

N. 00006/2010 REG.SEN.

N. 00069/2009 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 69 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Snowstar S.p.A. in proprio e quale Mandataria dell'Ati Snowstar S.p.A. - Droz S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Ciccia, Nicole Joris, con domicilio eletto presso Nicole Joris in Aosta, via Festaz, 7;

contro

Comune di Rhemes-Notre-Dame, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Paola Roulet, con domicilio eletto presso Valle D'Aosta Segreteria T.A.R. in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

nei confronti di

Technoalpin A.G. S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Hebert D'Herin, Fabio Fantini, con domicilio eletto presso Valle D'Aosta Segreteria T.A.R. in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

per l'annullamento

- del provvedimento -non noto- di aggiudicazione provvisoria alla società TechnoAlpin spa di Bolzano all'esito della procedura negoziata, ai sensi dell'art. 57, comma 2, del D.Lgs. 163/2006, per l'affidamento della fornitura e posa in opera delle componenti elettromeccaniche, delle reti tecnologiche dell'impianto di innevamento artificiale e la realizzazione delle opere civili connesse e accessorie del comprensorio sciistico di Rhemes-Notre-Dame, CIG 035249366B;

- di tutti gli atti antecedenti, successivi, presupposti, conseguenti, connessi, collegati e derivati, compresi in particolare la lettera prot. 3920 del 24 settembre 2009 con il quale il Comune di Rhemes-Notre-Dame ha effettuato la comunicazione relativa all'aggiudicazione provvisoria, nonché i verbali - non noti - della Commissione Giudicatrice, atti e provvedimenti con i quali la società TechnoAlpin sia stata ammessa e/o riammessa, se esclusa, alla partecipazione alla gara, nonché il provvedimento - non noto nei suoi estremi di identificazione - di aggiudicazione definitiva;

- nonché, come da atto di motivi aggiunti regolarmente notificato e depositato in segreteria il 26/11/2009, del verbale unico di gara per l'affidamento mediante procedura negoziata, ai sensi dell'art. 57, comma 2, del D.L.G.S. 163/2006, della fornitura e posa in opera delle componenti elettromeccaniche, delle reti tecnologiche dell'impianto di innevamento artificiale e la realizzazione delle opere civili connesse e accessorie del comprensorio sciistico di Rhemes-Notre-Dame..

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Rhemes-Notre-Dame e di Technoalpin A.G. S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla ricorrente incidentale Technoalpin A.G. S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2009 il cons. Silvio Ignazio Silvestri e uditi per le parti gli avvocati Nicole Joris per la società ricorrente, Maria Paola Rouillet per il Comune e Hebert D'Herin per la società controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il comune di Rhemes Notre Dame ha bandito una procedura negoziata, ai sensi dell'articolo 57, comma 2, del DLgs 163/2006, per l'affidamento della fornitura e posa in opera delle componenti elettromeccaniche, delle reti tecnologiche dell'impianto di innevamento artificiale e la realizzazione delle opere civili connesse e accessorie del comprensorio sciistico del comune.

Alla gara ha partecipato la Snowstar spa, in Ati con Droz S.r.l., la società TecnoAlpin e la società Sufag; al termine della procedura di gara si è proceduto alla aggiudicazione provvisoria a favore della TecnoAlpin.

Avverso tale atto, e gli altri come descritti in epigrafe, la Snowstar spa propone ricorso deducendo un unico articolato motivo con cui sostiene che la TecnoAlpin avrebbe dovuto essere esclusa perché la garanzia

provvisoria richiesta dal disciplinare di gara prevedeva una durata di 180 giorni dalla scadenza di presentazione dell'offerta e cioè dal 19 agosto 2009; invece la TecnoAlpin aveva presentato una cauzione di 180 giorni decorrenti dalla data di presentazione dell'offerta, indicata nel 6 agosto 2009. Pertanto la cauzione conteneva un termine che scadeva 13 giorni prima di quello richiesto dal bando.

Si sono costituiti in giudizio il comune e la società controinteressata; entrambi hanno controdedotto nel merito e la TecnoAlpin ha proposto un ricorso incidentale con il quale ha eccepito l'inammissibilità del ricorso perché la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara e, perciò, sarebbe carente di legittimazione attiva.

Con un successivo atto la Snowstar ha dedotto motivi aggiunti avverso gli atti di gara ed ha controdedotto al ricorso incidentale.

In presenza di un ricorso incidentale tendente a contestare la legittimazione attiva del ricorrente, il giudice amministrativo deve fondare l'ordine di priorità dell'esame attenendosi ai principi di economia processuale e di logicità, con la conseguenza che deve dare priorità a quello dei due che risulti decisivo per dirimere la controversia (Consiglio Stato, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3076; sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3696; T.A.R. Umbria Perugia, sez. I, 13 agosto 2009, n. 489; T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 30 marzo 2009, n. 837).

Nel caso di specie, il ricorso incidentale appare fondato e viene esaminato in via prioritaria.

Con il primo motivo del ricorso incidentale si sostiene che la Snowstar sarebbe stata illegittimamente ammessa alla gara ancorché avesse prodotto, quale cauzione provvisoria, una fideiussione bancaria intestata soltanto alla Snowstar spa e non anche alla Droz S.r.l., l'altra società partecipante al costituendo RTI; inoltre la polizza non conterrebbe alcuna indicazione della natura collettiva della partecipazione alla gara.

In effetti la fideiussione della Cassa centrale Raiffeisen, datata 3 agosto 2009, risulta espressamente "rilasciata per conto della società Snowstar", inoltre essa è l'unica indicata quale "contraente" nella scheda tecnica; coerentemente, la Cassa centrale Raiffeisen si impegna nei confronti della stazione appaltante al pagamento delle somme dovute da parte della sola Snowstar. In nessun punto della polizza si fa riferimento al fatto che tale società parteciperà alla gara bandita dal comune in costituendo raggruppamento con la Droz S.r.l. né tantomeno si prevede la garanzia per l'operato di tale società.

La censura è fondata: infatti, nel caso di partecipazione di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese ad una gara di appalto, la polizza fideiussoria, mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere intestata non solo alla società capogruppo, ma anche alle mandanti che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, ciò al fine di evitare il configurarsi di una carenza di garanzia per la stazione appaltante con riferimento a quei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata ma dalle mandanti (Consiglio Stato ad. plen., 4 ottobre 2005, n. 8; Consiglio Stato,

sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4648; id. sez. V, 21 aprile 2009, n. 2400; T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 14 aprile 2009, n. 740).

Vale la pena di precisare come la circostanza che la polizza sia sottoscritta anche dal rappresentante legale della Droz non sia di per sé sufficiente a mutarne il contenuto che, senza alcun dubbio, limita gli effetti della garanzia fideiussoria ai soli (eventuali) inadempimenti posti in essere dalla Snowstar.

Né d'altronde ricorrono i presupposti per procedere ad una integrazione documentale, come sembra adombrare una memoria della ricorrente, perché nel caso di specie la garanzia della società Droz manca del tutto e pertanto consentire la produzione di una polizza che prevedesse anche la garanzia per i suoi inadempimenti quando ormai sono scaduti i termini per la presentazione delle offerte si configurerebbe come accettazione di un nuovo documento, da considerare inammissibile, pena la lesione della par condicio (T.A.R. Sardegna, sez. I, 3 luglio 2008, n. 1298).

La società TecnoAlpin deduce poi una ulteriore ragione per la quale la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa, richiamando il paragrafo X del disciplinare di gara il quale richiede che la busta A, riguardante la documentazione amministrativa, contenga, a pena di esclusione, una serie di dichiarazioni sostitutive di notorietà, ai sensi dell'articolo 47 del d.p.r. 445/2000.

In particolare, si prevede alla lettera e) che i requisiti di ordine generale, siano dimostrati dalla dichiarazione sostitutiva di notorietà rilasciata dal legale rappresentante del concorrente, con la quale lo stesso attesta

l'inesistenza di cause di esclusione previste dall'articolo 38 del DLgs n. 163/2006. Tale dichiarazione "deve essere resa da tutti i soggetti indicati dallo stesso articolo 38, lettere b) e c)" e cioè amministratori e altri soggetti ivi espressamente indicati che svolgano incarichi rilevanti nella società.

Poiché alla lettera c) dell'articolo citato si fa riferimento anche alla mancanza di cause di esclusione per i soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente, la TecnoAlpin sostiene che anche per questi la società Snowstar avrebbe dovuto presentare la dichiarazione attestante l'inesistenza delle cause di esclusione.

Tale dichiarazione sarebbe stata necessaria perché in data 2 ottobre 2007 è stata iscritta nel registro delle imprese la cessazione dalla carica di un consigliere di gestione dotato di poteri di rappresentanza: pertanto la omissione costituirebbe una violazione non sanabile neppure con il ricorso alla integrazione documentale di cui all'articolo 46 del DLgs 163/2006.

La ricorrente Snowstar ha controdedotto sul punto evidenziando che la stazione appaltante non ha rilevato nulla in merito a tale mancanza e comunque il disciplinare di gara non prevede a pena di esclusione la dichiarazione per gli amministratori cessati nel triennio

Occorre innanzitutto precisare il contenuto della previsione del disciplinare il quale, una volta richiamata la necessità della dichiarazione sostitutiva di notorietà attestante l'inesistenza di cause di esclusione previste dall'articolo 38 del DLgs 163 / 2006, prevede che "tale

dichiarazione deve essere resa da tutti i soggetti indicati dallo stesso articolo 38, lettere b e c, e quindi: dal titolare o dal direttore tecnico, se si tratti di impresa individuale; dal socio o dal direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo; dai soci accomandatari o dal direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; dagli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o dal direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società".

Come si vede, manca l'esplicito richiamo ai soggetti che siano cessati dalla carica nel triennio precedente, perciò occorre innanzitutto chiarire se la previsione debba estendersi anche nei loro riguardi.

Il collegio ritiene di dover dare una risposta affermativa a tale domanda: sul piano testuale si richiede la dichiarazione da parte di tutti i soggetti indicati dall'articolo 38 mentre la ulteriore specificazione contenuta nel disciplinare, serve solo a precisare il tipo di cariche o incarichi che tali soggetti devono possedere, fermo restando che, secondo lo stesso articolo 38 lettera c), la dichiarazione è necessaria anche se tali soggetti sono cessati dalla carica nel triennio precedente.

Pertanto la previsione deve leggersi nel senso che sono tenuti alla dichiarazione tutti i soggetti che ricoprano le cariche e gli incarichi così individuati, ed inoltre, in applicazione dello stesso articolo richiamato nel disciplinare, tale obbligo incombe anche con riferimento a coloro che siano cessati dal tali cariche nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

D'altronde la estensione dell'obbligo di dichiarazione a tali soggetti prevista dal ridetto art. 38 (che ripete il contenuto dell'articolo 75 del d.p.r. 554/1999, così come introdotto dal d.p.r. 30 agosto 2000, n. 412 dopo la mancata ammissione al visto da parte della Corte dei conti) deve considerarsi una norma di rilevanza pubblica che trova applicazione anche in mancanza di un suo espresso richiamo nel disciplinare di gara in quanto ha la evidente finalità, appunto di interesse pubblico, di impedire alle società i cui titolari fossero incorsi nelle cause di esclusione soggettiva di eludere il divieto di partecipazione alle gare modificando l'assetto societario poco prima di presentare una domanda di partecipazione.

Va comunque chiarito che, alla luce del dato normativo in esame, l'obbligo della dichiarazione sussiste solo qualora vi siano, in concreto, amministratori cessati nel triennio precedente, dovendosi invece escludere, nel silenzio della legge e in mancanza di diverse disposizioni delle norme di gara, la necessità di una espressa dichiarazione circa l'inesistenza di tali soggetti.

Fatte queste considerazioni, occorre rilevare che, dalla visura storica riguardante la società Snowstar spa contenuta nel certificato della Camera di Commercio industria artigianato e agricoltura depositato in ricorso, risulta in effetti che il signor Edgardo Faggiani, cui erano attribuiti una serie di poteri di rappresentanza riconducibili a quelli di un amministratore, è cessato dalla carica in data 2 ottobre 2007; pertanto, non essendo ancora scaduto il triennio al momento della presentazione

dell'offerta, sarebbe stata necessaria una sua autodichiarazione circa l'inesistenza delle cause di esclusione indicate nell'articolo 38.

La ricorrente sostiene invece che la norma in esame debba essere interpretata, compatibilmente con il contenuto delle disposizioni recate dalle direttive Ue nn. 17 e 18 del 2004, nel senso che la mancata dichiarazione circa fatti che non abbiano alcun riflesso negativo sul requisito della "moralità professionale" non può determinare, ex se ed in assenza di invito da parte della stazione appaltante alla integrazione documentale ovvero a fornire chiarimenti, l'esclusione della concorrente dalla selezione (Tar Lazio Roma sezione II, 20 aprile 2009, n. 3984).

Osserva il collegio che il precedente invocato dalla ricorrente non è sovrapponibile alla situazione in esame in quanto in quel caso si trattava di esaminare la posizione del rappresentante legale di una società partecipante alla gara che aveva effettuato la dichiarazione richiesta dall'articolo 38 del DLgs 163/2006 ma aveva ommesso di indicare una sentenza di patteggiamento per omicidio colposo, causato da un incidente stradale, che era stata pronunciata a suo carico.

In quel caso, dunque, non poteva parlarsi di mancanza di dichiarazione ma di dichiarazione incompleta o mendace e il giudice si è espresso nel senso di ritenere non preclusiva ex se tale omissione, anche rifacendosi ai principi desumibili dalle richiamate direttive comunitarie.

La posizione della ricorrente è differente perché non si tratta di dichiarazione incompleta ma è mancata del tutto la dichiarazione relativa ad un amministratore cessato nel triennio antecedente la scadenza del

termine per la presentazione delle offerte; perciò non può parlarsi di integrazione, ammessa solo quando si tratti appunto di integrare un documento tempestivamente presentato, ma di omessa produzione di un documento obbligatoriamente richiesto ai fini dell'ammissibilità dell'offerta.

Né infine potrebbe sostenersi in contrario che, trattandosi di un amministratore cessato dalla carica, e quindi soggetto terzo rispetto alla società partecipante, quest'ultima potrebbe avere avuto difficoltà ad ottenere una autocertificazione da parte sua e, pertanto, l'amministrazione avrebbe semmai dovuto chiedere alla società di integrare la documentazione mediante una autocertificazione prodotta dall'attuale amministratore, attestante la mancanza di cause di esclusione in capo all'amministratore ormai cessato, utilizzando il potere di certificare, nell'interesse proprio, stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza, in applicazione del secondo comma dell'articolo 47 del d.p.r. 445/2000.

Infatti, anche tale speciale dichiarazione avrebbe potuto e dovuto essere effettuata al momento della presentazione dell'offerta; solo in tal caso si sarebbe potuto porre il problema di una eventuale integrazione successiva al fine di confermare la mancanza di ragioni ostative alla partecipazione alle gare da parte dell'amministratore cessato dalla carica (Cons. St. sez. VI, 23 marzo 2007, n. 1423).

In definitiva, risulta accertata la mancanza della dovuta autocertificazione riguardante un amministratore cessato dalla carica e, pertanto, anche questa censura è fondata.

L'accoglimento del ricorso incidentale comporta che la ricorrente principale risulta priva di legittimazione attiva alla proposizione del ricorso che dovrà, conseguentemente, essere dichiarato inammissibile.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

accoglie il ricorso incidentale e dichiara inammissibile il ricorso principale. Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio a favore del comune e della controinteressata Tecnoalpin che liquida in euro 3000,00 (tremila,00) per ciascuna parte, per complessivi euro 6000,00 (seimila,00).

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Paolo Turco, Presidente

Maddalena Filippi, Consigliere

Silvio Ignazio Silvestri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO