

N. 00527/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01359/2010 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 per la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1359 del 2010, proposto da:
Impresa Tagher Srl, rappresentata e difesa dall'avv.to Rosario Torrisi
Rigano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Danilo
Biancospino in Brescia, Via Gramsci n. 30 (Fax=030/3774441);

contro

Comune di Parre, rappresentato e difeso dall'avv.to Angelo Capelli,
con domicilio ex lege presso la Segreteria della Sezione in Brescia,
Via Zima n. 3;

nei confronti di

I.M.E.I. Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Zoppolato,
Laura Pelizzo, Fabio Baglivo, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv.to Mauro Ballerini in Brescia, Viale della Stazione n. 37;
Rovagnati Federica - Procuratore Generale Impresa I.M.E.I. Srl,

Angeli Angela - Amm.Re Unico Impresa I.M.E.I. Srl;

per l'annullamento

- DELLA DETERMINAZIONE DEL RESPONSABILE DEL SERVIZIO IN DATA 21/10/2010 N. 99, DI AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA ALLA CONTROINTERESSATA DELL'APPALTO DEI LAVORI DI AMPLIAMENTO E ADEGUAMENTO DELL'EDIFICIO DELLA SCUOLA PRIMARIA;
- DEL VERBALE DI GARA DEL 19/8/2010, NELLA PARTE IN CUI HA ILLEGITTIMAMENTE AMMESSO LA CONTROINTERESSATA ALLA GARA;
- DI OGNI ALTRO ATTO PREORDINATO, CONSEGUENZIALE E CONNESSO.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Parre e di I.M.E.I. Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto da I.M.E.I. Srl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2011 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente riferisce di aver partecipato alla procedura aperta per l'affidamento dei lavori di ampliamento ed adeguamento dell'edificio della scuola primaria, con importo a base d'asta di 920.000 € (oltre a 30.000 € per oneri della sicurezza). Il sistema di aggiudicazione previsto era quello del prezzo più basso.

Al termine del confronto comparativo tra le 65 imprese ammesse la stazione appaltante aggiudicava i lavori all'impresa I.M.E.I. S.r.l., che ad avviso di parte ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, mentre per effetto del ricalcolo delle medie dei ribassi Tagher si sarebbe piazzata al primo posto della graduatoria.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la ricorrente impugna gli atti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

- a) Violazione dell'art. 38 comma 1 del D. Lgs. 163/2006 e del punto 1, lett. a) specifico d) della rubrica "DOCUMENTAZIONE" del bando di gara, in virtù dei quali le imprese dovevano presentare – a pena di esclusione – una dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti generali da parte degli amministratori muniti del potere di rappresentanza e dei direttori tecnici, poichè la vincitrice non ha prodotto le dichiarazioni che avrebbero dovuto rendere i procuratori generali Rovagnati Federica e Rovagnati Emilio;
- b) Violazione del punto 5 commi 1, 4 e 7 della rubrica "DOCUMENTAZIONE" della lex specialis, illegittimità della presentazione della cauzione provvisoria collegata alla certificazione

UNI ISO 9000.

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione e la controinteressata impresa I.M.E.I., chiedendo la reiezione del gravame. Dopo la costituzione della sola amministrazione, il Collegio ha disposto –con ordinanza 2/12/2010 n. 856 – la rinnovazione della notifica, la quale è andata a buon fine permettendo ad I.M.E.I. di costituirsi e di svolgere le proprie difese.

Con atto depositato il 3/1/2011 la controinteressata propone ricorso incidentale, adducendo che l'offerta della ricorrente doveva essere esclusa per la sussistenza dell'identico elemento ostativo da essa invocata: si tratterebbe dell'omessa dichiarazione del possesso dei requisiti generali del Sig. Innocenzo Barone, procuratore speciale che ha firmato la dichiarazione di presa visione dei luoghi ed ha assunto il ruolo di interlocutore negoziale nell'appalto.

Con ordinanza n. 40, adottata nella Camera di consiglio del 13/1/2011, questo Tribunale ha motivatamente respinto la domanda cautelare.

Durante la discussione pubblica dalla causa all'udienza del 30/3/2011 il legale di parte ricorrente evidenzia l'avvenuta stipulazione del contratto tra il Comune e la controinteressata, e di conseguenza chiede che sia dichiarata l'inefficacia del contratto stesso (manifestando la disponibilità di Tagher al subentro) e che siano applicate le sanzioni previste dal Codice del processo amministrativo. Gli avvocati delle parti resistenti si oppongono

all'accoglimento delle domande illustrate. Di seguito, i ricorsi principale ed incidentale vengono trattenuti in decisione dal Collegio.

DIRITTO

La Società ricorrente censura l'aggiudicazione alla controinteressata della gara indetta dal Comune di Parre per l'affidamento dei lavori di ampliamento ed adeguamento dell'edificio della scuola primaria. Con ricorso incidentale l'impresa dichiarata vincitrice lamenta a sua volta la mancata esclusione della ricorrente dalla procedura competitiva.

L'identità della questione principale sollevata nei contrapposti gravami induce il Collegio ad esaminare prioritariamente il ricorso introduttivo proposto dall'impresa Tagher S.r.l.

1. Con il primo motivo parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 38 comma 1 del D. Lgs. 163/2006 e del punto 1, lett. a) specifico d) della rubrica "DOCUMENTAZIONE" del bando di gara, in virtù dei quali le imprese dovevano presentare – a pena di esclusione – una dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti generali da parte degli amministratori muniti del potere di rappresentanza e dei direttori tecnici, poichè la vincitrice non ha prodotto le dichiarazioni che avrebbero dovuto rendere i procuratori generali Rovagnati Federica e Rovagnati Emilio: dalla lettura del certificato della C.C.I.A.A. si rileverebbe l'ampia latitudine dei poteri operativi, decisionali e di rappresentanza loro riconosciuti, tali da qualificarli come veri e propri "alter ego" dell'amministratore unico.

La censura è priva di pregio.

1.1 Premesso che Rovagnati Emilio non rivestiva la carica di direttore tecnico (cfr. certificato C.C.I.A.A. – doc. 5 ricorrente), il Collegio ritiene di rimeditare l'impostazione pur diffusamente argomentata in sede cautelare, e di aderire alla tesi già avallata dalla propria recente pronuncia 14/1/2011 n. 52. Quest'ultima aveva a sua volta richiamato la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V – 9/11/2010 n. 7967, secondo la quale “Il comma 1 dell’art. 38 d.lg. n. 163 del 2006 ricollega l’esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il comma 2 non prevede analoga sanzione per l’ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione. Da ciò discende che solo l’insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall’art. 38 comporta, "ope legis", l’effetto espulsivo. Quando, al contrario, il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la "lex specialis" non preveda espressamente la pena dell’esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull’oggetto delle dichiarazioni da fornire, facendo generico richiamo all’assenza delle cause impeditive di cui all’art. 38, l’omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un’ipotesi di "falso innocuo", come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o - si ripete - della legge di gara, a fondare l’esclusione, le cui ipotesi sono tassative.”. Ad identica conclusione è pervenuto il T.A.R. Lazio Roma, sez. III – 31/12/2010 n. 39288, e lo stesso orientamento ha trovato conferma

ulteriore in altra recentissima pronuncia (Consiglio di Stato, sez. V – 24/3/2011 n. 1795), la quale ha puntualizzato in aggiunta che “In senso conforme alla prospettata soluzione depone anche l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE che ricollega l'esclusione alle sole ipotesi di grave colpevolezza di false dichiarazioni nel fornire informazioni, non rinvenibile nel caso in cui il concorrente non consegua alcun vantaggio in termini competitivi, essendo in possesso di tutti i requisiti previsti”.

1.2 La controinteressata ha dimostrato che, sotto il profilo sostanziale, i due procuratori Rovagnati Federica e Rovagnati Emilio non hanno riportato alcuna condanna e non risultano procedimenti penali pendenti a loro carico (cfr. doc. 8 I.M.E.I.), mentre la ricorrente non ha sul punto offerto elementi in senso contrario.

1.3 Per il resto il Collegio osserva che l'art. 38 comma 1 del D. Lgs. 163/2006 statuisce che “Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi” i soggetti nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, se la pendenza del procedimento riguarda gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico (in presenza di Società a responsabilità limitata); identica previsione riguarda gli stessi soggetti “nei cui confronti è stata

pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18”.

Nel caso di specie, il titolo IV del bando – alla rubrica “DOCUMENTAZIONE” – contemplava espressamente la dichiarazione sostitutiva circa l'inesistenza di cause di esclusione dalle gare d'appalto per l'esecuzione di lavori pubblici di cui alle lettere b), c) e m-ter) comma 1 dell'art. 38 del D. Lgs. 163/2006. La stessa prescrizione individuava poi – come soggetti destinatari dell'obbligo di presentare la dichiarazione (per gli altri tipi di Società, come le Società di capitali) – “tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e il direttore/i tecnico/i ...”. Il titolo V stabiliva poi che la mancata presentazione anche di una sola delle dichiarazioni o documenti precedenti ovvero l'incompletezza sostanziale degli stessi avrebbe comportato l'esclusione dalla gara.

1.4 Una norma che limita la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese – essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione – in quanto tale assume carattere eccezionale ed è,

quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse, quale è quella dei procuratori. E' stato in proposito precisato (Consiglio di Stato, sez. V – 25/1/2011 n. 513) che “Peraltro, anche l'applicazione analogica sarebbe opinabile, in presenza di una radicale diversità della situazione dell'amministratore, cui spettano compiti gestionali e decisionali di indirizzi e scelte imprenditoriali e quella del procuratore, il quale, benché possa essere munito di poteri di rappresentanza, è soggetto dotato di limitati poteri rappresentativi e gestionali, ma non decisionali (nel senso che i poteri di gestione sono pur sempre circoscritti dalle direttive fornite dagli amministratori). In altri termini le manifestazioni di volontà del procuratore possono produrre effetti nella sfera giuridica della società, ma ciò non significa che egli abbia un ruolo nella determinazione delle scelte imprenditoriali, lasciate all'amministratore. Si deve, quindi, prendere atto che l'art. 38 del d.lgs. n. 163/06 - nell'individuare i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione - fa riferimento soltanto agli <<amministratori muniti di potere di rappresentanza>>: ossia, ai soggetti che siano titolari di ampi e generali poteri di amministrazione, senza estendere l'obbligo ai procuratori. La soluzione accolta, oltre ad essere maggiormente rispondente al dato letterale del citato art. 38, evita che l'obbligo della dichiarazione possa dipendere da sottili distinzioni circa l'ampiezza dei poteri del procuratore, inidonee a garantire la certezza del diritto sotto un profilo di estrema rilevanza per la libertà di iniziativa economica delle

imprese, costituito dalla possibilità di partecipare ai pubblici appalti”.

1.5 Non incide pertanto sulle riflessioni svolte l'invocata differenza tra le mansioni di un procuratore speciale come il Sig. Barone – semplice dipendente della Società, con poteri circoscritti alla mera attività esecutiva per l'adempimento contrattuale, privo di delega a presentare offerte – ed i procuratori generali (soci veri e propri contemplati dalla certificazione CCIAA, dotati della capacità di presentare offerte in pubbliche gare): condividendo infatti appieno l'impostazione sostanzialistica delle pronunce citate, non si ravvisa in ogni caso il vizio dedotto, trattandosi comunque di procuratori – e dunque di soggetti distinti dagli amministratori muniti del potere di rappresentanza – per i quali in concreto non sussistono le cause di esclusione ex art. 38 comma 1 del D. Lgs. 163/2006.

2. Con ulteriore doglianza parte ricorrente assume la violazione del punto 5 commi 1, 4 e 7 della rubrica “DOCUMENTAZIONE” della lex specialis e l'illegittimità della presentazione della cauzione provvisoria di importo dimezzato collegata alla certificazione UNI ISO 9000: la vincitrice si sarebbe indebitamente avvalsa della riduzione del 50% in quanto la certificazione di qualità esibita si riferiva alla propria sede secondaria di Cormano (MI), la cui attività prevalente è l'installazione di impianti e linee telefoniche e telecomunicazioni. Si tratterebbe di sede non coincidente e di un'attività radicalmente diversa da quella necessaria per la partecipazione alla gara.

La censura è infondata.

2.1 Dall'esame del certificato prodotto in atti (doc. 3 ricorrente), risulta tra le attività oggetto di qualificazione anche la "realizzazione di edifici civili".

2.2 L'art. 4 comma 2 del D.P.R. 34/2000, stabilisce espressamente che "la certificazione del sistema di qualità aziendale e la dichiarazione della presenza degli elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità aziendale si intendono riferite agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso, con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche", mentre nello stesso senso anche l'allegato C al D.P.R. 34/2000 segnala che "gli elementi di sistema qualità.... fanno riferimento essenzialmente ad aspetti gestionali delle attività di impresa", con la conseguenza che "la dichiarazione di esistenza di elementi di sistema qualità da parte degli organismi di certificazione è relativa ai suddetti aspetti gestionali dell'impresa, che li applicherà ai lavori delle diverse categorie per le quali l'impresa stessa intende qualificarsi". Ad avviso della giurisprudenza del T.A.R. Lombardia Milano, sez. III – 6/6/2005 n. 1181 (seppur anteriore al D. Lgs. 163/2006 ma riferita agli appalti di lavori), il suddetto sistema normativo "confluisce quindi nell'evidenziare che la certificazione di cui trattasi è diretta ad attestare la capacità organizzativa e operativa dell'impresa con riferimento alla globalità delle lavorazioni eseguite, e garantisce che, nel settore considerato, i processi produttivi oggetto di verifica

sono esercitati in regime di qualità; il che rende superflua la specifica indicazione delle singole categorie di lavorazioni espletate dall'impresa certificata". Il Collegio è dell'avviso che – ai fini della riduzione della cauzione – debba essere valorizzato lo svolgimento di attività analoghe o affini a quelle che rientrano nell'oggetto della gara, e ciò è quanto accade per I.M.E.I. S.r.l.

2.3 È peraltro evidente che non è sempre possibile pretendere la perfetta coincidenza tra l'attività imprenditoriale cui si riferisce una certificazione di qualità e l'oggetto di un appalto, ma in concreto, nella fattispecie in esame, i servizi posti in gara consistono in lavori presso la scuola quando la certificazione prodotta riguarda anche la realizzazione di edifici civili (settore sostanzialmente analogo), senza che rilevi la presenza di sedi principali e secondarie (come Cormanò) né l'indicazione di eventuali ulteriori attività espletate.

Non può in buona sostanza fondatamente predicarsi l'inidoneità della certificazione a giustificare la riduzione della cauzione provvisoria.

In conclusione il gravame principale è infondato e deve essere respinto, e di conseguenza anche la domanda di inefficacia del contratto medio tempore stipulato. Detta sottoscrizione, seppur inopportunamente intervenuta in prossimità dell'udienza pubblica di discussione della causa, non urta contro specifici divieti normativi (cfr. art. 11 comma 10-ter del D. Lgs. 163/2006: la domanda cautelare era infatti stata respinta dal Collegio) e non comporta

l'applicazione delle invocate sanzioni.

3. Le conclusioni raggiunte al punto 1 vanno estese anche al motivo dedotto nel ricorso incidentale, che deve parimenti ritenersi infondato.

La soccombenza reciproca tra i contendenti privati e l'obiettivo peculiarità della fattispecie giustificano la compensazione integrale delle spese di giudizio tra tutte le parti in causa, fermo restando che il contributo unificato resta a carico della Società ricorrente, che l'ha anticipato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso principale;
- respinge la domanda di inefficacia del contratto;
- respinge il ricorso incidentale.

Spese compensate e contributo a carico della ricorrente che l'ha anticipato.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Primo Referendario

Stefano Tenca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/04/2011

IL SEGRETARIO

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