specialis”, che dal complesso degli atti e documenti prodotti in giudizio non risulta che il consorzio abbia indicato quale delle imprese consorziate avrebbe eseguito i lavori.

In conclusione, la deliberazione di esclusione dei soci appare inopponibile all’appellante sia perché priva di data certa e sia perché non iscritta nel registro delle imprese alla data di svolgimento della procedura.

Sotto una diversa angolazione, anche a voler aderire alla prospettazione dell'appellante; muovendo cioè dal presupposto della validità, efficacia e opponibilità ai terzi della delibera "de qua" sin dal 19.3.1997, lo stesso valore andava allora riconosciuto alla delibera medesima nella parte in cui, con essa, è stato previsto l'ingresso di 13 nuovi soci, per solo sette dei quali risulta essere stata presentata la dichiarazione sui requisiti di moralità, con la conseguenza che, come precisato dal TAR, "il risultato non cambierebbe", dovendosi dare valore alla delibera, dalla data della sua asserita emanazione, per affermare il dovere –inosservato- di presentare le dichiarazioni in questione per i nuovi soci entrati il 19.3.1997.

Il carattere decisivo della suesposta ragione di esclusione di Manital rende inammissibile, per carenza di interesse, il secondo profilo del ricorso in appello proposto, incentrato sulla erroneità del capo di sentenza con il quale è stato giudicato fondato il profilo di censura del ricorso di primo grado sub 4/A).

In conclusione, l'appello va respinto.

Tuttavia, le peculiarità della controversia inducono il Collegio a disporre l'integrale compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 7 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/05/2012

IL SEGRETARIO

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