

N. 00395/2015REG.PROV.COLL.

N. 04197/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4197 del 2014, proposto da:
ESTAV Sud Est – Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi di Area Vasta,
in persona del Commissario p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv.to Gaetano Viciconte ed elettivamente domiciliato presso lo studio
dell'avv. Gennaro Terracciano, in Roma, largo Arenula, 24,

contro

K.W. APPARECCHI SCIENTIFICI S.R.L.,
in persona del legale rappresentante p.t.,
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Vinti e Sebastiano Del Santo ed
elettivamente domiciliata presso lo studio del primo, in Roma, via Emilia, 88

nei confronti di

Fri.Med S.r.l.,
in persona del legale rappresentante p.t.,
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Prencipe e Matteo Mazzone ed
elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, via G. Antonelli, 45,

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - SEZIONE I n. 00519/2014, resa tra le parti, concernente
aggiudicazione gara per la fornitura triennale di frigoriferi congelatori ed apparecchiature per la
produzione del freddo per le aziende sanitarie del territorio.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'appellata e della cointeressata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 17 dicembre 2014, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Gaetano Viciconte per l'appellante, l'avv. Elia Barbieri, in sostituzione dell'avv. Stefano Vinti, per l'appellata e l'avv. Matteo Mazzone per la cointeressata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – La società odierna appellata ha partecipato alla gara mediante procedura aperta per la fornitura triennale di frigoriferi, congelatori ed apparecchiature per la produzione del freddo da destinare alle Aziende Sanitarie di competenza, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta da Estav Sud – Est con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in data 19.3.2013.

La stessa, classificatasi al secondo posto della relativa graduatoria finale, proponeva innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione e gli atti presupposti, deducendo quattro motivi di impugnazione.

Il T.A.R., con la sentenza indicata in epigrafe, accoglieva il ricorso, sull'assunto della fondatezza del primo motivo, con il quale la ricorrente, premesso che l'allegato 2 del disciplinare di gara impone di specificare nella domanda di partecipazione i nomi dei rappresentanti legali della ditta, deduceva che l'aggiudicataria ha ommesso di indicare l'amministratore delegato, con poteri di firma, Palladino Roberto, con conseguente violazione, oltre che della lex specialis di gara, degli artt. 38 e 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006.

Per il T.A.R., una volta constatato che "il disciplinare di gara impone la presentazione della domanda di partecipazione in conformità allo stampato costituente l'allegato n. 2" e che "nel compilare il predetto allegato la società controinteressata, per mano del legale rappresentante Palladino Maurizio, nell'apposito paragrafo richiedente l'indicazione delle persone cui è attribuita la rappresentanza legale, ha ommesso di scrivere il nominativo di Palladino Roberto, pur ricoprendo il medesimo la carica di amministratore delegato con poteri di firma" (pag. 6 sent.), la contestuale dichiarazione del possesso dei requisiti generali di onestà ed affidabilità morale, di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, deve intendersi "riferita al solo Palladino Maurizio (cioè all'unico rappresentante legale indicato in sede di gara), mentre nessuna attestazione è stata prodotta in relazione all'altro rappresentante legale" (pag. 7 sent.).

Tale conseguente omissione di dichiarazione per l'altro amministratore, ad avviso del Giudice di primo grado, "si traduce nella violazione del citato allegato n. 2, nella parte in cui prescrive, a pena di esclusione, la dichiarazione di assenza di condanne riportate da tutti i rappresentanti legali" (ibidem).

Né, ha concluso la sentenza impugnata, la clausola contenuta nell'allegato in questione (secondo cui "la mancata compilazione dell'apposito riquadro, deputato all'elencazione dei reati per i quali è stata riportata condanna definitiva, equivale alla dichiarazione che i legali rappresentanti non sono stati condannati in via definitiva per alcun illecito") consente di deporre in senso contrario, atteso che "tale clausola ammette la mancata dichiarazione di assenza di carichi penali in capo ai soggetti elencati nella domanda di partecipazione, ma non consente di soprassedere dalla specificazione del nominativo dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza (specificazione richiesta nell'apposito paragrafo a pagina 2 dell'allegato), in quanto si limita ad equiparare la mancata compilazione della tabella concernente le condanne riportate all'attestazione di assenza

di condanne definitive in capo ai legali rappresentanti dichiarati in sede di gara” (pagg. 7 – 8 sent.).

Con l’atto di appello all’esame ESTAV Sud Est assume l’erroneità della sentenza del T.A.R. con unico, articolato, motivo, insistendo per la legittimità della controversa ammissione alla gara dell’impresa poi risultata aggiudicataria.

Questa si è costituita in giudizio, a sostegno delle ragioni esposte dall’appellante.

Si è pure costituita la società originaria ricorrente, chiedendo la reiezione dell’appello e la conferma della sentenza impugnata, all’uopo riproponendo i motivi del ricorso di primo grado dichiarati assorbiti dal T.A.R.

L’appellata ha successivamente depositato una memoria difensiva in data 27 novembre 2014, cui le controparti hanno replicato con memorie in data 4 e 5 dicembre 2014.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 17 dicembre 2014.

2. – La Sezione ritiene di dover preliminarmente dichiarare la inammissibilità della costituzione in giudizio, con atto non notificato, dell’originaria aggiudicataria, per chiedere l’accoglimento dell’appello, in quanto il controinteressato soccombente in primo grado ha l’onere di proporre appello e non ha legittimazione, quale parte principale e necessaria del giudizio di primo grado, ad assumere nel giudizio di impugnazione una posizione adesiva di mero interveniente al fine di rimuovere una soccombenza "principale" sancita dal "decisum" di primo grado (Cons. St., III, 24 maggio 2013, n. 2838).

3. – Nel mérito della vicenda contenziosa, le critiche mosse con l’atto di appello alla sentenza impugnata non sono condivisibili, sì che lo stesso va respinto.

In primo luogo va osservato che, a norma della lex specialis di cui si tratta, ciascun concorrente era tenuto a presentare la domanda di partecipazione secondo il modello di cui all’Allegato n. 2 al Disciplinare di gara.

Tale modello imponeva in particolare ad ogni impresa di dichiarare anzitutto quali fossero, all’interno della propria compagine, i soggetti dotati di poteri di rappresentanza e poi, a pena di esclusione, che, tra gli altri, gli “amministratori muniti di poteri di rappresentanza” non si trovassero in alcuna delle cause di esclusione, di cui all’art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006.

Orbene, in sede di domanda di partecipazione alla gara, l’impresa originaria aggiudicataria ha presentato una dichiarazione, resa dall’amministratore Maurizio Palladino, dalla quale risultava che la rappresentanza legale della stessa è attribuita al solo dichiarante (ché solo il suo nominativo veniva esposto alla relativa, specifica, “voce” del modulo di partecipazione) e, di seguito, che non ricorreva nessuna delle cause di esclusione di cui all’art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 e, in particolare, che nei confronti degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza “non è pendente procedimento per l’applicazione di una delle misure di prevenzione ...” e “non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato ...”.

Ritiene il Collegio che, in presenza di una normativa di gara così strutturata (che, si ripete, richiedeva l’indicazione, nel contesto di una unica dichiarazione, delle persone cui è attribuita la rappresentanza legale dell’impresa e di seguito la dichiarazione della insussistenza delle cause di esclusione anzidette), l’incompleta (incontestatamente) indicazione degli amministratori dotati di poteri di rappresentanza (espressamente richiesta nella sede della predetta dichiarazione), nella fattispecie con riguardo alla figura di un consigliere – amministratore delegato ulteriore rispetto a quello nominativamente indicato (la cui esistenza veniva poi rilevata dall’Amministrazione solo dal certificato di iscrizione alla Camera di Commercio depositato dopo l’aggiudicazione provvisoria su richiesta dell’Amministrazione stessa), non consenta di ricondurre la contestuale dichiarazione

dell'assenza di elementi ostativi alla partecipazione, pur resa con generico riferimento agli "amministratori dotati di poteri di rappresentanza", anche a detto amministratore.

Invero, con la veduta richiesta di indicazione nominativa dei legali rappresentanti, la *lex specialis* (peraltro non contestata sul punto in primo grado con il possibile strumento del ricorso incidentale), ha con tutta evidenza inteso proprio, nella congrua ottica del soddisfacimento dell'interesse pubblico alla celere e corretta decisione in ordine all'ammissione dei concorrenti alla gara (fase nella quale non a caso il legislatore ha concentrato la prova preliminare del possesso dei requisiti di partecipazione) e del controllo contestuale ed autosufficiente della completezza ed esaustività di quanto dichiarato a titolo di prova preliminare, affidare alla dichiarazione stessa dei concorrenti (da rendersi e valutarsi sempre sulla base degli indefettibili principii di autoresponsabilità, correttezza e buona fede) l'esposizione del quadro in essere delle cariche sociali, cui la successiva dichiarazione di assenza delle cause di esclusione è necessariamente riferita e limitata, ché altrimenti la prima parte della dichiarazione resterebbe inutiliter data e priva di senso alcuno; e ciò in un'ottica di autosufficienza della fase di gara a tali adempimenti dedicata, al fine di evitare qualsiasi attività di eterointegrazione successiva degli elementi richiesti ed acquisiti, suscettibile di collidere con i principii di buon andamento e proporzionalità.

Il caso all'esame si rivela dunque nella sostanza diverso da quello oggetto della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 16/2014 (che tutte le parti nelle ultime difese richiamano a sostegno delle rispettive tesi), che ha concluso sì per la non necessità della menzione nominativa, nella dichiarazione sostitutiva relativa al possesso dei requisiti di cui all'art. 38 cit., di tutti i soggetti muniti di rappresentanza legale dell'impresa (sempre che la identificabilità delle persone stesse sia possibile mediante la consultazione di registri pubblici), ma solo e proprio perché in quel caso la *lex specialis* non richiedeva tale contestuale indicazione; nella fattispecie all'esame, invece, essa è espressamente prevista proprio al fine di riferire ai soggetti così indicati (e solo ad essi) la successiva dichiarazione, resa nell'ambito della stessa ed unitaria manifestazione di conoscenza, della assenza di cause di esclusione per gli amministratori, pur genericamente indicati, muniti di poteri di rappresentanza.

Né, come correttamente ha pure ritenuto il T.A.R., può ritenersi fonte di possibili errori per il dichiarante la clausola esplicativa della tabella (inclusa nello stesso Allegato n. 2) di elencazione dei reati per i quali sia intervenuta condanna definitiva (clausola, secondo cui "la mancata compilazione dell'apposito riquadro, deputato all'elencazione dei reati per i quali è stata riportata condanna definitiva, equivale alla dichiarazione che i legali rappresentanti non sono stati condannati in via definitiva per alcun illecito"), in quanto, in disparte il fatto che una tale "esimente" potrebbe valere solo per la dichiarazione relativa alle sentenze di condanna e non per il restante contenuto della dichiarazione attinente alla generale assenza di cause di esclusione ex art. 38 cit., la equivalenza di cui alla clausola medesima non può che valere, sulla base della già veduta interpretazione unitaria del modello di dichiarazione le cui varie parti acquistano coerente significato solo se – com'è logico e necessario – l'una valga a dare significato e valore all'altra, per quei soli soggetti cui la dichiarazione non resa deve intendersi riferita e dunque per quei soggetti espressamente indicati come amministratori, in ossequio a quanto espressamente richiesto dal modello di domanda.

In sostanza, dunque, si verte in ipotesi di mancata dichiarazione, per quanto concerne uno degli amministratori della società originaria aggiudicataria (a prescindere dalla questione, del tutto esulante dall'ambito del presente giudizio, della legittimazione di una persona munita dei relativi poteri rappresentativi a presentare le dichiarazioni prescritte anche per gli altri legali rappresentanti), della assenza di elementi ostativi alla partecipazione, che costituisce elemento essenziale dell'offerta (o comunque è dovuta ai sensi del comma 2 dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006), sì che la sua mancanza (suscettibile di produrre l'esclusione automatica ai sensi del comma 1-bis dell'art. 46 del D. lgs. cit.), determina, in presenza di espressa comminatoria – come accade nel caso di specie - di esclusione prevista dalla legge di gara per tale omissione, la conseguente espulsione dalla stessa.

Quanto alla tesi, pure perorata con l'atto di appello, della necessità in tal caso di un soccorso istruttorio da parte dell'Amministrazione, con conseguente possibilità di integrazione della documentazione, essa non appare sostenibile, perché in un caso siffatto non si sarebbe trattato della integrazione della dichiarazione già resa ma incompleta, ma di invitare la ditta a produrre ex novo una dichiarazione del tutto mancante, relativa al Consigliere Amministratore delegato la cui indicazione era stata omessa in sede di elencazione dei soggetti con rappresentanza legale, avente autonoma rilevanza rispetto alla restante produzione documentale.

Ne deriva, ad avviso del Collegio, che la salvezza dell'ammissione alla gara dell'originaria aggiudicataria determinerebbe una patente violazione dei principi di par condicio, in una materia, quella specifica delle gare pubbliche, in cui l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti non può essere considerata alla stregua di un'irregolarità sanabile in applicazione dell'art. 46 del codice dei contratti e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma (almeno per le gare *ratione temporis* sottratte al nuovo regime di cui al comma 2-bis dell'art. 38 cit.), non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali; e ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara (*ex plurimis*, Cons. St., V, 5 settembre 2011, n. 4981, nonché, da ultimo, Cons. Stato, V, n. 4842 del 30.9.2013 e Cons. St., III, 15 gennaio 2014, n. 123).

In ogni caso, non avendo comunque la stazione appaltante, nella situazione determinatasi, chiesto una integrazione avvalendosi dell'art. 46 cit., solo la proposizione di un ricorso incidentale in primo grado da parte dell'aggiudicataria, che avrebbe invero potuto sostenere che se fosse stata interpellata ex art. 46 avrebbe potuto eliminare il vizio, sarebbe potuta essere utile a consentire la verifica della sussistenza o meno nel caso di specie delle condizioni per l'applicazione di tale norma; ma ricorso incidentale in tal senso non v'è stato.

4. – In definitiva l'appello deve essere respinto e la sentenza impugnata va confermata, restando assorbiti i motivi del ricorso di primo grado in questa sede riproposti in via con tutta evidenza subordinata.

5. - In relazione alle peculiarità della fattispecie sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti spese ed onorari del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo respinge e, per l'effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, addì 17 dicembre 2014, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/01/2015

IL SEGRETARIO

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