



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1005 del 2012, proposto da:

Degrèmont S.p.A. con socio unico, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Manzi e Francesca M. Colombo nel cui studio in Milano, via Visconti di Modrone n. 12 è elettivamente domiciliata

contro

Tutela Ambientale Sud Milanese - Tasm S.p.A, rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Cerami nel cui studio in Milano, Galleria S. Babila, 4/A è elettivamente domiciliata

nei confronti di

Siba S.p.A. con socio unico, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Bucello e Simona Viola, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via Serbelloni, 7;

Siemens S.p.A. con socio unico, Eco Costruzioni S.r.l. a socio unico

per l'annullamento

del verbale del Presidente della commissione di gara in data 9.3.2012, con il quale Tutela ambientale sud milanese ha aggiudicato in via definitiva l'appalto pubblico, previa acquisizione del progetto definitivo ed esecutivo, per l'esecuzione dei lavori di realizzazione, ampliamento e adeguamento dell'impianto di depurazione di Assago in favore dell'associazione temporanea di imprese capeggiata da Siba S.p.A., comunicato alla ricorrente con nota prot. n. agc/ml/at/1311 in data 12.3.2012 e trasmesso con nota prot. agc/cs/fb/1973 in data 6.4.2012; della nota prot. agc/ml/at/1311 del 12.3.2012; della deliberazione in data 28.2.2012 (non meglio nota negli estremi e non nota nei contenuti) di aggiudicazione in favore dell'ATI capeggiata da Siba S.p.A.; di tutti i verbali delle sedute pubbliche e riservate di gara, da n. 1 a n. 39, compresi i relativi allegati; nonché di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e comunque connesso.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tutela Ambientale Sud Milanese - Tasm S.P.A e di Siba S.p.A. con socio unico;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Siba S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con deliberazione in data 28 febbraio 2012 la S.p.A. Tutela Ambientale Sud Milanese aggiudicava in via definitiva alla ATI composta da SIBA S.p.A. (mandataria), Siemens S.p.A. (mandante) ed Eco Costruzioni S.r.l. (mandante) l'appalto pubblico relativo alla progettazione esecutiva e alla esecuzione dei lavori di ampliamento ed adeguamento dell'impianto di depurazioni di Assago.

Avverso tale provvedimento ha proposto ricorso la S.p.A. Degrémont, in qualità di seconda classificata, la quale ne ha chiesto l'annullamento in ragione del fatto che SIBA avrebbe ommesso di allegare alla propria offerta la dichiarazione, prevista dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, relativa alla assenza di precedenti penali atti ad incidere sulla moralità del Vice Presidente del suo Consiglio di Amministrazione; dichiarazione la cui presentazione era prevista a pena di esclusione dal bando.

Si sono costituite per resistere al ricorso TASM S.p.A. e SIBA la quale ha altresì proposto ricorso incidentale, chiedendo a sua volta l'annullamento dell'ammissione di Degrémont S.p.A. alla gara.

Infatti, secondo la controinteressata, anche Degrémont avrebbe ommesso di presentare la dichiarazione ex art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 relativamente al Capo dell'Ufficio legale Avv. Claudio Cordini al quale la società avrebbe attribuito il potere di rappresentarla nelle vertenze giudiziali con facoltà di transigere.

All'udienza del giorno 7 novembre 2012, relatore il dott. Raffaello Gisoni, uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione;

DIRITTO

Il Collegio ritiene di dover prendere preliminarmente in considerazione la censura proposta con il ricorso incidentale, atteso che dal suo eventuale accoglimento potrebbe derivare il venir meno della legittimazione ad agire di Degrémont con conseguente pronuncia di inammissibilità del ricorso da essa proposto.

La predetta censura è, tuttavia, priva di fondamento.

Come è noto in ordine alla questione se la dichiarazione prevista dall'art. 38 del D.Lgs. 163 del 2006 debba essere riferita non solo alle figure che in base alla disposizioni statutarie hanno la rappresentanza legale della società, ma anche ai procuratori speciali, la giurisprudenza amministrativa ha assunto orientamenti non uniformi.

Un primo indirizzo, di stampo più formale, valorizza le ragioni di certezza, che imporrebbero di ritenere tassative le previsioni della sopra richiamata norma, che impongono di allegare alla offerta le dichiarazioni inerenti alla moralità professionale dei soggetti che ricoprono cariche sociali comportanti poteri di rappresentanza esterna (Cons. Stato, V, 25/1/2011 n. 513); al visto orientamento se ne contrappone un altro, più sostanzialistico, secondo cui andrebbe, invece, privilegiato l'interesse pubblico della p.a. a non contrattare con persone giuridiche che abbiano affidato in qualsiasi modo poteri di rappresentanza a soggetti moralmente indegni (Cons. Stato, VI, 18/1/2012 n. 178).

Tuttavia, anche le sentenze che si rifanno all'orientamento da ultimo citato riguardano casi in cui i poteri di rappresentanza attribuiti al procuratore speciale per consistenza ed estensione apparivano equiparabili a quelli degli organi sociali dotati di rappresentanza esterna. E' con riferimento a tali ipotesi, pertanto, che la giurisprudenza più sostanzialista ha ritenuto che non sia dirimente la fonte da cui formalmente deriva il potere di rappresentanza, ma che occorra avere riguardo all'ampiezza dello stesso.

Nel caso di specie il procuratore rispetto al quale, secondo SIBA, la Società ricorrente avrebbe dovuto presentare la dichiarazione ex art. 38 (avv. Claudio Cordini) non era, tuttavia, munito di estesi poteri di rappresentanza, potendo egli solo firmare le procure ad litem per la promozione o la resistenza in giudizio e rappresentare la società negli atti

transattivi. Si tratta, quindi, di poteri di natura tecnica connessi con la particolare qualifica ricoperta all'interno della Società dall'avv. Cordini, che è quella di capo dell'Ufficio legale, i quali in alcun modo possono essere assimilati o equiparati a quelli di cui sono dotate le cariche che, a livello statutario, hanno la rappresentanza legale della Società.

Venendo, quindi, all'esame della censura contenuta nel ricorso principale, ad avviso del Collegio essa deve ritenersi meritevole di accoglimento.

Nel caso di specie il Vice Presidente di SIBA risulta, infatti, investito di pieni poteri di rappresentanza, atteso che, ai sensi dell'art. 24 dello Statuto, salvo che sia diversamente deliberato, egli è investito, al pari del Presidente, della rappresentanza legale della Società con forma libera per l'esecuzione di tutte le delibere del C.d.a..

A nulla rileva il fatto che i poteri di rappresentanza del Vice presidente possano operare solo nei casi di assenza o impedimento del Presidente.

Infatti, secondo una giurisprudenza del tutto univoca, le dichiarazioni di cui all'art. 38, del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 devono essere rese anche con riguardo al Vice Presidente del Consiglio di Amministrazione, in quanto soggetto titolare, a norma di statuto, degli stessi poteri di amministrazione e di rappresentanza spettanti al Presidente in caso di assenza o di impedimento dello stesso, non assumendo alcun rilievo, al fine di escludere l'operatività dell'obbligo dichiarativo, la circostanza che i suddetti poteri siano esercitabili solo in funzione vicaria; e ciò in quanto, secondo la lettera e la ratio della norma, ciò che rileva ai fini della configurazione dell'obbligo di dichiarazione è la titolarità del potere, e non il suo concreto esercizio (Cons. Stato, V, 5 luglio 2012, n. 3944; Cons. Stato, V, 29 febbraio 2012, n. 1186; Cons. Stato, III, 6 settembre 2011, n. 5018; Cons. Stato, III, 31 agosto 2011, n. 4892).

Non trova riscontro negli atti di causa la tesi sostenuta da SIBA secondo cui i poteri vicari del Vice presidente sarebbero meramente potenziali, richiedendo, ove ricorrano i presupposti dell'assenza o impedimento del Presidente, una specifica delibera di conferimento da parte del Consiglio di amministrazione. Infatti, l'espressione, "ove non diversamente deliberato" contenuta nell'art. 24 dello Statuto significa solo che il Consiglio può escludere per determinati atti che la rappresentanza della Società venga esercitata dal Presidente o dal Vice Presidente, ma non comporta certo la necessità di una specifica investitura per ogni singolo atto che i due organi debbano sottoscrivere per conto della Società.

A nulla rileva, inoltre, il fatto che la stazione appaltante non abbia dimostrato in concreto che all'omissione della dichiarazione si accompagni la effettiva mancanza in capo al Vice Presidente di SIBA dei requisiti di integrità morale previsti dall'art. 38 del D.Lgs. 163 del 2006.

In proposito il Collegio ritiene non condivisibile l'affermazione secondo cui, qualora in capo ai rappresentanti legali della società partecipante sussistano i requisiti di onorabilità previsti dalla norma, l'omessa presentazione della dichiarazione ex art. 38 del D.lgs. 163 del 2006 non sarebbe idonea a compromettere l'interesse della stazione appaltante, costituendo, quindi, una violazione "innocua".

La rilevanza della predetta dichiarazione va, infatti, ravvisata non sul piano sostanziale, ma su quello procedimentale, poiché essa costituisce un indispensabile strumento di collaborazione del privato nei confronti della amministrazione consistente nel fornire alla stessa tutte le informazioni necessarie alla verifica in ordine alla sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara, con conseguente risparmio di tempo e risorse.

Il corretto funzionamento del sistema presuppone, quindi, che le imprese partecipanti forniscano alla stazione appaltante tutti i dati sulla base dei quali essa deve poi eseguire le verifiche previste dagli artt. 38, comma 3 del D.lgs. 163 del 2006 e 43 del D.P.R. n. 445 del 2000. E, pertanto, un corredo informativo lacunoso comporta il pericolo che la p.a. non esegua tutti gli accertamenti dovuti e stipuli il contratto con soggetti privi dei prescritti

requisiti.

Tanto basta a chiarire la rilevanza dell'adempimento previsto dall'art. 38 del d.Lgs. n. 163 del 2006 ed a giustificare il fatto che la sua omissione possa essere sanzionata con l'esclusione da parte della *lex specialis*.

In tal senso si è, peraltro, espressa la giurisprudenza la quale ha ritenuto che nelle ipotesi in cui il bando sanzioni con l'esclusione dalla gara l'omessa presentazione della dichiarazione relativa ai requisiti di moralità degli amministratori delle società che partecipano alla gara, la sua omissione non possa essere neutralizzata dal dato sostanziale della assenza di precedenti penali a carico del rappresentante legale (Cons. Stato 18/1/2012, n. 178; Cons. Stato, 15/1/2011, n. 3655).

Nel caso di specie il bando prevedeva espressamente che la mancata o incompleta produzione della documentazione richiesta avrebbe comportato la non ammissione alla gara. La corretta applicazione di tale regola avrebbe, quindi, dovuto comportare l'esclusione di SIBA.

Accolta la prima parte del ricorso il Collegio deve farsi carico delle conseguenze della illegittimità della aggiudicazione, pronunciandosi sulla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato e sulle istanze di risarcimento in forma specifica e per equivalente.

Quanto alla inefficacia del contratto occorre in primo luogo osservare che il rapporto contrattuale fra la stazione appaltante e l'aggiudicataria ha avuto inizio in data 18 settembre 2012 e, quindi, non si trova oggi in stato di avanzata esecuzione.

Inoltre, l'inizio della progettazione esecutiva non costituisce una circostanza idonea a precludere l'avvicendamento nel rapporto contrattuale.

E' vero, infatti, che il terzo subentrante non ha diritto ad avvalersi dell'attività di progettazione effettuata da altri; tuttavia nulla vieta che questi possa proporre all'amministrazione un proprio progetto. Ciò non necessariamente comporta conseguenze eccessivamente gravose, specie nei casi in cui, come accade nella specie, a causa del breve lasso di tempo trascorso dalla stipula del contratto, la predisposizione degli elaborati si trovi ancora in una fase iniziale.

Del resto, a voler diversamente opinare, si dovrebbe affermare che nelle ipotesi in cui il contratto stipulato in base all'aggiudicazione annullata abbia ad oggetto, oltre che la realizzazione dell'opera anche una qualche forma di progettazione, la dichiarazione di inefficacia dovrebbe, per ciò stesso, essere preclusa. Conseguenza che in alcun modo può trarsi dalla lettura degli articoli 121 e 122 del codice del processo amministrativo.

Sempre ai fini della dichiarazione di inefficacia del contratto il Collegio ritiene, inoltre, che nella fattispecie esaminata sussista un rapporto di efficienza causale fra i vizi da cui è affetto il provvedimento annullato e la mancata aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente. Infatti, se pur, come si dirà fra breve, non sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda di condanna della p.a. ad aggiudicare l'appalto a Degrémont, il fatto che detta Società, si sia collocata al secondo posto nella graduatoria rende evidente che, nel caso in cui il confronto fra le imprese fosse stato effettuato (così come doveva essere) senza SIBA, la ricorrente avrebbe avuto una seria e consistente *chance* di aggiudicarsi la commessa. E tanto basta ad integrare il rapporto fra vizio ed aggiudicazione richiesto dall'art. 122 c.p.a. come già stabilito dalla Sezione nella sentenza n. 992 del 4/4/2012.

Non può essere invece accolta la domanda di reintegrazione in forma specifica con cui la ricorrente ha chiesto il subentro nel contratto.

Infatti, essendo il confronto a coppie una valutazione relativa, nella quale ogni elemento dell'offerta viene posto a confronto con quello degli altri concorrenti, in caso di annullamento dell'ammissione alla gara di uno di essi, non possono essere considerati né i punteggi del concorrente escluso né i punteggi conseguiti dagli altri concorrenti nel confronto a coppia con il primo, con conseguente necessità di procedere ad una rimodulazione della graduatoria,

con l'ulteriore conseguenza che, in seguito all' annullamento dell'ammissione alla gara dell'impresa partecipante, è necessario procedere alla rinnovazione della procedura a partire dal segmento procedimentale inciso dalla pronuncia, costituito dalla predetta fase di ammissione, con conseguente ripetizione della valutazione delle offerte tra le altre società partecipanti (T.A.R. Friuli - Venezia Giulia 30 aprile 2012. n. 148; Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6038).

Deve essere respinta anche la domanda di risarcimento per equivalente con cui Degrémont ha chiesto il rimborso delle spese di partecipazione alla gara, nonché il pagamento dell'utile che avrebbe conseguito qualora il contratto fosse stato con lei stipulato.

Quanto alla prima posta risarcitoria il Collegio ritiene di far proprio l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la partecipazione alle gare pubbliche di appalto comporta per le imprese costi che, di norma, restano a carico delle imprese medesime sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione (Cons. Stato. sez. VI, 16 settembre 2011, n. 05168). Detti costi di partecipazione si colorano come danno emergente solo qualora la pretesa sia fatta valere dall'impresa illegittimamente esclusa che lamenti il coinvolgimento in trattative inutili, ma non anche nel caso in cui l'impresa ricorrente aspiri all'aggiudicazione della commessa o, comunque, abbia avanzato domanda per il risarcimento dell'interesse positivo dato dalla perdita dell'utile di impresa e del danno curriculare. In tali ipotesi, infatti, il risarcimento delle spese sostenute per la partecipazione alla gara non può sommarsi agli altri risultati a cui il ricorrente aspira a pena di una ingiusta locupletazione.

Non può trovare accoglimento nemmeno la domanda di risarcimento riferita all'interesse positivo poiché la posizione soggettiva lesa potrà trovare pieno ristoro attraverso la ripetizione della gara e la conseguente *chance* di aggiudicazione della commessa che ne consegue.

Il ricorso deve, quindi, essere accolto, limitatamente alla domanda di annullamento della aggiudicazione e dichiarazione di inefficacia del contratto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato e dichiara inefficace il contratto stipulato fra la resistente Stazione appaltante e la controinteressata.

Condanna la soc. Siba S.p.A. a corrispondere alla soc. Tutela Ambientale Sud Milanese - Tasm S.p.A e alla soc. Degrémont S.p.A. la somma complessiva di € 18.000,00 per ciascuna di esse a titolo di compenso per la prestata difesa, oltre ad I.V.A. e al contributo alla C.P.A..

Ordina che l'Amministrazione, in esecuzione della presente pronuncia, ripeta il confronto a coppie escludendo l'ATI capeggiata da SIBA S.p.A.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario, Estensore

Angelo Fanizza, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/12/2012

IL SEGRETARIO

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