

N. 04379/2013REG.PROV.COLL.
N. 05863/2012 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 5863 del 2012, proposto da:

Citelum S.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Mauro Barberio, Stefano Porcu e Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio del terzo, in Roma, V. Principessa Clotilde, n. 5;

contro

Comune di Noli, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Diego Vaiano e Mauro Vallerga, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

nei confronti di

R.C. Energia, Società consortile a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Sanino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Parioli, n. 180;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Liguria – Genova, Sezione II, n. 01124/2012, resa tra le parti, di accoglimento del ricorso incidentale della

R.C. Energia S.c. a r.l. e di conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso principale proposto dalla Citelum S.A. per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva dei servizi di gestione globale del servizio di illuminazione pubblica comunale per la durata di 20 anni.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Noli e della R.C. Energia, Società Consortile a r.l.;

Visto il decreto cautelare 31 luglio 2012, n. 3002;

Vista la propria ordinanza 11 settembre 2012, n. 3666;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 aprile 2013 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Barberio, Clarizia, Vaiano e Sanino;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

La Citelum S.A., che ha partecipato alla procedura di gara bandita dal Comune di Noli per lo svolgimento dei servizi di gestione globale del servizio di illuminazione pubblica comunale per la durata di 20 anni, della quale è risultata aggiudicataria la R.C. Energia sc. a r.l., ha proposto ricorso giurisdizionale per l'annullamento del relativo provvedimento presso il T.A.R. Liguria, che, con la sentenza in epigrafe indicata, ha accolto il ricorso incidentale proposto dalla aggiudicataria e dichiarato inammissibile il ricorso principale; ha infatti riconosciuto la fondatezza sia del primo motivo di ricorso incidentale, con cui era stato dedotto che la Citelum S.A. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per violazione dell'art. 75 del d. lgs. n. 163/2006 e dell'art. 15A.1 del bando (per aver prodotto una garanzia fideiussoria non valida per tutto il periodo di gara), sia del secondo motivo,

con il quale era stato dedotto che la Citelum S.A. avrebbe dovuto essere comunque esclusa per non aver fornito la dichiarazione, ai sensi della l. n. 68/1999, sull'assunzione degli invalidi, come invece dovuto.

Con il ricorso in appello in esame la Citelum S.A. ha chiesto l'annullamento e la riforma di detta sentenza, deducendo i seguenti motivi:

1.- Erroneità della sentenza impugnata con riferimento al primo motivo di ricorso incidentale.

Il bando prevedeva che la fideiussione bancaria o assicurativa avrebbe dovuto essere valida fino alla stipulazione del contratto e in tal caso avrebbe dovuto avere, a pena di esclusione, la validità di 180 giorni decorrenti dalla data di presentazione della offerta.

La fideiussione presentata dalla Citelum S.A. specificava che avrebbe avuto "validità di 180 gg. dalla data di scadenza di presentazione della offerta, i. e. fino al 9 settembre 2011" e che, se entro tale termine non fosse pervenuta richiesta di escussione, la stessa sarebbe stata intesa come definitivamente estinta senza efficacia alcuna.

Quindi l'unica condizione che la "lex specialis" prevedeva a pena di esclusione, e che era di stretta interpretazione, era che la fideiussione avesse validità di 180 gg. decorrenti dalla presentazione della offerta, e la Citelum S.A. aveva regolarmente ottemperato a detta clausola.

L'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 ha individuato in linea generale in 180 gg. il periodo di durata della garanzia, sul logico presupposto che in detto periodo le gare debbano concludersi, ed il Comune aveva in effetti stabilito un tale limite temporale, nei fatti poi non rispettato perché l'aggiudicazione definitiva è stata effettuata dopo 120 gg. da quella provvisoria con durata della gara di 230 gg..

Non poteva il ritardo, imputabile al Comune, essere fatto ricadere sulla Citelum S.A. e la stazione appaltante, non potendo effettuare l'aggiudicazione definitiva nel termine previsto, avrebbe dovuto chiedere

alle imprese concorrenti o alle compagnie assicuratrici una proroga della durata della garanzia, anche in applicazione dell'art. 46 del d. lgs. n. 163/2006.

Erroneamente il T.A.R. ha ritenuto che l'atto di precisazione della banca garante (in cui era asserito che la garanzia non era stata ancora estinta ed era valida ed efficace e che la fideiussione ai sensi del disciplinare di gara era valida dal 9.9.2011 fino alla stipulazione del contratto) fosse una inammissibile modifica integrativa in violazione delle regole di gara e della "par condicio".

2.- Erroneità della sentenza impugnata in riferimento all'accoglimento del secondo motivo di ricorso incidentale.

E' indivisibile la tesi sostenuta dal primo giudice, che la dichiarazione del legale rappresentante attestante di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili pena l'esclusione è stata omessa con riguardo alla sede estera.

