

REPUBBLICA ITALIANA

N. 375/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 10195 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2007

DECISIONE

sul ricorso in appello numero 10195/2007, proposto da SACECCAV
Depurazioni SACEDE s.p.a., in persona del Presidente e legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avvocati Gianfranco
Garancini e Gabriele Pafundi ed elettivamente domiciliata presso il secondo
in Roma, viale Giulio Cesare n. 14A;

CONTRO

Ecogreen S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli Avv.ti Salvatore e Giuliano Di Pardo, con
domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato;

e nei confronti

della Comunità Montana “Alto Molise”, in persona del Presidente pro
tempore, non costituitasi in giudizio;

PER L'ANNULLAMENTO

della sentenza 7 dicembre 2007 n.835 del Tribunale Amministrativo
Regionale per il Molise con la quale, in accoglimento del ricorso n.312/06
della ECOGREEN s.rl. sono stati annullati gli atti relativi all'appalto del
servizio di gestione tecnico-operativa degli impianti di depurazione delle
acque reflue della Comunità Montana Alto Molise ed è stata disposta
l'aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente quale risarcimento del
danno in forma specifica.

ma

Visto l'appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ECOGREEN”;

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella pubblica udienza del giorno 15 luglio 2008 il consigliere

Roberto Capuzzi, uditi gli avvocati G. Pafundi e G. Di Pardo;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La società per azioni Saceccav Depurazioni Sacede s.p.a. espone quanto segue.

Con bando del 5.12.2005, la Comunità montana “Alto Molise” di Agnone aveva indetto un pubblico incanto per l'affidamento dell'appalto del servizio di gestione tecnico-operativa degli impianti di depurazione delle acque reflue della medesima Comunità, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel bando era allegato il disciplinare di gara il quale, tra le altre cose prevedeva che i concorrenti dovessero inviare il plico per la partecipazione alla gara contenente due buste: la busta A relativa alla documentazione e la busta B relativa alla offerta economica.

Nella prima si dovevano inserire, oltre alla domanda di partecipazione, un insieme di documenti attestanti i requisiti per l'ammissione alla gara, certificati, dichiarazioni sostitutive relative all'assenza di cause di esclusione mentre nella offerta B doveva essere contenuta la offerta economica.

Prendevano parte alla gara 6 concorrenti e risultava aggiudicataria la Saceccav Depurazioni Sacede S.p.A. che già gestiva gli impianti de quibus con punti 98,34, mentre la Ecogreen S.r.l., ricorrente in primo grado, si posizionava al secondo posto.

Con determinazione n.28 del 6 febbraio 2006 il servizio de quo è stato aggiudicato a Saceccav Depurazioni Sacede a.p.a..

Il relativo contratto di appalto è stato sottoscritto il il 24 maggio 2006 con scadenza al 29 febbraio 2008.

Con ricorso al TAR Molise la Ecogreen chiedeva la esclusione dell'aggiudicataria per la illegittimità della documentazione amministrativa dalla stessa prodotta ed in subordine chiedeva l'annullamento dell'intera gara.

Ed invero la Ecogreen asseriva nel ricorso:

- 1) l'invalidità della dichiarazione sui requisiti di moralità degli amministratori cessati dalla carica;
- 2) l'omessa e l'inesatta dichiarazione sui requisiti di moralità degli amministratori in carica, di quelli cessati dalla carica e dei procuratori;
- 3) il mancato impegno a prestare la cauzione definitiva;
- 4) la tardività della domanda di partecipazione.

Con specifico riguardo al motivo dedotto sub 1), la società Ecogreen contestava la violazione dell'art. 75, 2° comma, lett. c) del D.P.R. 21.12.1999, n. 554, che prescrive la sussistenza dei requisiti di moralità anche in capo ai soggetti cessati dalla carica di amministratore munito dei poteri di rappresentanza e di direttore tecnico nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, nonché la violazione del bando stesso,

nella parte in cui questo richiama la predetta disposizione e del disciplinare, laddove esso richiede sul punto la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 28.12.2000, n. 445, ed infine la violazione di quest'ultima disposizione, che comporta l'assunzione, in capo al dichiarante, di responsabilità in ordine alla veridicità del contenuto della dichiarazione medesima.

La ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno subito per effetto dell'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata mediante assegnazione alla stessa del servizio oggetto dell'affidamento, ed in subordine per equivalente.

Con sentenza n.835/2007 il TAR Molise ha accolto il ricorso disponendo la aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente ECOGREEN s.r.l. quale risarcimento in forma specifica.

