



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 della Campania
sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1755 del 2010, proposto da:
Kria S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Claudio Colombo, con
domicilio eletto in Salerno, via A. Diaz, n. 47 presso l'avv. Aurora
Addresso;

contro

Comune di Salerno, in persona del sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Piscitelli, Luigi Mea,
Aniello Di Mauro, con domicilio eletto in Salerno, presso Palazzo di
Città, via Roma;

nei confronti di

Kapsch Busi S.p.A. (di seguito Kapsch), in persona
dell'amministratore legale rappresentante pro tempore, rappresentato
e difeso dagli avv. Francesco Accarino e Luigino Montarsolo, con

domicilio eletto in Salerno, Corso Vittorio Emanuele, n. 58, presso l'avv. G. Polverino;

per l'annullamento:

1. della determina dirigenziale n.4814 del 13 ottobre 2010, con cui il comune di Salerno ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione alla ricorrente e la contestuale aggiudicazione alla Kapsch dell'appalto per l'ampliamento del sistema telematico di controllo in ZTL;
2. della nota del 10 ottobre 2010;
3. della lettera di esclusione del 12 ottobre 2010.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Salerno e di Kapsch;

Viste le memorie difensive;

Visto il ricorso incidentale proposto da Kapsch;

Vista l'ordinanza cautelare n. 1146 del 16 dicembre 2010 di questo TAR;

Vista l'ordinanza di appello cautelare n. 723 del 16 febbraio 2011 del Consiglio di Stato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2011 il dott. Gianmario Palliggiano ed uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

- 1.- Kria s.r.l. ha partecipato alla gara con procedura aperta, indetta dal comune di Salerno per l'aggiudicazione della fornitura mista relativa al sistema telematico di controllo delle zone a traffico limitato (ZTL). Il metodo di aggiudicazione era secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa, con importo a base di gara di € 235.453,90, iva esclusa.
- 2.- Superata la fase di ammissione, la ricorrente è risultata aggiudicataria provvisoria per avere presentato la migliore offerta, sotto il profilo tecnico ed economico, anche dopo il vaglio dell'anomalia.
- 3.- Con nota del 23 settembre 2010 il responsabile del procedimento rilevava tuttavia che, in seguito a verifica delle dichiarazioni sostitutive rese all'atto della domanda (Modulo C), ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) del d. lgs. n. 163/2006, il legale rappresentante della società non avrebbe menzionato, tra i soggetti cessati dalle cariche societarie nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara, la presenza del dott. Guelpa Giuseppe, procuratore nominato dal 26 novembre 2008 al 30 novembre 2009.
- 4.- Con nota del 12 ottobre 2010, il responsabile del procedimento ha respinto le osservazioni formulate in contraddittorio dalla ricorrente ed ha contestato anche la tardività della produzione, ha quindi preannunciato l'esclusione.
- 5.- Con nota del 19 ottobre 2010, la stazione appaltante ha

comunicato l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria a favore di Kria e l'affidamento a favore della controinteressata Kapsch.

6.- In data 3 novembre 2010, la ricorrente ha inviato comunicazione ex art. 243 bis del d. lgs. 163/2006.

7.- Avverso l'atto di esclusione ha quindi presentato l'odierno ricorso, notificato il 4 novembre 2010 e depositato il 18 successivo, affidato ai seguenti motivi di doglianza:

1. violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 46 e 73 d. lgs. n. 163/2006;

2. violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost, dell'art. 2 d. lgs. 163/2006; eccesso di potere per carenza di motivazione, contraddittorietà, sviamento, ingiustizia ed illogicità manifesta;

3. Violazione dell'art. 38, comma 2, d.lgs. 163/2006 e art. 45, comma 2, lett. c) direttiva 2004/18/CE.

8.- Per quanto sopra ha chiesto l'annullamento, previa sospensione cautelare, dei provvedimenti impugnati.

9.- Si sono costituiti in giudizio il comune di Salerno e la controinteressata Kapsch che, con rispettive memorie, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

10.- Kapsch ha inoltre proposto ricorso incidentale, notificato il 29 novembre 2010 e depositato il successivo 2 dicembre, seguito da motivi aggiunti, notificati il 4 dicembre 2010 e depositati il 16 successivo, con i quali ha eccepito l'incongruità e la difformità dell'offerta ovvero la violazione del principio dell'unicità dell'offerta

presentata dalla ricorrente principale rispetto all'oggetto della prestazione, dedotto nella lex specialis di gara. Ha chiesto quindi in accoglimento del ricorso incidentale dichiararsi l'illegittimità degli atti di gara che non hanno disposto l'esclusione di Kria, con conseguente inammissibilità per carenza di legittimazione del ricorso principale.

11.- Alla camera di consiglio del 16 dicembre 2010, con ordinanza n. 1146/2010, il Tar ha respinto la richiesta di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 723 del 16 febbraio 2011, ha accolto l'appello cautelare, invitando il Tar ad una sollecita fissazione dell'udienza di merito.

Alla pubblica udienza del 7 aprile 2011, la causa è stata posta in decisione.

12.- Può soprassedersi dall'esame del ricorso incidentale, stante l'infondatezza del ricorso principale.

12.1.- Con il primo motivo, parte ricorrente lamenta la violazione degli artt. 38, 46 e 73 del d. lgs. 163/2006. A suo avviso, il provvedimento che l'ha esclusa dalla gara sarebbe illegittimo, poiché la disciplina delle forme e dei modi di accertamento dei requisiti di carattere generale non sarebbe contenuta nel bando e nel disciplinare, bensì nei moduli predisposti dalla stazione appaltante. Va quindi considerato che le modalità dichiarative contenute nei predetti moduli non sono obbligatorie e non costituiscono un impegno per i concorrenti. L'irregolarità o la mancanza delle

dichiarazioni non potrebbe a questo punto generare l'automatica esclusione dalla gara. L'art. 73, comma 4, d. lgs. 163/2006 impedirebbe, infatti, alle stazioni appaltanti di obbligare i concorrenti, a pena di esclusione, ad utilizzare i moduli dalle stesse predisposti.

L'eccezione non coglie nel segno e pertanto non è condivisibile.

Il punto III.2.1. del bando rinvia, integralmente, all'art. 38 d. lgs. 163/2000, secondo cui in caso di errata ovvero omessa dichiarazione si procede all'esclusione del concorrente.

Va sul punto rilevato che la ricorrente ha reso l'errata dichiarazione relativamente ad una condizione espressamente prevista dall'art. 38 menzionato e non nei confronti di una circostanza aggiuntiva eventualmente prescritta nei moduli predisposti dalla stazione appaltante. Non si discute quindi dell'eventualità che i moduli contengano una disciplina aggiuntiva rispetto a quella di legge richiamata dal disciplinare.

La ricorrente ha infatti omesso di rendere la dichiarazione sui requisiti di moralità e professionalità del soggetto cessato dalla carica, violando direttamente l'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del d. lgs. 163/2006 e della lex specialis di gara secondo cui il partecipante ha l'onere di dedurre esattamente i requisiti di moralità e professionalità delle persone fisiche munite di potere di rappresentanza cessate nel triennio.

Il carattere essenziale di questo elemento è confermato dal punto

III.2.1. del bando di gara il quale rimette la valutazione delle condizioni di partecipazione alle informazioni ed alle formalità necessarie raccolte tramite le dichiarazioni, rese ai sensi del più volte menzionato art. 38. L'esclusione dalla gara, pertanto, si fonda sul criterio c.d. teleologico perché l'omissione nella dichiarazione ha impedito alla stazione appaltante di verificare in pieno la sussistenza del requisito di moralità e professionalità, elemento essenziale per potere partecipare alla gara.

12.2.- Non vi è, inoltre, contrasto con l'art. 73, comma 4, del d. lgs. 163/2006 per la ragione che non sussiste nel disciplinare alcun obbligo di utilizzare i predetti modelli. Il disciplinare in questione obbliga infatti, a pena di esclusione, a rendere le diverse dichiarazioni secondo il modello di volta in volta allegato "o in conformità allo stesso"; questa indicazione non assume altro significato che ricondurre rilevanza non alla forma del modello predisposto ma al suo contenuto.

12.3.- Con il secondo motivo di ricorso, Kria deduce la violazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 2 del d. lgs. 163/2006, rilevando l'ambiguità e l'oscurità della modulistica.

In particolare censura la circostanza che il testo del modello di dichiarazione non menzioni espressamente i procuratori riferendosi invece alle cariche sociali.

Anche questo rilievo non è condivisibile. Il modello predisposto dall'amministrazione si riconduce alle "cariche societarie" indicate

all'art. 38, comma 1, lett. c), del d. lgs. 163/2006 menzionato, rinviando quindi ad una norma di legge il cui mancato rispetto non può essere imputabile ad errore scusabile. Il sig. Giuseppe Guelpa, socio al 25%, con atto del 26.11.2008, ha assunto la qualifica di procuratore con il potere di rappresentare la società stessa negli affari di ordinaria e straordinaria amministrazione; la procura è stata revocata con effetto dal 30.11.2009. Dal certificato camerale emerge l'attribuzione di ampi poteri gestori per i profili sia economico-finanziario sia della gestione amministrativa e negoziale. Nel caso di pieno conferimento di poteri si è in presenza di veri e propri amministratori di fatto con obbligo di rendere le previste dichiarazioni (cfr. ex multis Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7578; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 24 marzo 2011, n. 497).

12.4.- Appare infine destituito di fondamento il rilievo sul contrasto tra l'art. 38, comma 2, lett. c) d. lgs. 163/2006 e l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE. Ad avviso di parte ricorrente, il requisito fissato dalla norma nazionale sarebbe attinente ad un aspetto di carattere meramente formale laddove la norma comunitaria colpisce elementi sostanziali quali, per l'esattezza, una sentenza passata in giudicato, secondo le disposizioni di legge dello stato, per un reato che incida sulla moralità professionale.

La tesi non è condivisibile perché nel caso di specie non si discute sui requisiti di carattere formale ovvero sostanziale, quanto sull'affidabilità che il partecipante alla gara deve rivestire nel

momento in cui fornisce, alla stazione appaltante, una dichiarazione che, a prescindere dai suoi contenuti, deve assumere i caratteri della veridicità e della completezza, l'unico modo perché la stazione appaltante sia messa in grado di conoscere esattamente l'operatore economico, potenziale contraente.

13.- Il ricorso principale, pertanto, in quanto infondato va respinto. L'infondatezza del ricorso principale comporta l'improcedibilità del ricorso incidentale e dei relativi motivi aggiunti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura e nei termini indicati in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso numero di registro generale 1755 del 2010, come in epigrafe proposto, lo respinge. Dichiara l'improcedibilità del ricorso incidentale e dei relativi motivi aggiunti.

Condanna parte ricorrente, Kria s.r.l., al pagamento delle spese processuali che si liquidano in € 2.000,00 (duemila/00), a titolo di onorari e spese, oltre Iva e Cassa, come per legge, per ciascuna delle parti costituite: Comune di Salerno, Kapsch Busi s.p.a.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Onorato, Presidente

Sabato Guadagno, Consigliere

Gianmario Palliggiano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/07/2011

IL SEGRETARIO

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