

N. 06602/2011REG.PROV.COLL.
N. 01341/2011 REG.RIC.
N. 02076/2011 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 1341 del 2011, proposto da:
Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso
i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato per
legge;

contro

Toshiba Medical Systems Srl, in persona del legale rappresentante in
carica rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Montorzi, con
domicilio eletto presso Alessandro Bozza in Roma, via Nazionale,
204;

nei confronti di

Medison Italia Srl, in persona del legale rappresentante in carica
rappresentato e difeso dall'avv. Mario Sanino, con domicilio eletto

presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

sul ricorso numero di registro generale 2076 del 2011, proposto da:
Medison Italia S.r.l. in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentato e difeso dall'avv. Mario Sanino, con domicilio eletto
presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso
i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato per
legge;

nei confronti di

Toshiba Medical Systems S.r.l.;

per la riforma

quanto al ricorso n. 1341 del 2011:

del dispositivo di sentenza del T.a.r. del Lazio – Sede di Roma-
Sezione I Bis n. 00547/2011, resa tra le parti, concernente
AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DEL BANDO DI GARA
PER LA FORNITURA DI ECOGRAFI DIGITALI

quanto al ricorso n. 2076 del 2011:

della sentenza breve del T.a.r. del Lazio –Sede di Roma- Sezione I
Bis n. 02103/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO
FORNITURA DI ECOGRAFI DIGITALI

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Toshiba Medical Systems Srl e di Medison Italia Srl e di Ministero della Difesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, del codice del processo amministrativo;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2011 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti l'Avvocato dello Stato Beatrice Gaia Fiduccia, per l'amministrazione appellante, l'Avvocato Mario Sanino, per la Medison Italia srl, l'Avvocato Mavi Cinzia Della Queva, su delega dell'avv. Roberto Montorzi, per la Toshiba Medical System srl;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in forma semplificata in epigrafe impugnata il Tribunale amministrativo regionale del Lazio - Sede di Roma- ha accolto il ricorso proposto dalla odierna appellata "Toshiba Medical Systems" s.r.l. volto ad ottenere l'annullamento del provvedimento con il quale la gara d'appalto indetta per la fornitura di ecografi digitali per Enti e Reparti delle FF.AA. (di cui al Lotto 1-"CIG 051401201F") era stata aggiudicata definitivamente alla "Medison Italia" s.r.l.

Il primo giudice, dopo avere escluso la fondatezza della censura relativa alla illegittimità della mancata sottoscrizione di ciascuna delle pagine di cui si componeva l'autocertificazione resa

dall'amministratore unico della ditta aggiudicataria (posto che una simile –inutile- formalità non era imposta né dalla lex specialis né da alcuna disposizione contenuta nel d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445), ha preso in esame la doglianza incentrata sulla complessiva inconferenza della predetta autocertificazione in quanto concernente un requisito soggettivo proprio di un cittadino coreano.

Ha quindi riconosciuto la fondatezza di detto motivo di censura in quanto la dichiarazione di insussistenza di condanne penali in capo al signor Hyun Seok Kim se poteva esser considerata valida per quanto atteneva alla giurisdizione italiana, non lo era certamente per la parte che riguardava detto paese asiatico.

Essa, quindi aveva ad oggetto circostanze (ex art.5 del d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 403) non “certificabili e attestabili da soggetti pubblici o privati italiani”.

Ciò era corroborato dal fatto che successivamente all'aggiudicazione provvisoria della gara “de qua” la stazione appaltante aveva richiesto alla competente “Korean National Policy Agency” una specifica certificazione che attestasse, appunto, l'incensuratezza (anche “in loco”) del cennato soggetto.

Ne conseguiva che l'impugnata aggiudicazione (definitiva) – in quanto disposta in favore di chi, allo stato degli atti, avrebbe dovuto esser escluso dalla procedura concorsuale in esame – si appalesava (quanto meno, sotto l'assorbente profilo del dedotto difetto di istruttoria) intrinsecamente illegittima.

A detta statuizione demolitoria il primo giudice ha fatto seguire, ai sensi dell'art. 245 del d.Lgs. 12 aprile 2006 n.163 l'inefficacia del contratto stipulato con l'originaria aggiudicataria odierna appellante, così assicurando alla "Toshiba" una sorta di "reintegrazione in forma specifica" che rendeva per sua stessa natura, superflua una pronuncia giudiziale sull'avanzata richiesta risarcitoria.

Ricorso n. 1341 del 2011;

La amministrazione appaltante ha impugnato il dispositivo n. 00547/2011 anticipatamente pubblicato della decisione del Tribunale amministrativo regionale del Lazio - Sede di Roma- n. 02103/2011 suddescritta.

Essa ha ribadito le proprie doglianze depositando una articolata memoria.

All'adunanza camerale del 22 marzo 2011 fissata per la delibazione sulla domanda di sospensione dell'esecutività dell'appellata dispositivo la Sezione, con ordinanza n. 01302/2011 ha accolto istanza di sospensione cautelare del citato dispositivo avendo ritenuto che" ad una sommaria delibazione, propria di tale fase, i motivi di appello addotti non paiono infondati; considerato che nel frattempo è stata pubblicata la sentenza di primo grado - ma tale pubblicazione non esclude la attuale esigenza cautelare - e che la primitiva aggiudicataria ha interposto altro appello avverso la medesima sentenza" sospendendo l'esecutività del dispositivo impugnato per il tempo di sessanta giorni dalla notificazione o

comunicazione in via amministrativa della ordinanza.

La controinteressata aggiudicataria originaria resistente rimasta soccombente ha depositato una articolata memoria chiedendo l'accoglimento dell'appello per le stesse ragioni espresse nel proprio atto di appello proposto avverso la motivazione della sentenza di seguito illustrato.

Ricorso n. 2076 del 2011;

La controinteressata aggiudicataria originaria resistente rimasta soccombente ha impugnato la suindicata decisione criticandola sotto numerosi angoli prospettici e chiedendone la riforma.

Essa ha ribadito e puntualizzato le proprie censure depositando due articolate memorie.

L'amministrazione appaltante ha depositato una articolata memoria chiedendo l'accoglimento dell'appello per le stesse ragioni espresse nel proprio atto di appello proposto avverso il dispositivo della sentenza.

L'appellata ha depositato una memoria di costituzione rilevando che l'autocertificazione depositata dall'appellante società era priva della sottoscrizione apposta ad ogni pagina; che il bando di gara non poteva derogare alle norme di legge in materia; che non era possibile invocare la generale disciplina in materia di ingresso di cittadini extracomunitari in Italia in quanto dettata per soddisfare differenti esigenze; la differenza di prezzo tra i dispositivi offerti dalla Toshiba e quelli offerti dalla Medison Italia si giustificava nel differente livello

qualitativo del prodotto, ed essa non era mai stata contattata dal Ministero della Difesa per verificare la possibilità di ridurre volontariamente il prezzo della propria offerta.

Conclusivamente essa ha chiesto di respingere l'appello

All'adunanza camerale del 19 aprile 2011 fissata per la deliberazione sulla domanda di sospensione dell'esecutività dell'appellata decisione la Sezione, con ordinanza n. 01753/2011 ha accolto istanza di sospensione cautelare della sentenza avendo ritenuto che" ad una sommaria deliberazione, propria della fase cautelare, paiono fondati i motivi di appello, relativi alla presenza del requisito previsto dalla legge di insussistenza di condanne penali in capo all'amministratore unico della società aggiudicataria, in ogni caso pienamente comprovato con documentazione successiva proveniente dal paese di origine e che sussiste il requisito del pregiudizio estremamente grave e irreparabile, che deriverebbe dalla esecuzione della impugnata sentenza, anche e soprattutto in relazione all'interesse pubblico alla scelta del giusto contraente;" fissando per il merito la udienza di discussione del 5 luglio 2011.

Alla odierna pubblica udienza del 22 novembre 2011 i suindicati ricorsi sono stati posti in decisione.

DIRITTO

1.L'appello proposto dall'amministrazione avverso il dispositivo della sentenza suindicata deve essere riunito all'appello avverso la sentenza successivo alla pubblicazione della motivazione proposto dalla

aggiudicataria soccombente Medison Italia s.r.l., ed essi sono certamente ammissibili (ex multis Consiglio Stato , sez. VI, 06 febbraio 2009 , n. 693).

2.Essi sono fondati e vanno accolti, con conseguente riforma dell'impugnata decisione, reiezione del ricorso di primo grado e salvezza degli atti impugnati.

2.1. Va premesso che esattamente la decisione di primo grado, alla stregua di quanto disposto dal bando di gara, ha ritenuto che la (inutile) formalità della sottoscrizione in ogni pagina dell'autodichiarazione, ove omessa, non legittimasse alcuna statuizione espulsiva.

2.1.1. La predetta decisione, tuttavia, è giunta a conclusioni non condivisibili - anche e soprattutto avuto riguardo alle prescrizioni del bando di gara- con riferimento alla possibilità per il legale rappresentante della Medison Italia s.r.l. di avvalersi dello schema legale (e del modulo predisposto dall'amministrazione stessa) di autodichiarazione previsto nell'art. 38 del d.Lgs. 12 aprile 2006 n.163 (e ciò in disparte la circostanza che l'appellante società Medison Italia s.r.l. ha fatto presente che il certificato del casellario giudiziale proveniente dalla competente autorità coreana e relativo al proprio legale rappresentante era in possesso della stazione appaltante sin dai primi giorni del dicembre 2010 - esso era datato 1 dicembre 2010- e non era stata esibito).

2.2. A tal proposito, appare utile precisare che il Collegio condivide

la pacifica giurisprudenza amministrativa, secondo cui in sede di gara pubblica, le clausole poste a pena di esclusione devono essere chiare e puntuali e, nella eventuale incertezza interpretativa, deve essere favorita, anche nell'ottica della più ampia partecipazione di concorrenti, un'a interpretazione meno restrittiva delle stessa che, comunque, non lede la par condicio tra i concorrenti(ex multis, Consiglio Stato , sez. V, 28 settembre 2005 , n. 5194).

2.2.1. In armonia con tale canone ermeneutico, si evidenzia che il punto 4 del disciplinare di gara, lettera f), introduceva unicamente, per quanto di interesse nell'odierna causa, una distinzione tra “ imprese aventi sede legale in Italia od in uno dei Paesi dell'Unione europea” ed “imprese aventi sede legale presso un paese non appartenente all' Unione europea”.

Nulla il bando prevedeva con riferimento alla ipotesi in cui il legale rappresentante di una “impresa avente sede legale in Italia od in uno dei Paesi dell'Unione europea”- quale indubbiamente è la appellante Medison Italia s.r.l. - fosse a propria volta cittadino extracomunitario. La prescrizione suddetta prevedeva quindi che – per le “ imprese aventi sede legale in Italia od in uno dei Paesi dell'Unione europea” - venisse resa dichiarazione relativa ad “eventuali carichi penali” rilasciata da tutti i soggetti attualmente in carica, indicati nell' art 38 comma 1 lett. b) e c) del d.Lgs 12 aprile 2006 n.163 , avvertendo che a tal scopo poteva essere utilizzato l'apposito modulo fornito dell'amministrazione.

Viceversa, invece, si prevedeva nel medesimo punto 4 del disciplinare di gara, lettera f) per le “imprese aventi sede legale presso un paese non appartenente all’ Unione europea” che i soggetti in carica indicati nell’ art 38 comma 1 lett. b) e c) del d.Lgs 12 aprile 2006 n.163 dovessero “presentare a pena di esclusione, dell’estratto del casellario giudiziale in originale” corredato – sempre a pena di esclusione- “da traduzione in lingua italiana e da apposita dichiarazione, rilasciata dalle rappresentanze consolari o diplomatiche italiane presso detto stato attestante che il testo della traduzione italiana e conforme a quello del documento originale.”.

2.3. Osserva il Collegio che, ove detta ultima prescrizione fosse stata inserita nel corpo delle prescrizioni relative alle “ imprese aventi sede legale in Italia od in uno dei Paesi dell’Unione europea” e riferita all’eventualità che uno dei soggetti delle predette compagnie societarie obbligati a rendere la dichiarazione avesse nazionalità extracomunitaria, non potrebbe dubitarsi della esattezza della doverosità della adozione di un eventuale provvedimento espulsivo.

2.3.1. Così tuttavia non era, ed il principio della tassatività delle clausole di esclusione esclude ogni estensione analogica anche ad una fattispecie che, per il vero, presenta qualche similitudine con quella specificamente normata dal bando.

3. Posto che appare incontestabile che l’appellante si attenne specificamente alle prescrizioni del bando; che in ogni caso appare evidente la buona fede della società appellante che, comunque,

provvide ad “integrare” la prescritta dichiarazione, e che dalla stessa non risultano cause ostative, appare censurabile la declaratoria di illegittimità dell’operato della stazione appaltante contenuta nell’impugnata decisione.

3.1. Si rammenta in proposito che per pacifica giurisprudenza la *lex specialis* costituisce vincolo (oltre che per i partecipanti alla selezione anche e soprattutto) per la stazione appaltante; che quest’ultima, quindi, non avrebbe potuto discostarsi dal bando ponendo a supporto della esclusione auspicata dall’appellata una prescrizione non ricavabile dal bando medesimo; che nessun difetto di istruttoria è ravvisabile posto che, comunque, prima della sottoscrizione del contratto (avvenuta il 22 dicembre 2010) l’appellante società documentò – nei termini congrui avuto riguardo alla circostanza che questi era cittadino coreano-) l’assenza di cause ostative anche in capo al proprio legale rappresentante (certificato datato 1 dicembre 2010 prodotto il 7 dicembre 2010).

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha ancora di recente affermato che

“nelle gare pubbliche l’integrazione documentale è ammissibile solo per la documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione, per cui non è possibile rettificare, precisare o comunque modificare gli elementi costitutivi dell’offerta, e comunque essa non costituisce un obbligo assoluto ed incondizionato per la stazione appaltante, ma incontra precisi limiti

applicativi ravvisabili nella necessità del rispetto della par condicio, atteso che l'art. 6, l. 7 agosto 1990 n. 241 non può essere invocato per supplire all'inosservanza di adempimenti procedurali significativi o all'omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara; nella non riferibilità agli elementi essenziali della domanda, salvo che gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione non espressamente documentato, mentre deve ritenersi ammissibile nei casi di equivoche clausole del bando relative alla dichiarazione o alla documentazione da integrare o chiarire.”.(Consiglio Stato , sez. V, 24 marzo 2011 , n. 1778).

Nel caso di specie, la clausola più volte richiamata non era equivoca, nel senso che obbligava l'appellante unicamente all'adempimento da questi posto in essere.

La stazione appaltante non avrebbe potuto disapplicarla in senso sfavorevole all' appellante.

Essa, semmai, preso atto eventualmente della circostanza che la lettera del bando aveva “tradito” la ratio della prescrizione, avrebbe comunque potuto invitare l'appellante ad integrare la documentazione che (non per sua colpa) questi non aveva prodotto, ma giammai escluderla dalla gara.

3.2.L'appellata rileva in senso contrario a quanto finora affermato, che il bando non avrebbe potuto derogare alle vigenti disposizioni di legge.

3.2.1.L'eccezione non appare condivisibile: in disparte la circostanza che il bando di gara non potrebbe derogare unicamente a disposizioni cogenti di ordine pubblico, si rileva che nel caso di specie esso non poneva alcuna deroga a norme imperative, ma precisava e circoscriveva sotto il profilo soggettivo il quomodo dell'applicazione di una disposizione di legge (il più volte citato art. 38 del d.Lgs 163/2006): esattamente l'appellante vi si conformò, e da tale conformazione non avrebbero potuto discendere conseguenze espulsive in pregiudizio della predetta società.

3.3. Che poi non sia contestato che comunque venne acquisita la documentazione relativa agli eventuali precedenti penali ostativi maturati in Corea dal legale rappresentante dell'appellante, e che questa fosse negativa, comprova vieppiù la fondatezza dei riuniti appelli.

4.Da tali elementi discende l'accoglimento dei riuniti appelli, assorbite in dette considerazioni le ulteriori censure riposanti nella qualità di cittadino residente in Italia del predetto legale rappresentante dell'appellante società, e quelle fondate sui requisiti legittimanti la possibilità dello straniero di risiedere in Italia.

5. Conclusivamente vanno accolti i riuniti appelli e, per l'effetto, in riforma della impugnata decisione deve essere respinto il ricorso di primo grado.

6.La particolarità e parziale novità delle questioni esaminate legittimano l'integrale compensazione tra le parti delle spese

processuali sostenute.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sui riuniti appelli, numero di registro generale 1341 del 2011 e numero di registro generale 2076 del 2011, come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso proposto in primo grado.

Spese processuali compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/12/2011

IL SEGRETARIO

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