

Consiglio di Stato, Sez. V, 2 ottobre 2009, n.6006

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. **4987/2008** del 19/06/2008, proposto dalla E. S.R.L., rappresentata e difesa dagli Avv.ti P.A., S.B. e V.L. con domicilio eletto in Roma;

contro

C., rappresentata e difesa dagli Avv.ti A.P. e P.P. con domicilio eletto in Roma;

ATI - P. & C. non costituitosi;

ATI - E. e ATI - S. S.P.A. rappresentate e difese dagli Avv.ti A.S., F.T. e P.S. con domicilio eletto in Roma;

e nei confronti di

PROVINCIA DI C., rappresentata e difesa dagli Avv. C.C. e G.R. con domicilio eletto in Roma;

N. S.R.L. MANDANTE A.T.I., non costituitasi;

C. SPA IN PR. E Q.CAPOGRUPPO A.T.I., rappresentata e difesa dagli Avv.ti A.S., F.T. e P.S. con domicilio eletto in Roma;

A. S.P.A., rappresentata e difesa dall'Avv. G.F.F. con domicilio eletto in Roma;

- Sul ricorso in appello n. **5651/2008** del 10/07/2008, proposto dalla PROVINCIA DI C., rappresentata e difesa dagli Avv. C.C. e G.R. con domicilio eletto in Roma;

contro

C., rappresentata e difesa dagli Avv.ti A.P. e P.P. con domicilio eletto in Roma;

C. SPA IN PR. E Q.CAPOGRUPPO A.T.I., rappresentata e difesa dagli Avv.ti A.S., F.T. e P.S. con domicilio eletto in Roma;

A. SPA IN P. E Q.LE CG RTI, non costituitosi;

E. S.R.L., rappresentata e difesa dagli Avv.ti P.A., S.B. e V.L. con domicilio eletto in Roma;

ATI E.I. SRL, RTI L. SRL, P. & C. SPA e ATI N. SRL non costituitesi;

- Sul ricorso in appello n. **5733/2008** del 11/07/2008, proposto dalla C. SPA IN PR. E Q.CAPOGRUPPO A.T.I., rappresentata e difesa dagli Avv.ti F.T. e P.S. con domicilio eletto in Roma;

contro

PROVINCIA DI C., rappresentata e difesa dagli Avv. C.C. e G.R. con domicilio eletto in Roma;

C., rappresentata e difesa dagli Avv.ti A.P. e P.P. con domicilio eletto in Roma;

E. SRL e A. SPA, non costituitesi;

e nei confronti di

N. SRL NQ. MANDANTE ATI e P. & C. SPA CAP. ATI non costituitesi;

- Sul ricorso in appello n. **5734/2008** del 11/07/2008, proposto dalla C. SPA IN PR. E Q.CAPOGRUPPO A.T.I., rappresentata e difesa dagli Avv.ti F.T. e P.S. con domicilio eletto in Roma;

contro

PROVINCIA DI C., rappresentata e difesa dagli Avv. C.C. e G.R. con domicilio eletto in Roma;

C., rappresentata e difesa dagli Avv.ti A.P. e P.P. con domicilio eletto in Roma;

E. SRL, non costituitasi;

e nei confronti di

A. SPA, N. SRL MANDANTE ATI, P. & C. SPA CAP. ATI, non costituitesi;

per la riforma

della sentenza del **TAR LOMBARDIA - MILANO: Sezione I n.1861/2008**, re-

sa tra le parti, concernente AFFIDAM.FORNITURA DI COMBUSTIBILI/ENERGIA-CONDUZIONE E GESTIONE IMP.MECCANICI;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio **per il ric. 4987/08:** PROVINCIA DI C., C., C. SPA IN PR. E Q.CAPOGRUPPO A.T.I., A. S.P.A., ATI - E.I. S.R.L. e ATI - S. S.P.A.;

per il ric. 5651/08: C., C. SPA IN P. E Q.LE CGATI, E. SRL e ATI S. SPA;

per il ric. 5733/08: PROVINCIA DI C. e C.;

per il ric. 5734/08: PROVINCIA DI C. e C.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 20 Febbraio 2009 , relatore il Cons. Nicola Russo ed uditi, altresì, gli avvocati B., M., su delega dell'avv. C., P., S. e B., su delega dell'avv. T., F., D.P. per delega di P.;

Visto il dispositivo di decisione n. 139/09;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

La causa riguarda la procedura concorsuale indetta dalla Provincia di C. ai fini della selezione dell'operatore cui affidare la conduzione e la gestione degli impianti a servizio dei propri immobili per il periodo 2007 - 2012.

La graduatoria provvisoria, una volta aperte e valutate le offerte, risultava essere così articolata: al primo posto A. spa; al secondo posto ati E.; al terzo posto ati P. spa; al quarto posto C. spa; al quinto posto C.

A seguito di controlli sulle offerte, anche successivi all'aggiudicazione definitiva, risultavano escluse la A. spa e la ati C. spa. Conseguentemente, la graduatoria finale vedeva, nell'ordine, le offerte di ati E. s.r.l., di ati P. spa, di C.

Tale esito veniva contestato in sede giurisdizionale dalla A. spa (che chiedeva di essere ripristinata al primo posto della graduatoria), dalla C. spa (che chiedeva il suo reinserimento in graduatoria e la contestuale esclusione di tutte le altre offerte), dalla C. (che chiedeva l'esclusione dell'aggiudicataria nonché dell'impresa che la seguivano in graduatoria in modo da restare l'unica offerta valida).

Riunite le impugnazioni, il TAR Lombardia ha provveduto al relativo esame seguendo l'originaria graduatoria delle offerte, con ciò uniformandosi al principio (ormai acquisito in punto di interesse) secondo il quale il concorrente che veda confermata l'esclusione da una gara in sede giurisdizionale non ha titolo per dolersi delle fasi a valle della procedura.

L'assetto risultante all'esito dell'esame delle contrapposte impugnazioni da parte del TAR Lombardia con sentenza n 1861/08 è il seguente.

La A. spa (già esclusa dalla stazione appaltante) si è vista confermata l'esclusione per aver presentato un'offerta condizionata e non sufficientemente determinata.

La C. spa (già esclusa dalla stazione appaltante per non aver presentato gli elementi giustificativi dell'offerta sin dalla sua presentazione) si è vista confermata l'esclusione per la diversa ragione (dedotta in via di impugnazione incidentale da C.) che la dichiarazione circa l'inesistenza di condanne rilevanti ai sensi dell'art. 38 del Codice dei Contratti Pubblici non ricomprendeva l'amministratore di società incorporata dalla mandante S. spa.

La E. (aggiudicataria definitiva) è stata esclusa (in accoglimento di censura dedotta da C.) per aver reso una dichiarazione ai sensi del citato art. 38 che, diversamente da quanto stabilito dal di-

disciplinare di gara, non faceva menzione delle condanne riportate dai propri amministratori per le quali operava il beneficio della non menzione.

Identica sorte, e per identica ragione, è toccata all'ati P.

Conseguentemente, l'offerta della C. è rimasta l'unica valida in graduatoria. Il TAR ha quindi annullato l'aggiudicazione definitiva e, conoscendo incidenter tantum degli effetti della propria pronuncia sul contratto, lo ha dichiarato caducato.

Ha viceversa dichiarato inammissibili le domande di reintegrazione in forma specifica e in subordine di risarcimento per equivalente, queste essendo state dedotte con memoria non notificata ai contraddittori.

Tutte le parti incise dalla illustrata sentenza del TAR (tranne il raggruppamento P. spa) hanno proposto appello.

Con ordinanze n. 3987, 3988, 3989, 3990 del 22 luglio 2008, la Sezione ha respinto le domande cautelari.

Gli appelli, illustrate dalle parti le rispettive posizioni, sono stati tratti in decisione all'udienza del 20 febbraio 2009.

DIRITTO

La sentenza merita conferma tranne che per la statuizione concernente l'originaria esclusione dalla gara della ati C. spa.

Procedendo nella disamina da questo profilo, rileva il Collegio che erroneamente il primo giudice ha ritenuto preclusa alla stazione appaltante la possibilità di chiedere ai concorrenti di corredare l'offerta, fin dalla sua presentazione, delle giustificazioni circa i suoi elementi costitutivi. Come la giurisprudenza ha da tempo chiarito, le giustificazioni preventive obbligatorie sono coerenti con la normativa comunitaria e trovano un preciso riscontro esegetico nella disciplina interna, con la conseguenza che ben può essere esclusa da una gara l'impresa che non si sia attenuta ad un tale onere (C.G.A.R.S., 18 maggio 2005, n. 349).

D'altra parte, si discute non dell'anomalia dell'offerta ma dell'adempimento di un ragionevole obbligo (volto a comprovare che l'offerta presentata è meditata e consapevolmente assunta), sicché non si vede per quale ragione, una volta violato tale obbligo, la sanzione non debba essere quella dell'esclusione.

Né è sostenibile che l'adempimento in parola non fosse assistito da sanzione espulsiva. L'esame combinato dei punti 8 e 17 del disciplinare di gara porta a ritenere l'esatto contrario, poiché la sanzione dell'esclusione va collegata tanto alla mancata sottoscrizione del "documento giustificativo" quanto, *a fortiori*, alla sua omessa presentazione.

In riforma della sentenza impugnata, va pertanto ribadita la legittimità dell'originaria esclusione di C. spa e, conseguentemente, l'improcedibilità del relativo appello e del ricorso in primo grado.

Va del pari ribadita l'originaria esclusione della A. spa (questa volta in conferma della sentenza impugnata) per aver questa presentato un'offerta nella quale non sussiste la necessaria correlazione tra parte tecnica e parte economica e che è comunque condizionata ed indeterminata.

E' innanzitutto escluso che alla Commissione fosse impedito di procedere alla valutazione che ha condotto ad un tale giudizio sull'offerta considerata poiché è risaputo che, fino all'aggiudicazione provvisoria, ogni valutazione può sempre essere rivista col solo limite della relativa legittimità.

Né è sostenibile che quella compiuta dalla Commissione fosse attività riconducibile nella nozione di verifica dell'anomalia: si è trattato di riscontro estrinseco delle varie componenti dell'offerta e quindi di un'attività logicamente anteriore a quella della verifica

dell'anomalia per la quale soltanto è previsto un contraddittorio.

Nel merito, entrambe le obiezioni ritenute decisive dalla Commissione ai fini della esclusione appaiono condivisibili: sia quella con la quale si denuncia una discrasia tra offerta tecnica ed offerta economica, sia quella nella quale l'offerta stessa è giudicata condizionata a partire dal rilievo che questa fa conto su benefici che all'epoca della relativa presentazione non erano altro che un auspicio dell'offerente.

Analogamente, la sentenza impugnata va confermata nella parte in cui ha ritenuto illegittima l'ammissione alla gara della aggiudicataria E. e della P. spa per aver questi raggruppamenti omesso di menzionare, nella dichiarazione rilevante agli effetti dell'art. 38 del Codice dei Contratti, precedenti condanne ex art. 444 cpp assistite dal beneficio della non menzione. La giurisprudenza della Sezione, dalla quale non vi è motivo di discostarsi, è infatti nel senso che il citato art. 38 *"impone ai partecipanti alle gare di appalto di dichiarare, a pena di esclusione dalla gara, non già solamente reati gravi, ma tutti quelli ascritti in via definitiva ai soggetti ivi contemplati"*, con la conseguenza che *"i partecipanti alle gare sono tenuti a rendere dichiarazioni complete e veritiere e, quindi, recanti l'esatta indicazione di tutti i precedenti penali, ivi inclusi quelli per i quali sia stato concesso il beneficio della non menzione"* (Cons. Stato, Sez. V, 20 Aprile 2009, n. 2364).

Né ha pregio alcuno la tesi per la quale, decorso il periodo previsto dalla disciplina penale senza ulteriori condanne, le condanne riportate ex art. 444 cpp perderebbero *ipso facto* rilevanza agli effetti della ammissione alle pubbliche gare. A prescindere dal dato che la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. VI, 27 Giugno 2007, n. 3663) ricollega l'effetto estintivo ad una formale pronuncia in tal senso ad opera del Giudice penale (della quale non vi è traccia nella specie), è assorbente la considerazione che le imprese in questione non si sono attenute all'obbligo del *clare loqui* avendo utilizzato l'espressione "nulla" nella dichiarazione prevista dall'allegato 2 al disciplinare di gara.

Fermo dunque che l'offerta della C. è la sola che validamente residua allo scrutinio del Giudice amministrativo, va ora esaminata la censura della stazione appaltante in base alla quale il contratto stipulato con l'ati Energy Service s.r.l. non avrebbe potuto esser ritenuto caducato, neppure in via di cognizione incidentale.

La questione posta dalla stazione appaltante si iscrive in un quadro di riferimento nel quale, come è noto, non è stata tuttora raggiunta una definitiva composizione degli orientamenti presenti sullo scenario.

Ritiene peraltro il Collegio che la statuizione del primo giudice possa essere confermata con la precisazione che la piena soddisfazione dell'interesse fatto valere in giudizio potrà essere realizzata, come chiarito dall'Adunanza Plenaria n. 9 del 2008, soltanto allorché l'amministrazione non si sia spontaneamente conformata alla pronuncia di annullamento e si passi quindi eventualmente alla fase dell'ottemperanza, nella quale come è noto il Giudice amministrativo è dotato di giurisdizione di merito.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe previamente riuniti, così provvede:

respinge gli appelli principali di E., della Provincia di C.; respinge l'appello incidentale di A.;

accoglie l'appello incidentale di C. e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, dichiara improcedibile il ricorso

so, anche in appello, della C.;

conferma per tutto il resto la sentenza impugnata.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 20 Febbraio 2009 con l'intervento dei Sigg.ri:

Domenico La Medica

Presidente

G.Paolo Cirillo

Consigliere

Marzio Branca

Consigliere

Aniello Cerreto

Consigliere

Nicola Russo

Consigliere est.