

N. 01824/2013REG.PROV.COLL.

N. 01757/2012 REG.RIC.

N. 01793/2012 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1757 del 2012, proposto da:
Comune di Ischia, rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele Ferola, con domicilio
eletto presso il medesimo in Roma, corso Vittorio Emanuele II,18;

contro

Cofely Italia Spa in proprio e in qualità di mandataria dell'associazione temporanea
di imprese con Giuba Srl e Nibbio di Vincenzo Romano, che pure agiscono in
proprio in proprio, rappresentate e difese dagli avv. Diego Vaiano, Raffaele Izzo e
Giovanni Basile, con domicilio eletto presso l'avv. Diego Vaiano in Roma,
Lungotevere Marzio, 3;
Citelum S.A.;

sul ricorso numero di registro generale 1793 del 2012, proposto da:
Citelum S.A., rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Bruno e Gherardo

Marone, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Bruno in Roma, viale Liegi, 48/B;

contro

Cofely Italia Spa in proprio e in qualità di mandataria dell'associazione temporanea con Giuba Srl e Ditta Nibbioi, mandanti che pure agiscono in proprio, rappresentate e difese dagli avv. Diego Vaiano, Raffaele Izzo e Giovanni Basile, con domicilio eletto presso l'avv. Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

nei confronti di

Comune di Ischia;

per la riforma

quanto al ricorso n. 1757 del 2012 e al ricorso n. 1793 del 2012:

della sentenza del TAR Campania - Napoli: Sezione I n. 00475/2012, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di manutenzione della pubblica illuminazione comunale per il quinquennio 2011/2015.

Visti i ricorsi in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cofely Italia Spa in proprio e in qualità di mandataria dell'associazione temporanea con Giuba Srl e Ditta Nibbioi, mandanti che pure agiscono in proprio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 febbraio 2013 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Pafundi, per delega dell'avvocato Ferola, e Vaiano De Luca, per delega dell'avvocato Marone, Bruno e Vaiano;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, sez. I, con la sentenza n. 475 del 31 gennaio 2012, ha accolto il ricorso proposto dall'attuale

appellata Cofely Italia S.p.A., in proprio e nella qualità di capogruppo dell'ATI con le imprese Giuba S.r.l. e Ditta Nibbio di Vincenzo Romano, nonché Giuba S.r.l. e Ditta Nibbio di Vincenzo Romano per l'annullamento, per quanto riguarda il ricorso introduttivo, della nota n. 13333 del 26 maggio 2011 concernente l'esclusione del raggruppamento ricorrente dalla gara per l'affidamento del servizio di manutenzione della pubblica illuminazione comunale per il quinquennio 2011-2015; del relativo verbale di gara in data 19 maggio 2011; dell'art. 1, punto 4 e dell'art. 6 del bando di gara e dell'art. 2.1 punto 4 del disciplinare nella parte in cui siano ostativi all'ammissione dell'ATI ricorrente; della determina dirigenziale n. 187 del 22 febbraio 2011 di approvazione del bando e del disciplinare di gara; per quanto riguarda i primi motivi aggiunti: della determina n. 708 del 5 luglio 2011 recante l'aggiudicazione definitiva; dei verbali di gara con particolare riferimento al verbale in data 9 maggio 2011 recante l'ammissione in gara della impresa Citèlum; per quanto riguarda i secondi motivi aggiunti: della determina dirigenziale n. 1128 del 24 ottobre 2011, comunicata con nota prot. 28705 del 15 novembre 2011, recante una nuova aggiudicazione alla Citèlum a seguito dell'ammissione con riserva dell'ATI Cofely Italia.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che il raggruppamento tra le imprese ricorrenti in primo grado era stato escluso in quanto la Cofely, nell'elencare in apposita dichiarazione i soggetti di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), del d. lgs. n. 163 del 2006 cessati dalle cariche societarie nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando, avrebbe mancato di fornire per alcuni di essi le dichiarazioni previste all'art. 1, punto 4, lett. b) e c), del bando di gara, richieste a pena di esclusione ai sensi dell'art. 6 dello stesso bando.

Ha osservato il TAR che il bando, dopo aver fatto generale e generico riferimento ai soggetti di cui all'art. 38, lett. b) e c), del d. lgs. n. 163, per le dichiarazioni previste dalla lettere b) e c) del bando stesso (concernenti le misure di prevenzione

nei confronti dei conviventi e le sentenze non definitive), si occupa specificamente degli esponenti aziendali cessati dalle cariche nella successiva lettera d), precisando puntualmente cosa va dichiarato rispetto ai medesimi.

Secondo il TAR, la formulazione della lettera d) del bando, pur non escludendo in ipotesi la previsione di ulteriore documentazione in base alle lettere b) e c) del bando stesso, si presenta essenzialmente come esaustiva di tutte le formalità richieste per gli ex esponenti aziendali; la lettera d) è stata peraltro ritenuta aderente al testo dell'art. 38 del d. lgs. n. 163, laddove le lettere b) e c) comportano un ampliamento rispetto al dettato normativo dell'ambito delle verifiche previste per il requisito dell'affidabilità morale.

Inoltre, ha rilevato il TAR, nelle procedure di tipo concorsuale, in caso di equivocità delle disposizioni di gara, vanno applicati canoni ermeneutici tendenti ad estendere la platea dei partecipanti in modo da soddisfare congiuntamente l'interesse pubblico alla selezione della offerta più meritevole e favorevole nell'ambito di un numero maggiore di concorrenti e l'interesse di questi ultimi a partecipare alla gara, nella tutela dell'affidamento, della buona fede e della parità di trattamento; di conseguenza la soluzione da preferire per l'interpretazione della clausola in questione, porta ad escludere l'esigibilità di documenti ulteriori per gli ex esponenti aziendali rispetto alla produzione presentata in doveroso adempimento della citata lettera d), specificamente regolante appunto la documentazione prescritta per tali soggetti.

La fondatezza di tale motivo di ricorso di primo grado è stato ritenuto dal TAR assorbente rispetto alle ulteriori censure dedotte contro la propria esclusione dalla gara.

Ha osservato inoltre il TAR che, con i motivi aggiunti, il raggruppamento ricorrente, secondo classificato nella graduatoria conclusiva della procedura, ha contestato anche l'ammissione in gara della ditta aggiudicataria.

Per il TAR, in tema di obblighi contributivi la legislazione è ispirata al principio della territorialità dell'obbligo assicurativo, in base al quale i lavoratori devono di norma essere assicurati ai fini previdenziali nel paese in cui l'attività lavorativa è svolta, anche a prescindere dalla residenza del lavoratore stesso ovvero dalla sede del datore di lavoro in un altro Stato membro.

Tale principio, ha rilevato il TAR, si trova sancito e sviluppato nel regolamento CE n. 883-2004, che ha sostituito il regolamento CEE n. 1408-71, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, che dà rilevanza, in via di principio, per la determinazione della legislazione applicabile in materia, al luogo in cui è esercitata l'attività lavorativa, salvo particolari eccezioni nel caso dei pubblici dipendenti, di distacchi temporanei, di prestazioni lavorative svolte in una pluralità di Stati, o di lavori particolari: ciò che rileva ai fini dell'assoggettamento alla legislazione nazionale non è tanto l'ordinamento in base al quale la società è costituita, o la sua sede legale, o lo svolgimento della parte preponderante dell'attività imprenditoriale in un altro paese comunitario, quanto piuttosto il luogo di svolgimento dell'opera.

Inoltre, ha considerato il TAR, la Citèlum risulta stabilita in Italia, avendo una sede secondaria in Milano e svolgendo un parte significativa della propria attività in questo paese da almeno un triennio, qualificata da una SOA (per la classifica VIII) secondo il sistema di qualificazione alla esecuzione di lavori pubblici vigente in Italia: per effetto di tale stabilimento operativo in Italia, ciò che rileva è la regolarità contributiva in Italia, secondo la normativa nazionale di previdenza sociale, essendo la Citèlum assoggettata, ovviamente per i lavoratori operanti in Italia, ai locali adempimenti previdenziali, a nulla rilevando che per l'attività svolta altrove sussista l'osservanza della disciplina contributiva francese nei confronti degli organismi di quel paese.

Per il TAR, infine, la fondatezza della doglianza sopra esaminata è assorbente rispetto alle censure concernenti ulteriori profili di esclusione della società aggiudicataria.

Il TAR ha, quindi, concluso nel senso di disporre l'annullamento dell'aggiudicazione con conseguente obbligo della stazione appaltante di riaprire la procedura concorsuale, adottando tutti gli atti consequenziali e di dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato per l'affidamento del servizio in questione con decorrenza dalla nuova aggiudicazione definitiva in favore del raggruppamento ricorrente.

Appellavano la predetta sentenza sia l'Amministrazione comunale, sia l'originaria aggiudicataria Citelum, contestando le motivazioni e le conclusioni del TAR e chiedendo il rigetto del ricorso di primo grado.

Si costituiva la parte appellata chiedendo la reiezione degli appelli e riproponendo, ex art. 101, comma 2, c.p.a., le censure dichiarate assorbite dal TAR.

All'udienza pubblica del 26 febbraio 2013 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, devono essere riuniti i ricorsi di cui all'epigrafe, trattandosi di appelli avverso la medesima sentenza, ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a.

Ritiene il Collegio che gli appelli siano fondati.

Gli atti d'appello proposti dal Comune e dalla Citelum tendono alla riforma della sentenza TAR, con la quale è stato accolto il ricorso della Cofely Italia avverso l'esclusione dalla gara, indetta con bando in data 23 febbraio 2011 con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'appalto del servizio di gestione e manutenzione ordinaria degli impianti di illuminazione pubblica e l'aggiudicazione alla Citelum.

La Cofely Italia era stata esclusa per l'omessa presentazione, per numerosi soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente, delle dichiarazioni previste a pena di esclusione dal bando, punto 1.4. lettere b) e c), concernenti:

- la mancata estensione nei propri confronti degli effetti delle misure di prevenzione della sorveglianza, di cui all'art. 3 L.1423-1956, irrogate nei confronti di un convivente;
- le sentenze di condanna ancorché non definitive relative a reati che precludono la partecipazione a gare di appalto.

Il bando di gara, emanato in data 23 febbraio 2011, prevedeva al punto 1.4 (e, nel disciplinare, al punto 2.1.4) la presentazione di dichiarazione sostitutiva ai sensi del D.P.R. 445-2000 del seguente tenore:

- “a) dichiara di non trovarsi nelle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle gare di lavori pubblici e di stipula dei relativi contratti previste dall'art. 38 d.lgs. 12.4.2006 e ss. mm. e ii. e da qualsiasi disposizione legislativa e regolamentare;
- b) dichiara che nei propri confronti, negli ultimi cinque anni, non sono stati estesi gli effetti delle misure di prevenzione della sorveglianza di cui all'art. 3 della Legge 27 dicembre 1956, n.1423, irrogate nei confronti di un convivente;
- c) attesta che nei propri confronti non sono state emesse sentenze ancorché non definitive relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto”.

Il bando e il capitolato, nelle clausole indicate specificavano che le dichiarazioni di cui ai precedenti punti: a) (limitatamente ai punti b) e c) dell'art. 38, comma 1 del d.lgs. 12.4.2006 n.163), b) e c) devono essere rese anche dai soggetti previsti dall'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del d.lgs. 12.4.2006, n.163 e dai procuratori, qualora sottoscrittori, delle dichiarazioni costituenti la documentazione amministrativa e/o l'offerta.

Il bando, al punto 6, comminava esplicitamente l'esclusione per la mancata presentazione dei documenti di cui al punto 1 (busta A).

Secondo il TAR, per i soggetti cessati nel triennio antecedente il bando non si richiederebbe la presentazione delle dichiarazioni di cui al punto 1.4 lettere b) e c); inoltre, sempre per il TAR, le predette prescrizioni di gara sarebbero ambigue e, quindi, da annullare.

Ritiene il Collegio che il bando sia, invece, assolutamente inequivoco nella determinazione delle prescrizioni relative alla presentazione delle dichiarazioni concernenti la mancata estensione nei propri confronti degli effetti delle misure di prevenzione della sorveglianza, di cui all'art. 3 L.1423-1956, irrogate nei confronti di un convivente e le sentenze di condanna ancorché non definitive per reati che precludono la partecipazione a gare di appalto e nella sua applicabilità anche ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente.

A prescindere dalla questione, oggetti di specifico motivo d'appello, dell'onere di immediata impugnazione del bando stante la contestazione di una previsione della lex specialis relativa al possesso di requisiti di partecipazione (onere, peraltro, di dubbia sussistenza, stante la portata interpretativa della censura e della conseguente questione sottoposta al Giudicante), il Collegio deve osservare, in via preliminare che la vicenda è anteriore al quadro normativo disegnato dal sopravvenuto art. 46, comma 1-bis, del Codice appalti, introdotto dal D.L. n. 70-2011.

Pertanto, nel quadro normativo anteriore, si deve ritenere del tutto legittimo un esercizio discrezionale dell'Amministrazione volto ad estendere la portata preclusiva dei requisiti di ordine generale individuati dall'art. 38 del medesimo Codice.

Come ha chiarito la giurisprudenza amministrativa, infatti, nelle gare pubbliche la presentazione delle offerte va effettuata in scrupolosa osservanza del bando e della lettera d'invito e la stazione appaltante non può legittimamente disattendere le predette prescrizioni, non avendo alcuna discrezionalità al riguardo; pertanto, qualora il bando commini espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza

di determinate violazioni, la stazione appaltante è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione, senza alcuna possibilità di valutare 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 l'Amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6546).

La *lex specialis*, infatti, era inequivoca, in quanto a pena di esclusione pone a carico dei soggetti cessati nel triennio antecedente l'onere dichiarativo dei requisiti morali sia alle lettere a) e d) del punto 1.4 del bando, riguardanti le cause di esclusione di cui all'art. 38 lettere b) e c), sia alle lettere b) e c) del medesimo punto 1.4, riguardanti la mancata estensione nei propri confronti negli ultimi cinque anni delle misure della sorveglianza speciale, di cui alla L. 1423-1956, irrogate nei confronti di un convivente e le sentenze non definitive.

A fronte di tale chiara formulazione della prescrizione di gara, l'omissione delle dichiarazioni tassativamente previste comportava, per il concorrente privo dei requisiti di partecipazione richiesti, l'esito inevitabile dell'esclusione dalla gara.

Deve peraltro evidenziarsi, in punto in equivocità delle prescrizioni, che di seguito alle medesime (lettere a), b) e c)) il bando, con evidenziazione in grassetto, prescriveva che le dichiarazioni di cui alle lettere a) (limitatamente alle lettere b) e c) dell'art.38), b) e c) devono essere presentate anche dai soggetti previsti dall'art. 38, comma 1, lettere b) e c); tale norma indica, ai fini dell'obbligo dichiarativo gli amministratori muniti del potere di rappresentanza, i direttori tecnici, nonché gli amministratori e i direttori tecnici cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara.

Per tali soggetti, peraltro, oltre alle dichiarazioni di cui alle lettere a), b) e c), il bando, al punto 1.4 lettera d), prevedeva la presentazione di dichiarazione con la quale il concorrente attesti che nel triennio antecedente la data di pubblicazione del

bando di gara non vi sono soggetti cessati dalle cariche societarie indicate nell'art. 38, comma 1, lettera c), ovvero, in alternativa, che vi sono soggetti cessati dalle cariche societarie indicate nell'art. 38, comma 1, lettera c), con l'elencazione dei nominativi e la dichiarazione di inesistenza dei provvedimenti giudiziari di cui all'art. 38, lettera c), ovvero, in ulteriore ipotesi alternativa, qualora risultino sentenze a carico dei soggetti, l'indicazione dei provvedimenti giudiziari.

Non è, per il Collegio, corretto sostenere che per i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente sarebbe prevista specificamente solo la dichiarazione di cui alla lettera d) del bando, punto 1.4, poiché, dal complesso delle prescrizioni di cui al punto 1.4, lettere a), b), c) e d) del bando, emerge che, nell'ambito delle dichiarazioni richieste per gli amministratori muniti dei poteri di rappresentanza e per i direttori tecnici, la prescrizione di cui alla lettera d) riveste carattere specifico quanto ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente non per escluderli, ma per aggiungere tale ulteriore dichiarazione agli obblighi dichiarativi testé citati, previsti, dalle lettere a), b) e c), stabilite per tutti i soggetti di cui all'art. 38 lettera c), compresi gli amministratori e direttori tecnici cessati nel triennio antecedente, richiedendone ulteriormente l'indicazione dei nominativi e le eventuali condanne riportate.

Né tale prescrizione appare sovrapponibile con quella oggetto della decisione di questo Consiglio, Sez. IV, 12 marzo 2007, n. 1186, poiché in questo caso e diversamente dal bando oggetto di quello scrutinio giudiziale, le dichiarazioni previste dalle lettere a), b) e c) cit. riguardano con precisione ed in modo inequivoco tutti i soggetti di cui all'art. 38 lettere b) e c), inclusi, dunque, gli amministratori cessati nel triennio antecedente.

Peraltro, la previsione delle ipotesi relative alle misure di prevenzione irrogate nei confronti di un convivente e le sentenze non definitive risponde ad un evidente esigenza di garanzia della legalità e di trasparenza nel settore dei pubblici appalti, in

zone geograficamente compromesse sotto il profilo dell'elevato tasso di inquinamento camorristico-mafioso; dunque, pienamente apprezzabili nel loro aspetto contenutistico e preventivo.

L'accoglimento dell'appello per tale motivo e la conseguente legittimità dell'esclusione della Cofely determina la sopravvenuta carenza di interesse rispetto alle ulteriori censure con cui si è contestata la legittimità dell'esclusione, una delle quali è stata accolta dal TAR.

Come è noto, infatti, il Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4 ha specificato che l'impresa che non ha partecipato o è stata legittimamente esclusa dalla procedura di gara non ha la legittimazione ad impugnare il successivo provvedimento di aggiudicazione.

Infatti, anche l'eventuale interesse pratico alla rinnovazione della gara non dimostra la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso, poiché tale aspettativa non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore, che aspiri a partecipare ad una futura selezione; la capacità di questo dato empirico di influire significativamente sulla legittimazione al ricorso risulta ulteriormente circoscritta quando l'interesse in questione non si collega in modo immediato ed evidente con un determinato bene della vita (la concreta probabilità di ottenere l'appalto), ma si atteggia come mera prospettiva della ripetizione del procedimento.

Peraltro, quanto alla riproposizione dei motivi dichiarati assorbiti, avvenuta con memoria 30 maggio 2012 da parte di Cofely, si deve ritenere che, anche a prescindere dalla valutazione circa la tardività dei medesimi in relazione ai termini ex art. 101, comma 2, c.p.a., atteso che, secondo tale norma, si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di

decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio, gli stessi sono da ritenersi inammissibili.

Infatti, per il principio di specificità dei motivi d'appello, in quanto l'appello ha carattere impugnatorio, sicché le censure in esso contenute devono investire puntualmente il decisum di primo grado e, in particolare, precisare i motivi, per i quali la decisione impugnata sarebbe erronea e da riformare (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, 4 aprile 2012, n. 1994, nonché la fondamentale pronunzia del Consiglio di Stato, Ad. Pl., 3 giugno 2011, n. 10), anche i motivi riproposti in appello non possono essere genericamente formulati, ma devono, appunto, essere specificamente riproposti, non essendo sufficiente, a soddisfare il requisito della specificità, una mera riproposizione per relationem ad atti (ricorso di primo grado e relativi motivi aggiunti) destinati esclusivamente al giudizio di primo grado.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, gli appelli devono essere respinti, in quanto infondati.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti, li respinge.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/03/2013

IL SEGRETARIO

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