Il TAR Molise ha altresì affermato che, “caducato” il contratto tra la Comunità Montana e Saceccav Depurazioni Sacede s.p.a. il servizio poteva essere attribuito, quale risarcimento in forma specifica alla Ecogreen s.r.l. per tutta la sua durata, con decorrenza ex novo dalla sentenza, disponendo “la aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente quale risarcimento in forma specifica.”

La Saceccav s.p.a. impugna la sentenza per motivi attinenti alla giurisdizione in quanto la stessa avrebbe travalicato i poteri del giudice amministrativo adottando un provvedimento di amministrazione attiva ed eludendo le norme di legge sull'affidamento dei contratti della pubblica amministrazione.

La sentenza viene altresì impugnata per violazione e falsa applicazione di legge (art. 75, lettera c) del d.p.r. n.554/1999 allora vigente) là dove pretende di estendere la richiesta della dichiarazione di non avere subito condanne penali passate in giudicato a qualsiasi soggetto che abbia avuto poteri di rappresentanza anche solo speciali ed occasionali.

In terzo luogo la sentenza n.835/2007 del TAR viene impugnata per violazione dell'art.30 della legge n. 109/1994 e per travisamento e falsa rappresentazione dei fatti là dove afferma che Sacceccav non ha presentato un impegno a rilasciare cauzione definitiva o lo ha presentato in forma del tutto invalida.

Inoltre Sacceccav censura i motivi non esaminati dal primo giudice.

Censura infine la Sacceccav il vizio di ultrapetizione della sentenza.

Si è costituita con appello incidentale la Ecogreen s.r.l. sostenendo la infondatezza dell'appello sia in relazione allo accoglimento della censura relativa alla dichiarazione sui requisiti di moralità degli amministratori in carica, di quelli cessati dalla carica e dei procuratori legali rappresentanti ex art 19 e 20 dello Statuto sociale, sia in ordine alla presunta erronea aggiudicazione dell'appalto in favore della medesima, quale risarcimento in forma specifica.

Sono state depositate numerose memorie difensive.

La causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione all'udienza del 15 luglio 2008.

DIRITTO

1 - La questione all'esame della Sezione concerne l'ammissione della Sacceccav Depurazioni Sacede S.p.A. alla gara per l'affidamento dell'appalto

del servizio di gestione tecnico-operativa degli impianti di depurazione delle acque reflue della Comunità montana "Alto Molise" per un periodo di due anni.

Con determinazione n. 28 del 6 febbraio 2006 il servizio de quo veniva aggiudicato alla sopradetta Saceccav ed il relativo contratto di appalto veniva sottoscritto il 24 maggio 2006 con scadenza al 29 febbraio 2008.

Ecogreen, essendosi posizionata al secondo posto, aveva prodotto ricorso al TAR Molise che, con sentenza n.835/2007 depositata il 7 dic. 2007, accoglieva il motivo relativo alla carenza della dichiarazione in ordine ai requisiti di moralità prescritti dal bando di gara in capo alla Sacceccav con l'effetto che quest'ultima doveva essere esclusa dalla gara e l'appalto andava aggiudicato alla Ecogreen.

2.Con il primo motivo di appello la appellante sostiene il difetto di giurisdizione del TAR Molise nella parte in cui la sentenza ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto in forma specifica prevedendo che lo stesso appalto, annullata la aggiudicazione e caducato il relativo contratto stipulato con la appellante, dovesse essere attribuito alla ECOGREEN per tutta la durata biennale con decorrenza ex novo dalla sentenza.

La sentenza viene poi impugnata per violazione e falsa applicazione di norme di legge (art.30 della legge n.109/1994 oggi art.75 comma ottavo del d.lgs n.163/2006) e per travisamento e falsa applicazione dei fatti là dove afferma che Sacceccav Depurazioni Sacede s.p.a. non ha presentato un impegno a rilasciare cauzione definitiva o lo ha presentato in forma del tutto invalida.

La sentenza viene altresì impugnata per violazione e falsa applicazione di legge là dove pretende di estendere la richiesta della dichiarazione di non avere subito condanne penali passate in giudicato a qualsiasi soggetto abbia o abbia avuto poteri di rappresentanza anche soltanto speciali .

La appellante ha esaminato altresì, per confutarle, le ulteriori censure dedotte dalla ricorrente in primo grado.

3. Tanto premesso la Sezione ricorda che l'ordine di esame da parte del giudice delle censure non può prescindere dal principio dispositivo che regola il processo amministrativo e determina la necessità di esaminare prima le censure al cui accoglimento derivi un qualche effetto soddisfacente delle pretese del ricorrente (Cons. Stato, VI 25.1.2008 n.213).

Tale precisazione si impone in relazione alla sopradetta eccezione di difetto di giurisdizione per una capo della gravata sentenza, nella parte in cui la stessa ha disposto, a seguito dello annullamento della aggiudicazione, la esecuzione in forma specifica del contratto a favore della Ecogreen.

Ed invero come si vedrà l'annullamento delle forme di ristoro disposte a favore della società Ecogreen pronunziate dal primo giudice non determinerebbe alcun vantaggio alla società.

4. Venendo al merito delle censure la appellante si duole che erroneamente il giudice di prime cure avrebbe interpretato la polizza fideiussoria ed in particolare le condizioni generali di assicurazione relative alla cauzione provvisoria rilasciata da Royal & Sunalliance a favore di Sacecav Depurazioni Sacede s.p.a. e che erronea sia la conclusione alla quale lo

stesso è pervenuto, che non esisteva alcun valido impegno della società assicuratrice a prestare la cauzione definitiva.

Tale doglianza merita accoglimento.

Nella prima pagina della polizza è dattiloscritta la seguente formula:

“Condizione particolare: la Società si impegna a rilasciare in caso di aggiudicazione dell'appalto, a richiesta del concorrente, una cauzione definitiva, in favore dell'amministrazione aggiudicatrice valida fino alla data di ultimazione del contratto.”

Come esattamente rilevato dall'appellante una condizione particolare successiva deroga ad una condizione generale con l'effetto che con l'impegno specifico di cui alla prima pagina della polizza l'assicuratore si è obbligato a derogare alle condizioni generali di cui alla seconda pagina.

Tale considerazione vale anche per l'altra clausola generale relativa alla discrezionalità del rilascio in quanto anche qui vale il principio che la clausola posteriore con la quale l'assicurazione si impegnava al rilascio era utile a far superare la clausola generale di stile.

5. Infondato è invece il motivo d'appello relativo alla dichiarazione sui requisiti di moralità degli amministratori in carica, di quelli cessati dalla carica e dei procuratori legali rappresentanti ex art. 19-22 dello Statuto sociale.

La appellante sostiene la erroneità della sentenza là dove prevede di estendere la richiesta della dichiarazione di non avere subito condanne penali passate in giudicato a qualsiasi soggetto abbia o abbia avuto poteri di rappresentanza.

Secondo la appellante il procuratore ad negotium di Saccecav Depurazioi Sacede s.p.a. ing. Isoppo ha infatti rilasciato tutte le dichiarazioni previste dal disciplinare di gara, sia quelle che lo riguardavano direttamente, sia quelle relative alla Società ed agli amministratori e legali rappresentanti allora in carica e cessati ed, inoltre, anche i direttori tecnici hanno rilasciato, per parte loro, le dichiarazioni riguardanti la loro moralità imprenditoriale.

6. Al riguardo si osserva che la ratio della norma posta dell'art. 75 co. 2 lett. C del d.p.r. 554/99 risiede nella esigenza di verificare la affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico che andrà a stipulare il contratto di appalto con la stazione appaltante e dunque il possesso dei requisiti di moralità in capo ai soggetti dotati di potere di rappresentanza e che, conseguentemente, sono in grado di manifestare all'esterno la volontà dell'azienda con la quale si andrà a stipulare il contratto.

Come è stato di recente sottolineato dalla Sezione prendendo spunto dal decreto legislativo n.163 del 2006, sostitutivo dell'art. 75 del dpr n.554 del 1999 e dell'art. 17 del d.p.r. n.34 del 2000, la volontà del legislatore è quella di assumere come destinatari delle relative disposizioni tutte le persone fisiche che, essendo titolari di poteri di rappresentanza della persona giuridica, sono in grado di trasmettere, con il proprio personale comportamento, la riprovazione dell'ordinamento al soggetto rappresentato, salvo che quest'ultimo non abbia manifestato una decisiva e chiara dissociazione dal comportamento del proprio rappresentante (Cons. Stato, V, 15 gennaio 2008 n.36).

La norma si riferisce ai legali rappresentanti, direttori tecnici ed amministratori muniti di poteri di rappresentanza, ai direttori tecnici cessati dalla carica nel triennio antecedente. Si riferisce anche agli institori atteso che, ai sensi dell'art. 2203 cod. civ., l'institore è colui che è preposto dal titolare all'esercizio di impresa commerciale con posizione corrispondente a quella di un vero e proprio amministratore munito di poteri di rappresentanza, cosicchè deve essere annoverato tra i soggetti tenuti alla dichiarazione in parola (Cons. Stato Sez. V, n.36/2008 cit.).