La appellante aveva esplicitamente reso la dichiarazione e fatto rilevare che, essendo sottoposta alla legislazione francese, non era assoggettata agli obblighi di assunzioni obbligatorie di cui alla l. n. 68/1999, nonché che aveva comunque ottemperato agli obblighi di assunzione obbligatoria ed era in regola con la legge francese n. 87/1987 a favore della occupazione dei lavoratori disabili.

La esistenza di una sede secondaria in Italia non rilevava e a nulla vale che il preposto alla sede secondaria italiana avesse reso la dichiarazione ex art. 38 del d. lgs. n. 163/2006.

3.- Sono stati riproposti i vizi formulati in primo grado con il ricorso principale, dichiarato inammissibile dal T.A.R., evidenziando che la R.C. Energia s.c. a r.l. non è un Consorzio stabile ma ha natura ordinaria, con applicabilità dell'art. 37 e non dell'art. 36 del d. lgs. n. 163/2006

3.1.- Violazione dell'art. 37, comma 4, del d. lgs. n. 163/2006.

La R.C. Energia s.c. a r.l. doveva essere esclusa dalla gara perché non aveva specificato in alcun atto quale consorziata (e in quale misura) avrebbe effettuato i lavori ed il servizio previsti.

3.2.- Violazione dell'art. 37, commi 5 e 8, del d. lgs. n. 163/2006.

L'offerta economica era stata sottoscritta solo dalla R.C. Energia s.c. a r.l. e non anche dalle consorziate RAEL s.r.l. e Crocco s.r.l..

3.3.- Violazione dell'art. 37, comma 8, del d. lgs. n. 163/2006.

Non era stato individuato il soggetto che avrebbe rivestito la figura del mandatario.

3.4.- Violazione degli artt. 37 e 75 del d. lgs. n. 163/2006.

La cauzione provvisoria presentata dal R.C. Energia s.c. a r.l. era intestata solo ad essa e non anche a tutte le consorziate.

3.5.- Violazione del bando e del disciplinare di gara, carenza dei requisiti per effettuare il servizio.

Il settore nel quale i concorrenti avrebbero dovuto aver prestato servizio nel triennio precedente non era quello della manutenzione ordinaria di impianti presso amministrazioni comunali, di cui ha dato dimostrazione la controinteressata, ma di gestione degli impianti di illuminazione.

3.6.- Violazione degli artt. 34, 35 e 36 del d. lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti e per violazione del giusto procedimento.

Anche se alla R.C. Energia s.c. a r.l. fosse stata applicabile la disciplina dei consorzi stabili essa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, perché avrebbe dovuto dimostrare il possesso in proprio dei requisiti di capacità tecnica ed economica, che sono invece stati dimostrati esclusivamente attraverso le consorziate.

Con decreto cautelare 31 luglio 2012, n. 3002 è stata respinta l'istanza di misure cautelari monocratiche presentata dall'appellante.

Con atto depositato il 3.8.2013 si è costituita in giudizio la R.C. Energia

Società consortile a r.l., che ha eccepito la irricevibilità, la inammissibilità e la improcedibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto la infondatezza, chiedendone la reiezione.

Con atto notificato il 24.8.2012 e depositato il 27.8.2012, da valere, se del caso, anche quale appello incidentale (in particolare con riguardo alla ipotesi che la sentenza, laddove ha fatto riferimento alla sede estera, intendesse quella francese e non la unità operativa situata in Italia), la R.C. Energia s.c. a r.l. ha dedotto la infondatezza di tutti i motivi di appello, concludendo per la reiezione.

Con atto depositato il 6.9.2012 si è costituito in giudizio il Comune di Noli, che ha dedotto la infondatezza di tutti i riproposti motivi contenuti nel ricorso principale, concludendo per la reiezione dell'appello.

Con memoria depositata il 7.9.2012 la appellante ha ribadito tesi e richieste.

Con ordinanza 11 settembre 2012, n. 3666 la Sezione ha accolto l'appello ai soli fini della sollecita fissazione dell'udienza di trattazione della causa.

Con memoria depositata il 22.3.2013 la R.C. Energia s.c. a r.l. ha ribadito la infondatezza dell'appello, insistendo per la reiezione.

Con memorie depositate il 29.3.2013 le parti hanno replicato alle rispettive argomentazioni.

Alla pubblica udienza del 9.4.2013 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata dalla Citelum S.A., di annullamento e di riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata, con la quale è stato accolto il ricorso incidentale della R.C. Energia s.c. a r.l. e conseguentemente è stato dichiarato inammissibile il ricorso principale proposto dalla Citelum S.A. per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva a detta s.c. a r.l. dei servizi di gestione globale del

servizio di illuminazione pubblica comunale per la durata di 20 anni.

2.- Innanzi tutto la Sezione ritiene di dover esaminare preliminarmente, per ragioni di economia processuale, la fondatezza del secondo motivo di appello, con il quale è stata dedotta la erroneità della impugnata sentenza nella parte in cui ha accolto il secondo motivo posto a base del ricorso incidentale di primo grado, proposto dalla R.C. Energia S.c. a r.l. al fine di dimostrare la illegittimità della ammissione alla gara della ricorrente principale Citelum S.A..

Infatti nel caso che la sentenza impugnata si regga, come nel caso di specie, su una pluralità di motivi autonomi, ognuno dei quali è da solo in grado di sorreggerla perché fondato su specifici presupposti logico-giuridici (comportanti la esclusione dalla gara di cui trattasi della Citelum S.A.) e le censure rivolte contro uno di essi si appalesino infondate, è superfluo l'esame della fondatezza delle ulteriori censure dedotte avverso gli ulteriori motivi posti a supporto della sentenza stessa, dal momento che la fondatezza della autonoma ragione giustificatrice su cui essa è basata è sufficiente a comportarne la conferma.

3.- Con il secondo motivo di appello principale è stata sostenuta la indivisibilità della tesi del primo giudice, che la dichiarazione del legale rappresentante attestante di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili pena l'esclusione era stata inammissibilmente omessa dalla Citelum S.A. con riguardo alla sede estera.

La appellante avrebbe infatti esplicitamente reso detta dichiarazione e fatto rilevare che, essendo sottoposta alla legislazione francese, non era assoggettata agli obblighi di assunzioni obbligatorie di cui alla l. n. 68/1999, nonché che ha ottemperato agli obblighi di assunzione obbligatoria ed era in regola con la legge francese n. 87/1987 a favore della occupazione dei lavoratori disabili.

La esistenza di una sede secondaria in Italia non rileverebbe perché la

società che ha partecipato alla gara ha sede in Francia e l'art. 17 della l. n. 68/1999 collega il dovere di rendere la dichiarazione all'impresa che effettivamente partecipi alla gara.

A nulla varrebbe che esiste una sede secondaria italiana e la circostanza che il preposto ad essa ha reso la dichiarazione ex art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 non proverebbe nulla, essendo stata causata da eccesso di zelo.

3.1. Osserva la Sezione che, in base alla legge di gara e alla normativa in materia "de qua", i concorrenti dovevano dichiarare di essere in regola con la disciplina di cui alla l. n. 68/1999 circa il diritto al lavoro dei disabili.

La Citelum S.A., in relazione all'assunto contenuto in sentenza che la ricorrente aveva ommesso di rendere la dovuta dichiarazione "in ordine alla sede estera", afferma di aver invece effettuato la richiesta dichiarazione, con riguardo alla legislazione francese, a nulla valendo l'esistenza di una sede secondaria italiana.

Al riguardo il Collegio deve rilevare che la locuzione sopra riportata, integrata dalle ulteriori osservazioni contenute in sentenza con riguardo alla circostanza che tale sede non era irrilevante nell'appalto in questione, essendo stati utilizzati gli elementi relativi alla sede estera a sostegno della offerta della Citelum S.A. perché gli stessi erano fondamentali nell'economia della stessa, va interpretata nel senso che la sede estera, rispetto alla sede principale situata in Francia della concorrente suddetta, non poteva che essere quella situata in Italia.

Comunque sul punto la società controinteressata ha proposto appello incidentale, condivisibilmente deducendo che la dichiarazione avrebbe dovuto essere resa anche con riferimento alla sede secondaria italiana della Citelum S.A. e, in difetto, tale società avrebbe dovuto essere sanzionata con l'esclusione ai sensi dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 e del punto 17 del bando.

La evidenziata circostanza, contrariamente a quanto sostenuto dalla

appellante, non è irrilevante, atteso che la attività svolta in detta sede secondaria italiana ha avuto rilievo ai fini della ammissione alla gara della appellante, perché la certificazione ISO rilasciata a detta sede ha consentito alla Citelum S.A. di ottenere il dimezzamento della cauzione, tanto è vero che il soggetto ad essa preposto, cioè il sig. Raffaele Bonardi, ha presentato la dichiarazione di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006.

Del resto la stessa appellante afferma con memoria depositata il 7.9.2012 che la dichiarazione resa in sede di gara è riferita all'intero complesso aziendale, comprese le sedi secondarie e dislocazioni territoriali, facendone derivare la non divisibile conclusione che, essendo la società di diritto francese, era soggetta alla disciplina francese in materia di diritto al lavoro dei disabili anche con riguardo alle articolazioni territoriali (dal momento che l'art. 47 del d. lgs. n. 163/2006 consente che gli operatori economici stabiliti in Stati diversi dall'Italia si qualificano producendo documentazione conforme alle normative vigenti nei rispettivi paesi).

Detto art. 47, al comma 2, stabilisce, invero, che gli operatori economici stabiliti negli altri Stati aderenti all'Unione Europea “si qualificano alla singola gara producendo documentazione conforme alle normative vigenti nei rispettivi Paesi, idonea a dimostrare il possesso di tutti i requisiti prescritti per la qualificazione e la partecipazione degli operatori economici italiani alle gare.”; attiene quindi alla sola prova del requisito, che può essere data secondo la legge straniera, ma non anche al contenuto di esso, che deve sussistere per quanto richiesto dalla legge di gara, nel rispetto della legge italiana.

Del resto, secondo la giurisprudenza, da una società, ancorché abbia sede in Francia, se abbia operato o operi in Italia, può esigersi il rispetto della legislazione italiana sul lavoro dei disabili (Consiglio di Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577), ovviamente con riferimento ai dipendenti operanti nella sede italiana, che non possono che essere assoggettati alle leggi italiane

in materia di lavoro, non potendosi attribuire rilievo all'impresa nel suo complesso, soprattutto quando abbia la sede principale in una nazione diversa da quella italiana e sedi secondarie in Italia, pena la discriminazione dei dipendenti della sede italiana rispetto ad altri lavoratori operanti nel territorio nazionale.

Né può ritenersi che la dichiarazione presentata dalla Citelum S.A., laddove ha asserito la regolarità rispetto alle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, potesse riferirsi in maniera giuridicamente e logicamente apprezzabile anche a quelle di cui alla l. n. 68/1999, come asserito da detta società con la memoria di replica, atteso che la stessa aveva dichiarato che "... essendo sottoposta alla legislazione francese non è assoggettata agli obblighi di assunzioni obbligatorie di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68", aggiungendo poi che "tuttavia ha ottemperato agli obblighi di assunzione obbligatoria ed è in regola con la legge francese n. 87 – 517 del 19 luglio 1987 a favore della occupazione dei lavoratori disabili", il che non può che significare che aveva ottemperato a detti obblighi con riferimento alla normativa francese e non a quelli imposti dalla legge italiana.

A nulla vale, infine, che come dedotto con detta memoria, da visura camerale della C.C.I.A.A. di Milano risulta che la sede italiana, avendo solo 7 dipendenti e non almeno 15 come previsto dall'art. 3 della l. n. 68/1999, non fosse gravata da oneri di assunzione obbligatoria in base alla disciplina italiana, atteso che comunque la circostanza avrebbe dovuto essere esplicitamente dichiarata.

La richiesta dichiarazione deve, infatti, essere puntuale ed esaustiva poiché l'Amministrazione, sulla base della stessa, ha l'onere di decidere in merito alla legittima ammissione alla gara e, conseguentemente, la difformità della stessa dal vero o la sua incompletezza non possono essere sanate ex post ricorrendo alla categoria del falso innocuo.

Deve quindi condividersi l'assunto del primo Giudice che la insussistenza,

con riguardo alla sede estera (cioè italiana), fondamentale nell'economia della offerta, della dichiarazione in materia di assunzione obbligatoria, prevista obbligatoriamente avrebbe dovuto comportare la esclusione della Citelum S.A. dalla gara.

La presentazione sia di una dichiarazione del legale rappresentante dell'impresa partecipante a gara pubblica, attestante di essere in regola con le norme disciplinanti il diritto al lavoro dei disabili, sia di un'apposita certificazione rilasciata dagli uffici competenti (peraltro sostituibile da un'autocertificazione), imposta dall'art. 17 della l. n. 68/1999, costituisce infatti requisito di partecipazione alla gara, con la conseguenza che la sua omissione è causa di esclusione dalla stessa (Consiglio di Stato, sez. V, 24 marzo 2011, n. 1792).

4.- Dalla declaratoria di infondatezza dell'esaminato motivo di appello e dalla conseguente conferma della sentenza gravata discende la inutilità della disamina del primo motivo di appello e la non necessarietà di procedere all'esame delle doglianze proposte dall'appellante in relazione ai motivi non esaminati in primo grado e riproposti con il gravame (in simile fattispecie: Consiglio Stato, sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4576).

La declaratoria dell'infondatezza dell'appello principale conduce inoltre alla declaratoria di improcedibilità, per carenza di interesse, dell'appello incidentale proposto dall'appellato.

5.- In conclusione l'appello deve essere respinto e deve essere confermata la prima decisione; l'appello incidentale presentato dalla R.C. Energia s.c. a r.l. va conseguentemente dichiarato improcedibile.

6.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta,

definitivamente decidendo, respinge l'appello principale in esame e dichiara improcedibile il proposto appello incidentale.

Compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/09/2013

IL SEGRETARIO

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