



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 2069 del 2010, proposto da:
Otis Servizi s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Cassamagnaghi,
Angelo Vantaggiato, e Andrea Vischi, elettivamente domiciliata presso lo studio
del secondo, in Lecce, via Zanardelli, 7;;

contro

Provincia di Brindisi, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Elsa Modeo, con
domicilio eletto presso Alfredo Lonoce, in Lecce, via C. De Giorgi, 19;

per l'annullamento

- del provvedimento della Provincia di Brindisi con cui si è provveduto ad
aggiudicare definitivamente alla società SA.EL. Salento Elevatori s.r.l. la procedura
aperta bandita dalla Provincia di Brindisi ed avente ad oggetto l'affidamento, per
un periodo di tre anni, dei lavori di manutenzione ordinaria, di pronto intervento e
di interventi straordinari degli impianti di elevatori e servo scala installati presso gli

edifici esistenti nella zona Nord del territorio provinciale e di pertinenza della Provincia (CIG 0537121E41);

- per quanto occorra della nota del Dirigente del Servizio Finanziario, pubblicata sul sito internet della Provincia di Brindisi in data 26 novembre 2010, con cui è stata data notizia dell'aggiudicazione della suddetta procedura di gara alla ditta SA.EL. Salento Elevatori S.r.l.;

- di tutti i verbali di gara, dei relativi eventuali allegati e dei provvedimenti ivi espressi;

- di ogni altro atto presupposto, preparatorio, conseguente e connesso a quelli sopraindicati,

nonché per l'accertamento del diritto di OTIS Servizi S.r.l. ad ottenere l'aggiudicazione della suddetta procedura di gara,

e per la condanna della Provincia di Brindisi al risarcimento del danno, in via preferenziale, in forma specifica, mediante la suddetta aggiudicazione o subentro – previa, ove occorra, declaratoria di inefficacia del contratto qualora medio tempore stipulato con l'aggiudicataria – della procedura di gara ed, in via subordinata, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Brindisi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2011 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti l'avv. Vantaggiato, per la ricorrente, l'avv. Lonoce, in sostituzione dell'avv. Modeo, per la P.A.;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Atteso che sussistono effettivamente i presupposti per pronunciare sentenza resa in forma semplificata stante la manifesta fondatezza del ricorso per le seguenti ragioni in fatto e diritto:

1. La società ricorrente, seconda classificata, impugna la determinazione di aggiudicazione definitiva per l'affidamento, per tre anni, della manutenzione degli impianti elevatori e servo scala presso gli edifici della zona nord della provincia di Brindisi alla SA.EL. Salento Elevatori s.r.l., nonché gli atti ad essa presupposti e consequenziali, chiedendo, altresì, il risarcimento del danno subito.

2. A sostegno del gravame la ricorrente lamenta:

a) la violazione della lex specialis (art. 15 del bando di gara e punto 3 del disciplinare) in combinato disposto con l'art. 38 d.lgs. 163/2006, la violazione dell'art. 97 Cost. e del principio della par condicio, nonché l'eccesso di potere per carenza istruttoria e di motivazione;

b) la violazione dell'art. 79 del d.lgs n. 163/2006.

3. Si è costituita l'Amministrazione intimata eccependo l'inammissibilità e concludendo, in via gradata, per la reiezione del ricorso.

4. Alla Camera di Consiglio del 13 gennaio 2011 fissata per la trattazione della istanza cautelare la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a..

5. Va preliminarmente dichiarata l'infondatezza di ogni eccezione concernente la non tempestività del ricorso, ex art. 120, comma 5, c.p.a., limitatamente alla mancata impugnativa dei verbali di gara, atteso che, essendo atti endoprocedimentali che non definiscono la procedura ad evidenza pubblica, difettano del necessario carattere della immediata lesività, onde per l'eventuale impugnativa, quali atti presupposti, necessita comunque la conclusione del procedimento medesimo con l'aggiudicazione.

6. Ciò posto, il ricorso è fondato e va accolto nei termini di seguito esposti, con assorbimento delle ulteriori censure dedotte.

7. Sostiene, in primo luogo, parte ricorrente che la costituenda ATI risultata aggiudicataria doveva essere esclusa già in sede di verifica della regolarità della documentazione amministrativa presentata con l'offerta in quanto due membri del Consiglio di Amministrazione, amministratori muniti del potere di rappresentanza (Emanuele Di Donfrancesco e Cristian Di Donfrancesco), non hanno reso le dichiarazioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, cui erano tenuti.

8. La censura coglie nel segno.

8.1. Il bando di gara indicava espressamente tra le condizioni di partecipazione, di carattere giuridico, all'art. 15, "il possesso dei requisiti d'ordine generale ex ...art. 38, c.1, lett. a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis), m-ter) e m-quater) del d.lgs. n. 163/2006".

8.1.1. Il disciplinare di gara prevedeva, espressamente a pena di esclusione, che nella busta "A – documentazione" dovessero essere contenuti i seguenti documenti: "...3. dichiarazione sostitutiva, resa ai sensi del D.P.R. n. 28.12.2000, n. 445,...:a) di non trovarsi in nessuna delle condizioni di esclusione previste nell'articolo 38 del D.Lgs. 163/06, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis), m-ter) e m-quater) del D.lgs. n. 163/2006, come segue: a.b)...a.c)...a.d) ... (l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento ...la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; del socio e del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, degli amministratori muniti del potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio.".

8.1.2. Il modello di dichiarazione sostitutiva, allegato al disciplinare puntualizzava, infine, a maggiore chiarimento: “Le dichiarazioni di cui ai punti a.b), a.c), a.d) devono essere rese anche dai soggetti previsti dall’art. 38, comma 1, lettere b) e c) del D.lgs. 163/06”, sopra richiamati.

8.2. A tal proposito, il Collegio non ha motivo di discostarsi dal consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa, espresso anche da questa sezione, secondo il quale le Commissioni di gara sono “strettamente vincolate al rispetto delle clausole del bando stabilite espressamente a pena di esclusione ... posto che, in tali ipotesi, l’applicazione rigida della “lex specialis” garantisce la parità di trattamento tra tutti i partecipanti ed evita atteggiamenti arbitrari delle commissioni medesime” (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 3 giugno 2010, n. 1352), sicché, in osservanza di tale disposizione, l’attuale Commissione giudicatrice doveva necessariamente disporre l’esclusione della aggiudicataria.

8.3. Ciò premesso, “considerato che la vigente normativa in materia di appalti pubblici ha, tra le altre, la finalità di evitare che partecipino a procedure di evidenza pubblica soggetti privi dei requisiti morali e professionali, è da ritenersi imprescindibile che l’Amministrazione sia messa da subito in grado di identificare i detti soggetti e di valutare il possesso dei requisiti soggettivi in capo ad essi, talché quando il difetto di documentazione è di ostacolo all’identificazione e alla valutazione in parola, esso è da ritenersi sicuramente causa di esclusione della concorrente dalla gara (cfr.: Cons. Stato, V, 9 giugno 2003 n. 3241; idem 28 maggio 2004 n. 3466)” (T.A.R. Molise Campobasso, sez. I, 10 marzo 2010, n. 172). “L’art. 38, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, nella parte in cui impone alle società di capitali partecipanti a gara pubblica la produzione della dichiarazione sulla sussistenza dei requisiti c.d. di ordine pubblico per gli amministratori muniti del potere di rappresentanza, oltre che per i direttori tecnici, va interpretato nel senso che coloro i quali rivestano cariche societarie, alle quali è per legge

istituzionalmente connesso il possesso di poteri rappresentativi, sono in ogni caso tenuti a rendere la dichiarazione de qua, senza che possa avere alcuna rilevanza l'eventuale ripartizione interna di compiti e deleghe, mentre solo per altri soggetti, quali procuratori o institori, può porsi il problema della verifica in concreto del possesso di siffatti poteri” (Consiglio Stato, sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 8535).

A tal proposito si sottolinea, per inciso che “un’autorevole giurisprudenza ha affermato che i requisiti morali e professionali devono essere valutati in capo ai soggetti che svolgono funzioni rappresentative delle ditte concorrenti nella gare pubbliche, avuto riguardo alle funzioni sostanziali di essi più che alle qualifiche formali, dovendosi l’obbligo della dichiarazione delle condanne ritenere esteso non solo a coloro che rivestono la qualità di amministratore con potere di rappresentanza, ma anche al procuratore dell’impresa, al quale ... siano stati conferiti ampi poteri rappresentativi (cfr.: Cons. Stato VI, 8.2.2007 n. 523; idem V, 9.6.2003 n. 3169; C.G.A. Sicilia Sez. Giur., 27.12.2006 n. 789; T.A.R. Molise 24.5.2007 n. 346; idem 7.12.2007 n. 835)” (T.A.R. Molise Campobasso, sez. I, 10 marzo 2010, n. 172).

L’interesse perseguito dal legislatore con l’art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006 - che richiede determinati requisiti c.d. di moralità nei confronti dell’imprenditore e degli amministratori con poteri di rappresentanza – è, infatti, quello di verificare la condotta di coloro che determinano le scelte all’interno dell’impresa (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 12 novembre 2010, n. 7246).

D’altro canto, “la norma del disciplinare di gara prescrivente la presentazione, a pena di esclusione, di una dichiarazione resa ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000 concernente anche il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all’art. 38, d.lg. n. 163 del 2006 depone per la sanzionabilità di ogni inadempimento od inesatto adempimento attinente anche al contenuto della dichiarazione” (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 09 aprile 2009, n. 1891).

8.4. Ora, nel caso di specie, come evidenziato dalla parte ricorrente, con riferimento alla SA.EL. Salento Elevatori srl aggiudicataria, dalla visura camerale risulta che il sistema di amministrazione adottato da tale ultima società è quello della “amministrazione pluripersonale collegiale” e che, secondo le informazioni desunte dallo Statuto (artt. 18, 19, 21), “ gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società di fronte ai terzi ed in giudizio, con le seguenti modalità: - quando la società è amministrata da un Consiglio di Amministrazione la rappresentanza della società per l’esecuzione delle decisioni del Consiglio spetta a tutti gli amministratori, in via disgiunta tra loro”. In particolare, il Consiglio di Amministrazione risulta composto da tre amministratori in carica e, precisamente, dai sig.ri Andrea Di Donfrancesco, Presidente del C.d.A., Emanuele Di Donfrancesco, Consigliere, e Cristian Di Donfrancesco, Consigliere.

Le dichiarazioni di cui al menzionato art. 38, risultano essere state rese esclusivamente dal Presidente del Consiglio di Amministrazione.

8.5. Pertanto, l’omessa presentazione delle dichiarazioni di cui all’art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 da parte di tutti gli amministratori muniti del potere di rappresentanza, legislativamente prescritta e fatta propria dalla lex specialis di gara, a pena di esclusione, è motivo di esclusione della ditta controinteressata, non essendo sufficiente la sola dichiarazione resa dal Presidente.

Ne consegue la illegittimità della sua ammissione alla gara e di tutto il segmento procedimentale successivo a detta ammissione, ivi compresa l’aggiudicazione della gara alla medesima ditta.

9. In merito alla domanda del risarcimento dei danni, il Collegio rileva che allo stato, non può essere accolta, in quanto dal pronunciato annullamento consegue un effetto conformativo in ordine all’ulteriore attività dell’Amministrazione, che costituisce esso stesso un tipo di risarcimento in forma specifica adatto alle caratteristiche della fattispecie (Consiglio di Stato VI, 4 settembre 2002, n. 4435),

impregiudicate restando le azioni proponibili, in ipotesi, all'esito del riesercizio del potere amministrativo (Consiglio di Stato IV, 30 aprile 2003, n. 2329).

10. Peraltro, in considerazione dell'intervenuta comunicazione, ex art. 243 bis del d.lgs. 163/2006, in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale per i vizi lamentati, del 21 dicembre 2010, senza esito, le spese e le competenze di giudizio sono poste a carico dell'Amministrazione, parte soccombente, e si liquidano, in via equitativa, come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati;
- b) condanna l'Amministrazione al pagamento, a favore della ricorrente, delle spese e competenze di giudizio che liquida in € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre a C.P.A. e I.V.A., come per legge.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Patrizia Moro, Primo Referendario

Gabriella Caprini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2011

IL SEGRETARIO

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