Inoltre non è solo il rapporto che, in concreto, i singoli rappresentati avranno con la PA a determinare l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti di moralità ma siffatto obbligo sorge dalla necessità di dovere dimostrare l'affidabilità dell'intera impresa che entrerà in rapporto con l'Amministrazione.

Diversamente non avrebbe alcun senso l'obbligo imposto ai soggetti cessati dalla carica di dimostrare i requisiti di moralità atteso che gli stessi non hanno più modo di entrare in contatto con la stazione appaltante.

Peraltro conta la titolarità del potere e non anche il suo concreto esercizio tanto più quando lo stesso statuto abilita il soggetto a sostituire in qualsiasi momento e per qualsiasi atto il titolare principale della rappresentanza senza intermediazione od investitura ulteriore e, sostanzialmente, senza controllo sulla effettività dell'impedimento e della assenza (Cons. Stato, V, n.36/2008, cit.).

7.Nel caso in esame il disciplinare di gara alla voce "A Documentazione" al punto 3 richiedeva espressamente, a pena di esclusione, la dichiarazione sostitutiva ex DPR n.445/00 ed in particolare prescriveva di dichiarare

“indicandoli specificatamente, di avere tutti i requisiti di ordine generale previsti nel bando di gara”.

Il modello di dichiarazione sostitutiva allegato al disciplinare, all’ultima pagina conteneva delle note di compilazione della domanda e dichiarazione a corredo della domanda e dell’offerta (pag.9) in cui precisava che “La domanda e dichiarazione...devono essere rese anche dai soggetti previsti dall’art.75 co.1, lett. b) e c) del d.p.r. n.554/99”.

Pertanto, come esattamente rilevato dall’appellata, la domanda e le dichiarazioni di cui ai punti b), c), d) e) ed f) del disciplinare dovevano essere presentate dagli amministratori muniti di poteri di rappresentanza, dai direttori tecnici, nonchè dai direttori tecnici cessati dalla carica nel triennio antecedente.

La SACCECAV non ha dimostrato, in sede di gara, per tutti i soggetti dotati di poteri di rappresentanza i richiesti requisiti di moralità.

Relativamente agli amministratori cessati dalla carica Marzio Ferraglio, Rinfranco Verdelli, Edgardo Carimati, Carlo Fumagalli, la dichiarazione è stata resa in maniera incompleta, esclusivamente in relazione al precedente punto c) relativo alla assenza di condanne penali e non anche per le dichiarazioni di cui ai punti b), d), e), ed f) così come richiesto dalle note di compilazione della domanda e dichiarazioni a corredo della domanda e dell’offerta laddove si precisava ulteriormente: “La domanda e dichiarazione di cui ai punti b), c), d) e) ed f) devono essere rese anche dai soggetti previsti dall’art. 75 co.I, lettera b) e c) del d.p.r. 554/99.”

Manca la dichiarazione sui requisiti di moralità dell’amministratore delegato Marzio Ferraglio, confermato consigliere di amministrazione il 16.12.2006 e

già amministratore delegato, confermato con atto del 22.12.2005 con i più ampi poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione.

Inoltre, poiché i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione competono collegialmente agli amministratori componenti il Consiglio di Amministrazione e quindi anche la legale rappresentanza era delegabile ad uno o più amministratori, la dichiarazione doveva essere presentata dai singoli componenti il consiglio di amministrazione mentre nel caso di specie mancano quelle dei consiglieri Moschin, Tamburini e Silveri.

Ancora ai sensi degli artt. 19 e 22 dello Statuto della società risulta essere stata attribuita dal Consiglio di Amministrazione la rappresentanza processuale e sostanziale della società ad altri direttori e procuratori (Tiberi, Correda Verdelli).

Nel caso di specie non sono state prodotte le dichiarazioni di riferimento ai suddetti procuratori muniti di ampi poteri di rappresentanza.

D'altro canto se è vero che la ratio legis dell'art. 75 di cui sopra porta ad escludere dalla partecipazione alla gara di appalto le società in cui abbiano commesso gravi reati i soggetti che nella società abbiano un significativo ruolo decisionale e gestionale e che dunque è necessario avere riguardo più alle funzioni sostanziali del soggetto, che alle qualifiche formali, altrimenti tale ratio legis potrebbe venire agevolmente elusa (Cons. Stato, VI n.523 dell'8.2.2007), non può non rilevarsi che nel caso in esame gli artt.19 e 22 dello Statuto della società appellante attribuiscono ai procuratori speciali un amplissima gamma di poteri sia sostanziali che processuali come si evince dall'atto di visura camerale del 20.3 2006 allegato agli atti di causa e puntualmente richiamato nella sentenza in primo grado.

Pertanto andava presentata anche per tali procuratori la dichiarazione circa la insussistenza di cause ostative di natura morale,

8. Nè è censurabile la sentenza appellata là dove ha stigmatizzato la inadeguatezza della dichiarazione sostitutiva prodotta dall'Ing. Isoppo ex DPR 445/2000 relativa agli amministratori e direttori tecnici cessati dalla carica, ritenuta dal primo giudice priva di qualsiasi valore giuridico in quanto non attestante l'assenza di condanne in capo ai soggetti cessati dalla carica.

In effetti il dichiarante, benchè abbia sostenuto di essere consapevole delle sanzioni penali nel caso di dichiarazioni mendaci e falsità di atti, nell'affermare l'assenza di sentenze di condanna passate in giudicato e/o pronunzie emesse ai sensi dell'art.444 c.p.p. a carico dei soggetti cessati dalle cariche sociali nell'ultimo triennio, ha inserito ulteriormente la seguente puntualizzazione: " per quanto a nostra conoscenza".

Tale puntualizzazione, come giustamente osservato dal giudice di prime cure, rende del tutto priva di valore e tamquam non esset la dichiarazione rilasciata, ponendosi in contrasto con le norme in materia di dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà di cui al DPR 28.12.2000 n.445 venendo a mancare una vera e propria assunzione di responsabilità insita invece in tale tipo di dichiarazione ed alla base dell'affidamento che è chiamata a riporvi la Amministrazione.

9. In conclusione l'assenza e/o lacunosità delle dichiarazioni in parola relative ai requisiti di moralità, richieste a pena di esclusione dal bando e dal disciplinare non poteva che comportare la esclusione dalla gara della

appellante e la sentenza del giudice di primo grado in parte qua deve essere confermata.

10. Quanto alle censure relative al difetto di giurisdizione in quanto la sentenza appellata avrebbe stravolto principi pacifici in materia disponendo un risarcimento in forma specifica per un periodo ulteriore rispetto a quello previsto dalla gara, le stesse, pur in astratto condivisibili, in relazione alla concreta posizione della società Saccecav, sono del tutto inammissibili.

E' pur vero, anche alla luce della sopravvenuta decisione dell'Adunanza Plenaria n.9 del 30 luglio 2008, che al giudice amministrativo è inibito di pronunciarsi sulla esecuzione in forma specifica in una gara di appalto in quanto incidendo tale risarcimento sul contratto e quindi sulla fase negoziale del rapporto e sui diritti soggettivi ad esso connessi, la materia rimane estranea ai poteri giurisdizionali amministrativi e la giurisdizione in materia, sulla base dei fondamentali principi costituzionali di cui all'art. 103 Cost., spetta al giudice ordinario.

Cionondimeno, nel caso che occupa, la appellante, che non può vedersi aggiudicato l'appalto per incompleta dichiarazione dei requisiti di moralità, non può censurare il capo della sentenza del primo giudice nemmeno sotto il profilo delle violazioni delle regole di concorrenza.

Invero l'appellante non è legittimata a dolersi delle modalità con le quali il giudice di primo grado ha ritenuto di disporre il risarcimento a favore della impresa illegittimamente esclusa in sede di tardivo ristoro connesso alla mancata aggiudicazione dell'appalto, mancando dell'ineffettibile presupposto rappresentato dall'interesse ad agire.

Si aggiunga che la medesima appellante, rimasta medio tempore aggiudicataria dell'appalto, a seguito della stipula del relativo contratto ha avuto modo di dare pressochè integrale esecuzione al servizio di gestione degli impianti fognari dei Comuni della Comunità Montana oggetto dell'appalto e che Ecogreen ha nelle more stipulato un nuovo contratto per la gestione dell'appalto di che trattasi .

7. In conclusione l'appello non merita accoglimento .

Tuttavia in relazione alla particolarità delle questioni trattate sussistono motivi del compensare spese ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello.

Compensa spese ed onorari.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 15 luglio 2008 con l'intervento dei signori:

Domenico La Medica	-	Presidente
Claudio Marchitello	-	Consigliere
MARZIO BRANCA	-	Consigliere
Giancarlo Giambartolomei	-	Consigliere
Roberto Capuzzi	-	Consigliere rel. est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Roberto Capuzzi

F.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

F.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....26/01/09.....

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

IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi