

N. 04815/2013REG.PROV.COLL.
N. 03655/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3655 del 2013, proposto da:

Cogip Infrastrutture S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, 11;

contro

Padana Interventi S.r.l., in proprio e quale mandataria Rti, rappresentato e difeso dall'avv. Pierluigi Piselli, con domicilio eletto presso Pier Luigi Piselli in Roma, via G. Mercalli, 13; Rti-Divisione Cantieri Stradali S.r.l., Impresa Costruzioni Geom.Dario Zuddas in proprio e quale mandataria Rti, Rti-L&C Lavori e Costruzioni S.r.l., Rti-Cgs S.p.a., Emi Strade e Consolidamento S.r.l., in proprio e quale mandataria Rti, Rti-Delta Costruzioni S.r.l., Impresa di Costruzioni Edil 2000 S.r.l., in proprio e quale mandataria Rti, Rti-Safital Srl, Alga S.p.a., in proprio e quale mandataria Rti, Rti-Csa S.r.l.; Autostrada dei Fiori S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Bormioli, Mariano Protto, con domicilio eletto presso Mariano Protto in Roma, via Cicerone, 44;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA - GENOVA: SEZIONE II n. 00494/2013, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di adeguamento sismico mediante sostituzione di cerniere, giunti e appoggi dei viadotti "Oliveto I, Oliveto II e Prino".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Padana Interventi S.r.l., in proprio e quale mandataria Rti e di Autostrada Dei Fiori S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2013 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Pellegrino, Vagnucci, per delega dell'Avv. Piselli, e Protto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il presente appello la Cogip Infrastrutture s.p.a., originaria aggiudicataria provvisoria, e ricorrente incidentale in primo grado, impugna la sentenza in forma semplificata con cui il TAR Liguria, previo il rigetto del suo ricorso incidentale, ha accolto il ricorso principale della controinteressata Padana Interventi spa ed in conseguenza ha annullato la mancata esclusione dalla selezione di una terza partecipante Alga s.p.a., in esito alla quale è stata poi ricalcolata la soglia di anomalia.

Il ricorso è affidato alla denuncia dell'erroneità della decisione rispettivamente nella parte in cui il TAR respinge il ricorso incidentale, ritenendo legittime le esclusioni delle altre tre concorrenti; e nella parte in cui ha ritenuto fondato le argomentazioni della Padana Interventi.

La Società Autostrada dei Fiori S.p.a. (Autofiori) si è costituita in giudizio e con le due memorie del 7 e del 26 giugno 2013:

-- ha riproposto l'eccezione d'inammissibilità sollevata in primo grado in

linea preliminare, chiedendo quindi la riforma della sentenza;

-- ha contestato le censure di merito di COGIP relative all'illegittimità della mancata esclusione delle altre tre concorrenti;

-- ha infine confutato la parte della sentenza condividendo le censure di COGIP relative all'erroneità dell'accoglimento delle doglianze sul RTI Alga.

Si è costituita in giudizio la Padana Interventi, che, con analitica memoria per la discussione, ha contrastato tutte le argomentazioni della Cogip: ha contestato la riproposizione dell'eccezione d'inammissibilità del suo ricorso in primo grado, introdotta dalla Società Autofiori concludendo per l'integrale conferma della decisione impugnata.

Con memoria per la discussione l'appellante ha replicato agli scritti difensivi delle controparti.

Chiamata all'udienza pubblica, uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata ritenuta in decisione.

L'appello è infondato.

___1.§. Nell'ordine logico delle questioni deve essere esaminata preliminarmente l'eccezione -- che il Tar non ha esaminato -- con cui Autofiori assumeva l'inammissibilità del ricorso di primo grado per la mancata notifica dello stesso al Ministero delle Infrastrutture, al quale -- ai sensi dell'articolo 11, V° comma della legge n. 498/1992 -- avrebbe dovuto essere ricondotta la nomina della commissione permanente di cui al Dm n.221 del 2 luglio 2012. Tutte le operazioni della Commissione di valutazione delle offerte, di determinazione della soglia di anomalia e di individuazione dell'aggiudicataria provvisoria avrebbero dovuto essere ricondotte al Ministero.

L'eccezione è ammissibile ma infondata.

Contrariamente a quanto afferma la Padana Interventi nella sua memoria, l'eccezione di prime cure è stata ritualmente riproposta ai sensi dell'articolo

101, 2° co. c.p.a., in quanto risulta introdotta con una memoria tempestivamente depositata nel termine.

Nel merito si deve annotare che la fattispecie non si differenzia dai casi ordinari, nei quali la Commissione di gara, una volta terminato il proprio compito, rimette gli atti alla stazione appaltante per i conseguenti adempimenti.

Nel caso, come è per la generalità delle stazioni appaltanti, solo Autofiori aveva il potere di approvare o meno l'operato della Commissione, e quindi poteva non ratificare, o comunque rettificare, gli esiti della gara.

Anche nel caso, dunque, secondo le regole generali, l'attività istruttoria della Commissione di gara è del tutto priva di rilevanza esterna, e comunque viene approvata e trasfusa nel provvedimento finale di aggiudicazione della procedura di gara adottata dalla stazione appaltante Autofiori ai sensi dell'art. 11, 5° co., del d.lgs. n.163/2013.

Né l'articolo 11, 5° co, lett. f) della legge 498/1992, per cui “...f) *nei casi di cui alle lettere c) e d), le commissioni di gara per l'aggiudicazione dei contratti sono nominate dal Ministro delle infrastrutture.*”, muta la natura ausiliaria della commissione di gara, la quale è e resta, anche in tal caso, un organo straordinario di Autofiori.

La facoltà del concessionario di nominare la commissione di gara, è una limitazione della sua sfera di autonomia, che deve, infatti, essere ricondotta ad una forma indiretta di “*controllo collaborativo*” dell'attività, che come tale è, dunque, riconducibile ad una funzione ontologicamente differente dall'amministrazione attiva.

Pertanto deve dunque del tutto escludersi:

- sia che, nella fattispecie in esame, si possa configurare una qualsiasi forma di attività amministrativa associata, o di concerto, o di intesa tra Ministero e concessionario; e
- sia che il Ministero possa essere configurato in termini di

“Amministrazione co-emanante”, come vorrebbe Autofiori nella sua memoria.

In definitiva dunque il ricorso proposto contro i risultati di una gara non deve essere notificato:

-- né alla commissione medesima (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III 12 aprile 2012 n. 2082; Consiglio Stato sez. IV 30 dicembre 2003 n. 9153);

-- né, in caso di Commissione di gara nominata ai sensi dell'art. 11, V co, lett. f) della legge 498/1992, al Ministero delle Infrastrutture, che non può essere configurato come contraddittore processualmente necessario.

L'eccezione va dunque respinta ed il ricorso di primo grado era ammissibile.

— 2.§. Con il primo motivo l'appellante Cogip Infrastrutture s.p.a. lamenta l'erroneità della sentenza impugnata, nella parte in cui, richiamando indebitamente il principio del *favor participationis*, ha ritenuto che:

-- non sussistesse alcuna omissione della produzione dell'attestazione con cui si richiedeva ai concorrenti l'effettuazione di una verifica della disponibilità della manodopera necessaria per l'esecuzione dei lavori, nonché della disponibilità di attrezzature adeguate all'entità, tipologia e categoria degli stessi;

-- che, in ogni caso, la stazione appaltante avrebbe potuto inserire una clausola di interesse alla stazione appaltante del contratto.

Al contrario, per Cogip, la Padana Infrastrutture avrebbe invece dovuto essere esclusa, perché, in luogo di presentare l'attestazione richiesta, avrebbe riprodotto la identica frase del disciplinare di gara con un mero “taglia e incolla”.

Il Tar avrebbe confuso tra oneri dei concorrenti nell'ambito della procedura d'evidenza pubblica e gli oneri del successivo aggiudicatario. L'ambito della disciplina di gara riguarderebbe tutti i concorrenti per cui la controparte non avrebbe fornito la prova -- richiesta pena di esclusione -- della serietà

dell'offerta connessa alla produzione di un'attestazione impegnativa relativa al possesso della forza lavoro e dei mezzi adeguati alla particolare opera.

Si sarebbe trattato di una produzione tipicamente concernente la fase di gara che non avrebbe potuto essere surrogata con il contenuto del futuro contratto.

L'assunto va respinto.

Contrariamente a quanto vorrebbe l'appellante, la dichiarazione circa la disponibilità della manodopera necessaria e delle attrezzature adeguate non ha rilievo "civile o penale".

Tali dichiarazioni infatti non attengono alla dimostrazione dell'effettivo possesso dei requisiti di qualificazione relativi alla manodopera ovvero alla disponibilità delle attrezzature all'uopo necessari, in quanto sul piano della qualificazione il possesso dei medesimi è necessariamente ricompreso ed assorbito nella qualificazione rilasciata dalla SOA.

Né si è in presenza di "clausole negoziali" di gara in senso stretto del bando — cioè di quelle concernenti la futura prestazione -- in quanto esse non attengono, ad esempio, né alle ipotesi nelle quali si richiede ai concorrenti una dichiarazione di accettazione di obblighi straordinari connessi con individuate difficoltà di carattere esecutivo (es. l'obbligo di particolari modalità di custodia dei luoghi per la presenza di violente contestazioni), né a deroghe di norme tecniche europee o nazionali ex art. 68, né all'imposizione dell'utilizzo di materiali rari, particolari o pericolosi; né si impone il raggiungimento di determinati standard, di carattere tecnico o prestazionale, al di fuori dell'ordinario, ecc. .

La prescrizione de qua è invece sostanzialmente riconducibile alle c.d. clausole di "presa di conoscenza" delle speciali difficoltà dell'esecuzione o delle peculiari condizioni locali, o comunque della ricorrenza di circostanze che potrebbero influire negativamente sull'esecuzione dell'opera.

Esse quindi non rilevano realmente ai fini del futuro impegno negoziale del

RTI concorrente ad eseguire l'appalto con prestazioni conformi al disciplinare.

Si tratta di disposizioni che pongono un dovere esclusivamente cognitivo a carico all'impresa partecipante (cfr. Consiglio di Stato sez. V 17 maggio 2012 n. 2819).

Nel caso la richiesta è diretta ad indurre la piena consapevolezza del concorrente circa le possibili indisponibilità di manodopera qualificata e delle attrezzature necessarie.

E' evidente a tal proposito la finalità di tutelare la stazione appaltante, precludendo all'esecutore la possibilità di invocare l'indisponibilità di lavoratori specializzati come causa di forza maggiore, ovvero la richiesta di proroghe per ritardi non imputabili; o ancora di pretendere ulteriori integrazioni economiche del rapporto contrattuale.

Ciò premesso in generale, appare comunque risolvete, nel caso in esame, il fatto per cui non può nemmeno dirsi che la dichiarazione sia mancata del tutto.

Come esattamente ricordato dalla stessa appellata, la Padana Interventi nella parte introduttiva della medesima dichiarazione aveva testualmente dichiarato "*... di aver esaminato gli elaborati progettuali, compreso il computo metrico, di essersi recata sul luogo di esecuzione dei lavori, di aver preso conoscenza delle condizioni locali della viabilità di accesso, delle cave eventualmente necessari delle discariche autorizzate, nonché di tutte le circostanze generali e particolari compresi gli oneri per la sicurezza dei lavoratori dei cantieri, suscettibili di influire sulla determinazione dei prezzi, sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione dei lavori...*".

Nel periodo immediatamente seguente però la Padana in luogo di dichiarare "*... di aver effettuato una verifica della disponibilità della manodopera necessaria per l'esecuzione di lavori...*" aveva meccanicamente riprodotto la frase del disciplinare per cui "*La medesima dichiarazione dovrà altresì contenere l'attestazione di aver effettuato una verifica della disponibilità della manodopera*

necessaria per l'esecuzione dei lavori, nonché della disponibilità di attrezzature adeguate all'entità, tipologie categoria degli stessi".

E' evidente che, per un mero *lapsus calami*, in sede di redazione della dichiarazione non era stata fatta la corretta parafrasi del disciplinare di gara. Tuttavia, a tal riguardo, si deve ricordare che – proprio per la finalità di salvaguardare, ove possibile, l'ammissibilità delle offerte -- le dichiarazioni richieste in sede di gara, qualora rivestano carattere genericamente cognitivo, come quella in esame, devono essere interpretate secondo i tradizionali cardini – comuni invero sia agli atti amministrativi sia a quelli negoziali -- della buona fede, dell'intima coerenza, e dell'affidamento reciproco.

Su tale piano, la considerazione non formalistica del contesto complessivo ove era allocata la dichiarazione in questione porta, dunque, a ritenere che l'attestazione presentata costituisca -- sia sotto il profilo sia formale, che sotto quello sostanziale – una testimonianza comunque inequivoca della consapevolezza richiesta circa le possibili difficoltà esecutive dei lavori.

Pur se in una forma perfettamente coincidente con la lettera di invito, non vi sono dubbi che l'apposizione stessa di tale dichiarazione nel contesto della più ampia dizione richiesta fosse un sufficiente indizio della serietà della valutazione circa la consapevolezza delle condizioni complessivamente necessarie per l'esecuzione dell'appalto.

Deve quindi del tutto escludersi la rilevanza delle tematiche del poterdovere di integrazione di cui all'art. 46-bis, apparendo l'adempimento in questione del tutto sufficiente, e comunque sostanzialmente idoneo al suo scopo.

In conseguenza deve escludersi che l'appellata Padana Infrastrutture dovesse essere esclusa, ed al riguardo le conclusioni del TAR sul punto devono essere comunque sostanzialmente confermate.

___2. Con la seconda rubrica si censura partitamente il rigetto dei motivi

del ricorso incidentale con cui in primo grado si lamentava l'illegittimità dell'ammissione di tre RTI controinteressati, la cui contemporanea esclusione avrebbe fatto conseguire aggiudicazione all'odierna appellante.

___2. 1. Nell'ordine logico delle questioni deve essere esaminato preliminarmente il terzo profilo.

Con tale mezzo si assume che anche la mandataria E.MI Strade avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, perché, avendo partecipato in forma di RTI orizzontale, anziché di RTI verticale, avrebbe dichiarato di assumere il 75% della categoria principale OS/11 e solo il 50% -- e non il 51% -- dei lavori per la categoria scorporabile OG/3. Per cui non avrebbe posseduto i requisiti per la qualificazione in misura maggioritaria ex articolo 92, 2° comma del d.p.r. 207/2010.

Né in materia avrebbe portato una qualche novità la novella legislativa con cui il predetto precetto era stato integrato "con riferimento alla specifica gara", che invece concerne il diverso caso in cui una mandataria abbia requisiti inferiori alla mandante, purché per un singolo appalto ne spenda concretamente più della mandante.

L'assunto va respinto.

In primo luogo si rivelano del tutto inconferenti le numerose citazioni, in sé anche corrette, ma comunque estranee al caso in esame e sia il giusto riferimento "alla specifica gara".

L'art. 92, 2° co del Regolamento di esecuzione al Codice di cui al D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, prevede, infatti, testualmente che per i raggruppamenti di tipo orizzontale "*...i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del quaranta per cento dell'importo dei lavori*". La norma impone cioè alla mandataria il possesso di requisiti per una quota minima del 40% riferito unitariamente al complessivo "*...importo dei lavori..*" e non sulle singole

categorie.

L'ultimo periodo del secondo comma specifica poi che *“Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara”*; e ciò per la fondamentale e manifesta ragione, per cui la mandataria deve assumere effettivamente il ruolo di esecutore ed interlocutore principale della stazione appaltante.

In tale scia ricostruttiva, si deve dunque rilevare che la mandataria Emi Strade nella categoria prevalente OS/11 possedeva la qualificazione nella misura del 75% e per il 50 % della categoria scorporabile OG/3, per cui nel raggruppamento in questione la capogruppo assicurava il rispetto sostanziale della ricordata norma, in quanto la sua qualificazione copriva l'importo complessivo dei lavori in misura pari al 72,22 % , e quindi in una misura percentuale ben superiore a quella minima richiesta del 40 % dei lavori.

Il motivo va dunque respinto.

___2.2 In conseguenza del rigetto del motivo che precede deve rilevarsi la carenza di interesse sopravvenuta alla decisione rispettivamente:

-- sul primo profilo relativo, con cui si denunciava l'erroneità dell'asserita legittimità della mancata esclusione del raggruppamento Edil 2000 per violazione dell'articolo 92, 2° co. del d.p.r. n. 207/2010 (per cui la mandataria non avrebbe avuto il 40% dei lavori di cui *“alla categoria assunta”* dalla sua ATI orizzontale ma solo il 40% dell'importo totale *“dei lavori”*) e dell'espresso divieto di cui all'articolo 61, comma 2 del d.p.r. n. 207/2010 (che esclude dalla qualificazione l'incremento del c.d. sesto/quinto).

-- sul secondo profilo con cui, analogamente al punto che precede, si lamenta il mancato scrutinio della censura relativa alla mancata esclusione del RTI con mandataria Costruzioni Geom Dario Zuddas, che sarebbe

stata anch'essa priva dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 92, comma 2° del d.p.r. n. 207/2010, perché, essendo in possesso della classifica III-bis (fino ad euro 1.500.000), avrebbe avuto una qualificazione corrispondente solo al 36,5% e non al 40% dell'importo della categoria prevalente OS/11.

Al riguardo si deve infatti rilevare che la legittimità dell'ammissione della EMI Strade e Consolidamenti srl con la conseguente modifica della soglia dell'anomalia, preclude la possibilità dell'appellante Cogip di conseguire l'aggiudicazione.

Il che fa venir del tutto meno il suo interesse processuale ad una decisione sulle predette censure.

___ 3.§ Con il terzo motivo, il quale è ripartito in tre profili si assume l'erroneità della decisione nella parte in cui ha accolto il ricorso dell'appellata.

___ 3.§.1. Nell'ordine delle questioni deve essere esaminato preliminarmente il secondo capo del primo profilo, con cui si lamenta che il Tar non avrebbe scrutinato la sua eccezione preliminare di inammissibilità introdotta in primo grado, con cui assumeva che altri concorrenti non avrebbero avuto titolo a contestare -- meno che mai quando si fondi su solo elementi formali -- "un fatto" quale sarebbe l'inclusione delle offerte ai fini del calcolo della soglia nelle gare da aggiudicarsi con il criterio di del prezzo più basso ai sensi dell'articolo 86 del d.lgs. n. 163/2006.

In caso contrario si sarebbe dato rilievo processuale a interessi "di fatto".

La contestazione delle offerte ammesse ai fini del calcolo dell'anomalia non potrebbe essere utilizzata dagli altri concorrenti al fine di modificare a loro vantaggio la predetta soglia. Pertanto, anche in caso di esclusione di un'offerta di un concorrente per carenze documentali o formali, la relativa offerta dovrebbe essere considerata in quanto indice di mercato ai fini della determinazione del giusto valore della prestazione richiesta

L'assunto va respinto.

A parte la singolarità di un'eccezione da parte di chi, come emerge nei punti che precedono, aveva comunque mosso contestazioni di contenuto del tutto analogo, si deve rilevare, sul piano strettamente letterale, che l'art. 86, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 prescrive che la congruità sia valutata con riferimento alle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali, ma tenendo solo presenti “*..tutte le offerte ammesse..*” e non “tutte le offerte presentate”.

Una volta esclusa un'impresa per difetto di requisiti, o altre carenze dell'offerta, la medesima non può più essere a tutti i fini considerata tra le “offerte ammesse”.

L'inequivoca necessità di computare solo le “offerte ammesse” vale da sola a togliere ogni valenza suggestiva alle argomentazioni circa il preteso difetto di interesse di un'impresa ad impugnare l'ammissione delle offerte di altre società o comunque la pretesa a considerare quale sintomo del relativo valore di mercato anche le offerte escluse, a prescindere dalla causa.

In ogni caso, però, l'indebito computo di offerte legittimamente escluse ai fini del calcolo della soglia dell'anomalia non può mai essere considerato “un fatto” proceduralmente neutro. L'indebita ammissione di un altro concorrente, che altera la soglia dell'anomalia, dà, infatti, luogo alla lesione non di un interesse di fatto, ma un “interesse legittimo” in senso stretto, connesso al nocimento conseguente ad un fatto illegittimo (quando non illecito), che come tale legittima i controinteressati a tutelare in sede giurisdizionale la propria sfera di interessi.

L'eccezione va dunque respinta.

___ 3.§.2. Devono poi essere confutati unitariamente:

-- il primo capo del primo profilo, con cui Cogip lamenta l'erroneità dell'affermazione del TAR circa l'illegittimità dell'ammissione del concorrente RTI ALGA, nonostante l'omessa allegazione di alcune

dichiarazioni, e comunque del mancato computo della sua offerta ai fini del calcolo della soglia di anomalia della relativa offerta;

-- il secondo profilo con cui si denuncia l'infondatezza delle argomentazioni del giudice di primo grado circa l'illegittimità dell'ammissione del RTI Alga, per l'omessa allegazione all'offerta delle dichiarazioni sostitutive di cui all'articolo 38 lettere b) c) e m-ter), relative ai requisiti generali di moralità con riferimento all'amministratore delegato e al presidente del consiglio di amministrazione della società, subentrati in carica dal 19 luglio 2012 e, quindi, successivamente alla pubblicazione del bando di gara del 28 giugno 2012.

Il Tar sarebbe andato in contrario avviso all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.10/2012, per la quale il dovere di soccorso procedimentale sussiste tutta la volte in cui la mancata presentazione non contenga espressa comminatoria di esclusione.

Il RTI Alga aveva allegato solo le dichiarazioni dei soggetti cessati prima del bando e di quelli in carica al momento del bando, ma non di quelli in carica al momento di scadenza del bando. Per cui la stazione appaltante avrebbe dovuto preliminarmente verificare in concreto anche gli amministratori sopravvenuti. Ciò soprattutto in considerazione del fatto che le cause di esclusione sono insuscettibili di interpretazione estensiva, a maggior ragione dopo la codificazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, con riferimento alla riforma, non sostenute dalla concreta carenza del requisito.

L'assunto va respinto.

In linea preliminare si osserva che l'art. 1 bis dell'art. 46 d.lgs. n. 163/2006 (nel testo introdotto dal d.l. n. 70/2011) per cui "La stazione appaltante *esclude i candidati o i concorrenti* in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti" deve essere collegata al primo comma della predetta norma,

per cui “Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti *invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti* in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni *presentati*.”

In relazione al testo letterale della norma la novella concernente il dovere di soccorso è connessa ad irregolarità, incompletezze parziali delle dichiarazioni, che siano state comunque ritualmente presentate in sede di gara, e non già nel caso di totale omissione delle stesse (cfr. Cons. St. III n. 3550/ 2013, idem V n. 4654/ 2012; idem sez. V n. 5408/ 2012, Corte di Giustizia europea, sentenza n. 599 del 29 marzo 2012).

Il principio di integrazione documentale, anche dopo l'art. 46, comma 1 bis, del Codice, trova comunque il limite del rispetto del principio di "par condicio" fra i concorrenti, che viene violato quando ad un soggetto si consente di produrre fuori termine una dichiarazione essenziale o un documento necessario (cfr. Consiglio di Stato sez. III 05 aprile 2013 n. 1894).

Ciò premesso, si ricorda che, nelle gare pubbliche, tutti i soggetti che rivestono cariche societarie, alle quali per legge sono istituzionalmente connessi poteri rappresentativi e di amministrazione, sono tenuti a rendere la dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006.

La predetta disciplina limita l'attestazione all'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, ma non per questo esclude dall'alveo dichiarativo il periodo intercorrente dalla pubblicazione del bando di gara alla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte.

La prescrizione si può peraltro considerare imposta a pena di esclusione -- pur in mancanza di una previsione esplicita comminatoria di esclusione -- in quanto adempimento necessario ad assicurare il corretto svolgimento del confronto concorrenziale (cfr. Cons. St., n. 1471 del 16 marzo 2012).

L'art. 38 comma 1 del d.lgs. n. 163/2006 comprende, infatti, anche ipotesi non testuali, ma pur sempre riconducibili sotto il profilo della sostanziale

continuità, al soggetto imprenditoriale cui si riferiscono.

Pertanto, oltre ai soggetti cessati dalla carica, devono essere considerati implicitamente ricompresi nell'obbligo anche gli amministratori in carica che siano subentrati -- anche dopo la presentazione dell'offerta, ma in un momento precedente la scadenza del bando -- per evitare che, successivamente ad un'offerta già presentata in pendenza del termine, eventuali modifiche pregiudichino comunque l'andamento del procedimento di gara. In tale ottica, le dichiarazioni di soggetti che, successivamente alla pubblicazione del bando -- ma prima della relativa scadenza --, assumono cariche societarie costituiscono un elemento essenziale dell'offerta stessa, perché l'Amministrazione possa decidere in merito alla legittima ammissione alla gara.

Ciò posto, nel caso in esame il bando di gara era stato pubblicato in data 28/06/2012 e prevedeva quale termine di ricezione delle offerte la data del 26 settembre 2012.

Nel contesto di fatto, perciò, essendo i nuovi amministratori subentrati in carica fin dal 19 luglio 2012, è evidente che l'offerta del RTI dell'Alga spa era priva proprio delle dichiarazioni dei titolari, nell'attualità, delle cariche gestionali e che tale omissione inficiava la validità stessa della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta.

L'integrazione, al limite, avrebbe potuto essere ammissibile se il mutamento delle cariche fosse stato comunque tempestivamente comunicato prima della scadenza, anche se accompagnato da attestazioni incomplete o non esaustive.

In definitiva, l'assenza della dichiarazione da parte dei soggetti che rivestivano cariche societarie al momento di scadenza del bando, da un lato, si poneva in contrasto con i generali obblighi informativi e di leale collaborazione tra concorrenti e Stazione appaltante e, dall'altro, costituiva l'inosservanza di una disposizione che, pur senza espressa sanzione di

esclusione, faceva venir meno un adempimento doveroso da parte dei rappresentanti con poteri gestionali subentrati antecedentemente alla scadenza del bando.

Il motivo va dunque respinto e deve concordarsi con le conclusioni del TAR circa l'illegittimità dell'ammissione del RTI Alga.

___ 3.§.3. Appare infine carente di interesse alla decisione, e comunque del tutto inconferente, l'ultimo profilo di censura con cui Cogip contesta l'infondatezza dell'altro motivo del ricorso principale della Padana -- non esaminato dal Tar -- per cui l'offerta di RTI Alga sarebbe stata sottoscritta da un soggetto non munito di poteri necessari. Al contrario per Cogip il predetto soggetto avrebbe il potere di "*.. concludere sottoscrivere con enti pubblici, statali, parastatali ANAS , ogni altro ente pubblico e privato..... contratti di appalto, di noleggio, domande documenti ed atti inerenti*" alle predette procedure .

Tenuto conto, infatti, di quanto deciso sul punto che precede, anche in caso di accoglimento della predetta censura, il RTI Alga doveva comunque essere escluso.

___ 4.§. In conclusione l'appello deve essere respinto e, in conseguenza, la decisione impugnata deve essere confermata nella sostanza, sia pure con le integrazioni motivazionali di cui sopra.

Sussistono tuttavia le speciali ragioni connesse con la peculiarità e la novità di alcune questioni trattate, per cui può disporsi l'integrale compensazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando:

- ___1. respinge l'appello, come in epigrafe proposto;
- ___2. spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2013 con

l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/09/2013

IL SEGRETARIO

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