



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 per la Emilia Romagna
sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 59 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sigea Costruzioni S.p.A., Sigea Costruzioni S.p.A. Ati con Forte Costruzioni e Restauri S.r.l. e No Problem Parking S.p.A., rappresentate e difese dall'Avv. Ezio Maria Zuppari, con domicilio eletto presso Lucio Vittozzi, in Parma, via G.G. Sicuri n. 60/A;

contro

Comune di Piacenza, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Elena Vezzulli, con domicilio eletto presso l'Avv. Paolo Zucchi, in Parma, via Cantelli n. 9; Comune di Piacenza, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Elena Vezzulli, con domicilio eletto presso l'Avv. Paolo Zucchi, in Parma, via Cantelli n. 9;

nei confronti di

Parcheggi Italia S.p.A. e Ati con Indacoo S.c.p.a. e Impresa Cella Gaetano S.r.l.; Consorzio Cooperative Costruzioni e Ati con Edilstrade Building S.p.A.-Apcoa Parking Italia S.p.A. e Final S.p.A., rappresentate e difese dall'Avv. Paolo Coli, con domicilio eletto presso l'Avv. Mario Ramis, in Parma, borgo G. Tommasini n. 20;

per l'annullamento

- a) del bando di gara adottato dal Comune di Piacenza relativo alla procedura aperta per la concessione della progettazione definitiva ed esecutiva della costruzione e gestione del parcheggio pubblico interrato in piazza Cittadella, riqualificazione della piazza soprastante nonché della gestione delle aree di sosta a rotazione a pagamento, rimozione forzata e custodia dei veicoli nel Comune di Piacenza - CIG 29418800228, nella parte in cui non prevede l'apertura del plico contenente l'offerta qualitativa in seduta pubblica;
- b) dei verbali di gara redatti dalla Commissione aggiudicatrice nelle sette sedute nelle quali si è proceduto all'espletamento della procedura di gara, in particolare:
 - 1) nella parte in cui si procede all'apertura dei plichi contenenti le offerte qualitative in seduta riservata anziché pubblica;
 - 2) nella parte in cui si attribuiscono i punteggi alla concorrenti relativamente all'offerta qualitativa;
 - 3) nella parte in cui non si segue il procedimento indicato dal bando di gara e dalla stessa Commissione, per la valutazione delle offerte

qualitative, mediante il calcolo della media dei coefficienti assegnati da ciascun membro della Commissione ed invece si procede secondo il criterio della unanimità senza espressione di voto individuale e successiva media;

4) nella parte in cui si approva la graduatoria provvisoria di merito all'esito della valutazione delle offerte qualitative e quantitative;

5) nella parte in cui si dichiara aggiudicataria provvisoria dell'appalto l'ATI costituita dal Consorzio Cooperative Costruzioni - C.C.C. