



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8142 del 2010, proposto da:
VSAT - Veolia Servizi Ambientali s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati
Alberto Bianchi e Marco Selvaggi, con domicilio eletto presso Marco Selvaggi in
Roma, via Nomentana, 76;

contro

NET s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Paviotti, presso il quale è
elettivamente domiciliata in Roma, via L. Canina, 6;

nei confronti di

Daneco Impianti s.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI VENEZIA GIULIA, TRIESTE, SEZIONE
PRIMA, n. 00506/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO
SERVIZIO DI CONDUZIONE IMPIANTO TRATTAMENTO RIFIUTI
SOLIDI URBANI E ASSIMILATI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della NET s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1° febbraio 2011 il Consigliere Doris Durante e uditi per le parti gli avvocati Selvaggi e Clarizia per delega dell'avv. Paviotti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La società VSAT - Veolia Servizi Ambientali s.p.a. (d'ora innanzi VSAT), partecipava alla gara per l'appalto del servizio di conduzione dell'impianto di trattamento dei rifiuti solidi urbani e assimilati, sito in Udine, via Gonars 40, bandita dalla NET s.p.a. con bando pubblicato sulla gazzetta ufficiale CEE dell'8 agosto 2009.

Alla gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, partecipavano anche la Daneco Impianti s.r.l. e la Ladurner s.r.l..

La commissione di gara, dopo aver esaminato la documentazione amministrativa prodotta dalle concorrenti ed aver acquisito chiarimenti disponeva *“la non ammissione (della VSAT) ... alle successive fasi del procedimento”*, avendo rilevato che non era stata presentata la *“dichiarazione di non sussistenza delle condizioni previste dall'art. 38 del d. lgv. n. 163 del 2006”* da parte di Enrico Guggiari, amministratore delegato della società; dichiarazione che, aggiungeva la commissione, non era sostituibile dalla *“dichiarazione cumulativa presentata per l'impresa persona giuridica nel suo complesso”*.

La VSAT impugnava il suddetto provvedimento davanti al TAR Friuli Venezia Giulia con ricorso integrato da motivi aggiunti, aventi ad oggetto, rispettivamente il

provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore della Daneco Impianti s.r.l. (unico soggetto rimasto in gara) e gli atti della procedura di gara, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

a) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d. lgv. n. 163 del 2006; dell'art. 17 del d.p.r. n. 34 del 2000; degli artt. 46 e 47 del d.p.r. n. 445 del 2000; del d. lgv. n. 231 del 2001; degli artt. 5, 8 e 11 del disciplinare di gara; violazione dei principi costituzionali di buon andamento della Costituzione e dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990 ed eccesso di potere sotto diversi profili, in quanto:

- essa ricorrente avrebbe dato adempimento alle prescrizioni della *lex* di gara attraverso la presentazione di una dichiarazione generale, comprensiva delle qualità non solo della persona giuridica ma anche delle persone fisiche, amministratori e legali rappresentanti della società;
- la carenza di pregiudizio penale in testa al Guggiari risulterebbe dalla documentazione resa in sede di gara;
- nessuna disposizione della *lex* di gara disporrebbe l'esclusione dalla gara per una siffatta omissione;
- la regolarizzazione postuma delle dichiarazioni lacunose e della documentazione incompleta sarebbe ammessa dalla giurisprudenza e la stessa commissione di gara si sarebbe mostrata propensa all'integrazione, avendo richiesto alla società di specificare a quali soggetti si riferiva la dichiarazione ex art. 38 presentata;
- la commissione di gara avrebbe consentito alla Daneco Impianti s.r.l. di regolarizzare la documentazione e, quindi, di controfirmare gli allegati al capitolato d'appalto;

b) violazione e falsa applicazione degli artt. 11 e 84 del d. lgv. n. 163 del 2006; violazione del principio costituzionale di buon andamento; violazione dell'art. 11 del disciplinare di gara; violazione del principio della *par condicio*, dell'imparzialità, della trasparenza dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento;

difetto e carenza di motivazione, in relazione alla composizione della commissione di gara, in quanto:

- il componente esterno (avv. Zgagliardich) della commissione di gara non avrebbe partecipato a tutte le sedute;
- non era necessario nominare un legale;
- il legale non sarebbe stato scelto dall'elenco formato ex art. 84, co. 8 del d. lgv. n. 163 del 2006;
- non vi sarebbe certezza sulla data di nomina della commissione di gara che potrebbe essere avvenuta dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte o nello stesso giorno;
- il componente esterno non avrebbe partecipato a due sedute segrete nelle quali fu valutata la documentazione tecnica della controinteressata;

c) violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 12, 79, 86 e 87 del d. lgv. n. 163 del 2006; violazione del principio costituzionale di buon andamento; violazione dell'art. 11 del disciplinare di gara; violazione del principio della *par condicio*, di imparzialità, trasparenza dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento; difetto e carenza di motivazione, in quanto:

- l'aggiudicataria sarebbe stata immessa nella conduzione dell'impianto prima della verifica della giustificazione dei prezzi e della stipula del contratto;

d) incompetenza; violazione e falsa applicazione degli artt. 11 e 84 del d. lgv. n. 163 del 2006; violazione delle leggi regionali n. 14 del 2002, n. 12 del 2003, n. 1 del 2006 e del d.p. Reg. n. 165 del 2003; violazione del principio costituzionale di buon andamento; violazione dell'art. 11 del disciplinare di gara; violazione del principio della *par condicio*, dell'imparzialità, della trasparenza dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento; falso presupposto di fatto e di diritto; carenza di motivazione, con riferimento al comportamento della stazione appaltante, in quanto:

- non sarebbe stata motivata la scelta del componente esterno al di fuori dell'apposito elenco;
- la verifica di congruità dei prezzi non sarebbe stata effettuata prima dell'aggiudicazione definitiva;
- l'aggiudicazione definitiva non sarebbe stata pubblicata sulla g.u. e non sarebbe stata comunicata al concorrente escluso;
- la consegna dei lavori sarebbe avvenuta prima della stipula del contratto, con conseguente illegittimità di questa sequenza procedimentale.

La VSAT chiedeva la tutela in forma specifica con aggiudicazione dell'appalto, previa dichiarazione di inefficacia del contratto, ovvero per equivalente monetario. Resistevano la NET s.p.a. e la Daneco Impianti s.r.l. che proponeva anche ricorso incidentale, con il quale impugnava la decisione della commissione di gara di aver chiesto alla VSAT integrazione della documentazione e di non averla esclusa immediatamente nella seduta del 1° ottobre 2009.

2.- Il TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, con sentenza n. 00506/2010, respingeva il ricorso introduttivo ed in parte i motivi aggiunti, dichiarandoli per il resto inammissibili; rigettava la domanda di risarcimento danni e dichiarava improcedibile il ricorso incidentale, con condanna della società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore della NET s.p.a. e della Daneco Impianti s.r.l..

Il TAR riteneva che l'esclusione della VSAT dalla procedura di gara era atto dovuto che discende direttamente dalla legge, oltre che dagli atti di gara e, quindi, insuscettibile di essere sanata, in quanto la mancanza della dichiarazione ex art. 38 del d. lgv. n. 163 del 2006 relativa all'amministratore delegato costituiva "una mancanza fondamentale perché attinente ad elementi strutturali della documentazione".

Sul comportamento della commissione di gara che aveva richiesto chiarimenti prima di procedere all'esclusione, non ravvisava alcuna contraddittorietà, essendo essa finalizzata ad acquisire la certezza sull'omissione della dichiarazione da parte dell'amministratore delegato Enrico Guggiari.

Respingeva anche la censura di disparità di trattamento, avendo rilevato che la tardiva apposizione della firma sugli allegati al capitolato di gara era situazione ben diversa, trattandosi di onere non richiesto in maniera esplicita dalla *lex* di gara.

Quanto alle altre censure dedotte con i motivi aggiunti, il TAR dichiarava infondate quelle relative alla data di nomina dei componenti della commissione di gara, perché era documentalmente provata la nomina successiva alla presentazione delle offerte.

In relazione agli altri profili di censura sulla composizione della commissione di gara, rilevava l'inapplicabilità dell'art. 84 del d. lgv. n. 163 del 2006, trattandosi di materia compresa, a norma dell'art. 4 dello Statuto regionale, nella sfera di potestà legislativa della Regione; contestava la fondatezza della censura in ordine alla necessità della nomina di un legale, attesa l'estrema complessità delle procedure di gara e, comunque, l'espressa previsione dell'art. 11 del disciplinare di gara.

Rilevava, comunque, l'improcedibilità di tutte queste censure e di quelle relative al comportamento della stazione appaltante successivo all'aggiudicazione per carenza di interesse derivante dalla legittima esclusione della ricorrente dalla gara. Respingeva, di conseguenza la domanda risarcitoria e dichiarava improcedibile il ricorso incidentale.

3.- Con l'atto di appello qui in esame, la VSAT ha impugnato la suddetta sentenza, chiedendone la riforma o l'annullamento per erroneità ed insufficiente motivazione in ordine ai tutti i motivi dedotti e riproposti con l'atto d'appello.

La NET s.p.a., costituitasi in giudizio per resistere all'appello, ne ha eccepito l'inammissibilità perché l'appello consterebbe nella mera riproduzione delle

censure dedotte in primo grado, senza che siano state proposte puntuali censure contro la sentenza impugnata che investano il *decisum* di primo grado, con specificazione delle ragioni per le quali la decisione sarebbe erronea o da riformare e ne ha dedotto l'infondatezza nel merito.

La NET s.p.a.. con ricorso incidentale ha riproposto l'eccezione di inammissibilità per tardività del motivo di appello relativo alla nomina nella commissione di gara dell'avv. Gianni Zgargliardich.

Assume la NET che tale censura fu proposta nel giudizio di primo grado con motivi aggiunti notificati il 14 gennaio 2010, laddove la conoscenza di tale nomina dovrebbe farsi risalire a data antecedente al 1° ottobre 2009, avendo la VSAT partecipato tramite proprio rappresentante alle sedute della commissione di gara.

Le parti hanno scambiato memorie difensive e di replica e alla pubblica udienza del 1° febbraio 2011, la causa è stata assunta in decisione.

4.- L'appello è infondato e va rigettato, sicché si può prescindere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità dell'appello sollevata dalla difesa della NET s.p.a..

4.1- Con il primo motivo d'appello VSAT deduce l'erroneità ed insufficiente motivazione della sentenza di primo grado in ordine ai vizi inerenti la mancata presentazione della dichiarazione ex art. 38 del d. lgv. n. 163 del 2006 da parte dell'amministratore Enrico Guggiari, articolati nel ricorso di primo grado in tre motivi distinti, che erroneamente sarebbero stati accorpati nell'esame dal giudice di primo grado.

La censura è infondata.

Innanzitutto, va osservato che rientra nella discrezionalità del giudice l'ordine e il modo in cui esaminare ed eventualmente accorpare nell'esame i motivi di ricorso, sicché non è censurabile la sentenza sotto questo profilo, salva l'ipotesi, che qui non viene in considerazione, di omesso esame dei motivi di ricorso.

Quanto alle doglianze di merito, va osservato che l'obbligo della dichiarazione di assenza di precedenti penali da parte dei soggetti ad essa tenuti era sancito dalla *lex* di gara.

L'art. 3 del disciplinare di gara prescriveva quale requisito di ammissione alla gara che i concorrenti, a pena di esclusione, dovessero dimostrare di possedere, tra l'altro, i requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, sottoscrivendo ai sensi degli articoli 46 e 47 del d.p.r. n. 445 del 2000 l'autodichiarazione riportata nella scheda fac simile, allegata al disciplinare.

L'articolo 8 del disciplinare ribadiva che, a pena di esclusione, nella busta A – Documentazione amministrativa – dovesse essere inserita (tra l'altro) la “*domanda di ammissione alla gara e dichiarazione unica a corredo della domanda*”, da redigersi compilando la scheda fac simile n.1 “*secondo le istruzioni ivi indicate*”, nelle quali erano indicati i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione ex art. 38 del d. lgv. n. 163 del 2006.

Inoltre nel “N.B.” finale si ribadiva che “*le dichiarazioni di cui ai punti da b a f devono essere rese dai soggetti previsti dall'art. 38 comma 1 lettere b e c del d. lgv. 12 aprile 2006, n. 163 e dai procuratori qualora sottoscrittori delle dichiarazioni costituenti la documentazione amministrativa e/o dell'offerta...*”.

E' indubbio che nelle società di capitali, tra i soggetti obbligati ai sensi dell'art. 38 del Codice dei Contratti pubblici, vi sono gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e i direttori tecnici.

E' ugualmente incontestato che l'amministratore delegato e rappresentante della società VSAT, Enrico Guggiari, non ha reso tempestiva dichiarazione ex art. 38, secondo quanto disposto dalla *lex* di gara.

Invero, alla domanda di partecipazione della VSAT, non sottoscritta dal Guggiari, ma da un procuratore speciale, Andrea Ramonda, sono allegate le dichiarazioni ex art. 38 del Ramonda, degli amministratori cessati dalle cariche, nonché

dichiarazione attestante l'assenza delle cause ostative relativamente al vice presidente e legale rappresentante pro tempore Jean Marc Janailhac e a tre direttori tecnici, nonché una dichiarazione cumulativa relativa all'impresa nel suo complesso del seguente tenore *“l'impresa non si trova in alcuna delle condizioni di cui all'art. 38...”*.

Solamente in sede di risposta ai chiarimenti richiesti dalla commissione di gara, VSAT dichiarava ai sensi degli artt. 46 e 47 del dpr 445/2000 che *“la dichiarazione di non sussistenza delle condizioni ostative alla partecipazione alla gara...per l'impresa nel suo complesso, rilasciata...all'interno della Busta A) della documentazione di offerta, è da riferirsi a tutti i legali rappresentanti e direttori tecnici dell'impresa stessa.. e, quindi, oltre ai menzionati signori Janailhac, Venturini, Danieli e Rossi (, per i quali era stata inserita nella busta autonoma dichiarazione), anche al sig. ‘Enrico Guggiari, nato a Como il 10.11.1047, nella sua qualità di Amministratore Delegato e Legale rappresentante pro tempore della VSAT”*.

La Commissione di gara, come rilevato dal TAR, in presenza di questa situazione, non poteva che escludere dalla gara la VSAT per violazione della *lex* di gara che richiedeva tale dichiarazione a pena di esclusione e perché siffatto obbligo deriva direttamente dalla legge.

Quanto all'assunto che la dichiarazione relativa all'impresa nel suo complesso (*“l'impresa, impersonalmente considerata”*) non si trovava in alcuna delle condizioni di cui all'art. 38 e che vi era assenza di procedimenti per l'applicazione di una delle misure di prevenzione o di sentenze passate in giudicato, essa non potrebbe mai suffragare la specifica dichiarazione richiesta ai soggetti che esternano la volontà della persona giuridica.

Ugualmente non ha pregio l'assunto che la commissione avrebbe potuto ammettere la concorrente ad integrare la documentazione carente, essendo preclusa la regolarizzazione nei casi di mancanza di documentazione richiesta dalla *lex* di gara a pena di esclusione (Cons. stato, sez. VI, n. 8366 del 2009).

Invero, l'esercizio della facoltà della stazione appaltante di invitare le concorrenti di una gara d'appalto alla regolarizzazione non può mai determinare una alterazione della *par condicio* delle imprese, attraverso una modifica dell'offerta incidente su elementi o formalità essenziali della stessa, ma può riguardare soltanto documenti già prodotti in sede di gara.

L'integrazione, peraltro, per giurisprudenza consolidata, non è utilizzabile in caso di totale assenza della dichiarazione del precedente penale (cfr. Cons. Stato, V, 12 dicembre 1997, n. 1185).

Per le stesse ragioni, attesa la vincolatività delle disposizioni della *lex* di gara, non ha pregio il richiamo all'orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, VI, n. 1017 del 2010) secondo il quale il carattere obbligatorio della dichiarazione di cui al secondo comma dell'art. 38 non comporterebbe in via necessaria l'esclusione dalla gara quale mera conseguenza dell'omessa dichiarazione, a prescindere da qualunque vaglio concreto in ordine alla sussistenza o meno dei requisiti di ordine generale sottesi alla dichiarazione omessa.

La citata decisione si riferisce, infatti, a fattispecie in cui non vi era alcuna disposizione nella *lex* di gara o puntuali prescrizioni che comportavano l'esclusione dei partecipanti come mera conseguenza del mancato inserimento delle dichiarazioni di cui trattasi.

Laddove, invece, il bando commini espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando.

Come puntualizzato da giurisprudenza consolidata, il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione risponde da un lato ad esigenze pratiche di certezza e trasparenza dell'azione amministrativa, dall'altro, e soprattutto, alla necessità di garantire l'imparzialità e la parità di condizioni tra i concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 settembre 2007, n. 4683; 23 novembre 2010, n. 8152).

4.2- Nessun fondamento ha la censura di disparità di trattamento con riferimento alla circostanza che le altre due concorrenti erano state ammesse all'integrazione della propria documentazione.

L'integrazione, cui si riferisce l'appellante, come evidenziato nella sentenza impugnata, riguarda la sottoscrizione degli allegati del capitolato d'appalto, obbligo non previsto in maniera esplicita dal disciplinare di gara, il cui art. 8 non menziona gli allegati del capitolato, sicché l'omessa sottoscrizione in limine può costituire mera irregolarità e, quindi, pacificamente sanabile.

4.3- Quanto alla circostanza che tra i componenti della commissione di gara vi fosse un esperto esterno, la censura è infondata, non essendo stata provata né l'illegittimità dell'integrazione della commissione con componenti esterni, laddove la regolamentazione regionale del Friuli Venezia Giulia, applicabile in relazione alla composizione delle commissioni di gara, lo consente e, comunque, non avendo la ricorrente dimostrato che tale presenza sia stata in qualche modo determinante della propria esclusione dalla procedura di gara, in disparte la eccepita tardività di tale motivo di ricorso, sollevata dalla difesa della NET nel giudizio di primo grado e riproposta con appello incidentale nel presente giudizio, che non è il caso a tal punto di esaminare.

4.4- Quanto alle censure relative al procedimento seguito dalla commissione di gara, riferite in particolare alla valutazione di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria Daneco Impianti s.r.l., alla delibera di aggiudicazione

dell'appalto, alla stipula del contratto e alla consegna dei lavori, esse vanno dichiarate improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, conseguente alla legittimità della disposta esclusione dalla gara dell'appellante.

Invero, l'interesse alla rinnovazione della gara da parte del concorrente legittimamente escluso per inidoneità dell'offerta si configura come interesse di mero fatto, non tutelabile quale interesse legittimo, non avendo lo stesso un'aspettativa diversa e maggiormente qualificabile di quella che si può riconoscere in capo ad un qualunque altro soggetto che non abbia preso parte alla gara, in quanto, così come la partecipazione alla gara d'appalto radica l'interesse all'aggiudicazione ad altro concorrente, l'esclusione dalla procedura priva il soggetto escluso dalla legittimazione ed interesse a dedurre i vizi inerenti le ulteriori fasi della medesima procedura.

Peraltro, il TAR aveva dichiarato improcedibili per carenza di interesse queste censure ed il capo della sentenza non è stato oggetto di specifica censura sotto questo profilo, essendosi l'appellante limitata a riproporre le censure dichiarate improcedibili, con conseguente inammissibilità dell'appello *in parte qua*.

5.- Quanto sin qui esposto comporta il rigetto dell'appello, con conferma della sentenza di primo grado anche per quanto attiene il rigetto della domanda risarcitoria, della quale non sussistono i presupposti.

L'appello incidentale va, in conseguenza, dichiarato improcedibile.

Le spese di questa fase del giudizio seguono la soccombenza nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, rigetta l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna VSAT - Veolia Servizi Ambientali s.p.a. al pagamento in favore di NET s.p.a. di euro 5.000,00 per spese di giudizio, oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2011 con
l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/08/2011

IL SEGRETARIO

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