

Publicato il 13/09/2016

N. 03866/2016REG.PROV.COLL.

N. 04631/2015 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 4631 del 2015, proposto da:
Citelum S.a., in persona del legale rappresentante, in proprio quale
mandataria R.t.i., R.t.i. Pisacane S.r.l., R.t.i. Telecom Italia, R.t.i. Igeco
Costruzioni, rappresentati e difesi dall'avvocato Giovanni Bruno, con
domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Savoia 31 Int.2;

contro

Comune di Lecce, in persona Sindaco in carica, rappresentato e difeso
dagli avvocati Laura Astuto, Elisabetta Ciulla, con domicilio eletto presso
Francesco Baldassarre in Roma, Via della Scrofa, n. 64;

nei confronti di

Gemmo S.p.a, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso
dagli avvocati Stefania Lago, Nicola Creuso, Andrea Manzi, con
domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via Federico
Confalonieri, n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE,
SEZIONE III, n. 822/2015, resa tra le parti, concernente affidamento
servizio illuminazione pubblica - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Lecce e di Gemmo
S.p.a.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2015 il Cons. Luigi
Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Bruno,
Alessandro De Matteis su delega dell'avvocato Laura Astuto, Andrea
Manzi;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Puglia, sezione staccata di
Lecce, Citelum S.a. invocava l'annullamento del provvedimento
dirigenziale n° 261 del 14 Luglio 2014 con cui il Comune di Lecce aveva
disposto l'aggiudicazione definitiva in favore della Gemmo S.p.A. della

gara indetta nel 2011 per l'affidamento dell'appalto del "servizio di illuminazione pubblica e realizzazione di interventi di efficienza energetica e di adeguamento normativo sugli impianti comunali con l'opzione del finanziamento tramite terzi"; della nota comunale prot. n° 69379 del 14 Luglio 2014 di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva; degli atti e dei verbali della procedura, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dalla gara della Gemmo S.p.A.; di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ivi incluso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria disposto in favore di Gemmo S.p.A.. Con lo stesso ricorso chiedeva altresì la declaratoria di inefficacia del contratto ed il risarcimento danni in forma specifica con subentro della ricorrente nell'affidamento e nel contratto e, in via subordinata, per equivalente monetario.

2. Il TAR adito, pur essendo stato proposto ricorso incidentale escludente da parte dell'originaria controinteressata ne accantonava l'esame in ragione della manifesta infondatezza del ricorso principale. A tal fine, il primo giudice notava come le due censure proposte dalla ricorrente non fossero meritevoli di apprezzamento.

In particolare, quanto alla prima osservava che la dichiarazione resa dalla Gemmo S.p.A. (in data 25 Novembre 2013), per confermare il possesso dei requisiti di carattere generale, di idoneità professionale e capacità tecnica prescritti dall'art. 4 lettere a), b), d3), d4) e d5) del Disciplinare di gara (già dichiarati nell'istanza di ammissione), non conteneva alcuna falsità, tenuto conto che rispettava pedissequamente lo schema appositamente fornito dalla stazione appaltante e che tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza della Società aggiudicataria erano risultati sempre in possesso dei requisiti prescritti dalla lex specialis, inoltre la Gemmo S.p.A. aveva tempestivamente riscontrato l'apposita richiesta della stazione appaltante comunicando con nota del 24 Febbraio 2014 le modifiche societarie intervenute con l'indicazione delle cariche sociali. Quanto alla seconda doglianza, infine, l'aggiudicataria aveva ritualmente confermato l'impegno a mantenere valida e vincolante l'offerta presentata tutte le volte in cui la stazione appaltante lo aveva richiesto ai concorrenti in gara e che, comunque, le offerte presentate dai concorrenti, una volta scaduto il termine di 180 giorni, non potevano considerarsi prive di efficacia, in assenza di una univoca manifestazione di volontà in tal senso da parte degli interessati, sicché non poteva essere condiviso l'assunto della ricorrente principale secondo cui la commessa sarebbe stata aggiudicata ad un concorrente la cui offerta, nel corso della gara, era venuta a scadere.

3. Avverso la sentenza indicata in epigrafe propone appello l'originaria ricorrente, denunciando l'erroneità della pronuncia di prime cure per le seguenti ragioni: a) nel confermare in data 25 novembre 2013 il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara l'aggiudicataria faceva riferimento a quelli già dichiarati nell'istanza di ammissione, nonostante la variazione a quella data di diversi soggetti apicali, mutamento non comunicato alla stazione appaltante. Né varrebbe in senso opposto quanto valorizzato dalla pronuncia impugnata, ossia che l'originaria controinteressata utilizzasse i moduli predisposti dalla stazione appaltante, poiché ciò avrebbe fatto senza constatarne la rispondenza al fine perseguito. Inoltre, la falsità di per sé imporrebbe l'esclusione dalla procedura risultando

irrelevante la circostanza del possesso da parte dei soggetti tenuti alla dichiarazione dei necessari requisiti; b) l'appalto non avrebbe potuto aggiudicarsi all'originaria controinteressata, dal momento che la sua offerta sarebbe venuta a scadenza considerato il notevole lasso di tempo intercorso tra la prima e la seconda richiesta di proroga della dichiarazione della validità dell'offerta.

4. Con appello incidentale condizionato l'originaria controinteressata ripropone i motivi del ricorso incidentale non esaminati dal TAR ed argomenta circa l'infondatezza dell'appello principale, deducendo tra l'altro la mancata contestazione da parte dell'appellante principale della sentenza di prime cure nella parte in cui sostiene l'infondatezza del primo motivo di ricorso sulla scorta del principio elaborata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria, n. 16/2014.

5. Costituitosi in giudizio il Comune di Lecce ha invocato la conferma della sentenza di prime cure.

6. Nelle successive difese l'appellante principale sostiene l'infondatezza delle doglianze contenute nell'appello incidentale e reitera le ragioni già esposte nel proprio gravame.

7. Dal canto loro, nelle successive difese, sia l'amministrazione comunale che l'appellante incidentale insistono nelle richieste già formulate.

8. L'appello principale è infondato e non può essere accolto, con ciò che ne consegue in termini di inammissibilità dell'appello incidentale.

9. Quanto alla primo doglianza occorre rammentare l'orientamento consolidato di questo Consiglio, recepito anche dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n. 8/2015, secondo il quale nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità. Tanto premesso occorre rilevare che la dichiarazione della Gemmo S.p.A. del permanente possesso dei requisiti dichiarati al tempo della presentazione dell'offerta non può dirsi mendace. Il bando di gara all'art. 4, infatti, richiede che i concorrenti siano in possesso quali requisiti di carattere generale dell'insussistenza delle condizioni di esclusione di cui all'art. 38, d.lgs. 163/2006, in capo ai soggetti espressamente richiamati dal medesimo articolo. Ebbene l'odierna appellata con la nota del 25 novembre 2013, dichiarava di confermare il possesso dei requisiti di carattere generale, di idoneità professionale e di capacità tecnica di cui all'art. 4, lettere s), b), d.3), d.4) e d.5) del disciplinare di gara già dichiarati nell'istanza di ammissione, dietro conferme richiesta della stessa amministrazione ed utilizzando i modelli dalla stessa messi a disposizione. Ciò esclude, da un lato, la presenza di qualsivoglia animus fraudandi, difettando peraltro, qualunque riferimento a soggetti individuati. Dall'altro, consente di fare applicazione del principio espresso dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16/2014, secondo la quale: "Nelle gare d'appalto la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 può essere riferita in via generale ai requisiti di moralità professionale previsti dalla norma de qua e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative

previste dal Legislatore, con la conseguenza che la dichiarazione in parola è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante

l'uso dei poteri di soccorso istruttorio. Nelle gare d'appalto la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative circa i requisiti morali previste dall'art. 38 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, a condizione che questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici, con la conseguenza che la dichiarazione in parola è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio". Ciò consente di escludere il mancato rispetto da parte dell'originaria controinteressata dell'obbligo di dire il vero, da cui vorrebbe l'odierno appellante desumere la presenza di una causa di esclusione a suo carico.

10. Anche la seconda doglianza è destituita di fondamento. Al riguardo, infatti, questo Consiglio ha, a più riprese (CGA, 27 novembre 2012, n. 1045; Cons. St., Sez. VI 24 giugno 2010 n. 4019; Id., 24 novembre 2010 n. 8224), chiarito che l'art. 11 comma 6 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 - a norma del quale nelle gare d'appalto l'offerta del concorrente è vincolante per il periodo indicato nel bando e, in caso di mancata indicazione per 180 giorni decorrenti dalla scadenza del termine per la sua presentazione, salvo che la Stazione appaltante chieda ai concorrenti il differimento di tale termine - è posto a protezione e tutela dell'offerente, il quale, decorso il termine, può ritenersi sciolto dall'offerta presentata; pertanto, la sussistenza del "vincolo" non significa che l'offerta decade ex lege decorso il termine, ma solo che l'offerente può svincolarsi da essa e se non dichiara di ritenersi sciolto, l'offerta non decade, con la conseguenza che la circostanza che allo scadere dei predetti 180 giorni il concorrente non abbia dichiarato di voler mantenere l'offerta non comporta la decadenza dell'offerta medesima.

11. L'appello principale deve, quindi essere respinto, mentre va dichiarato improcedibile l'appello incidentale. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- respinge l'appello principale;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna Citelum S.a. al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge in favore del Comune di Lecce e di Gemmo S.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Luigi Massimiliano Tarantino

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella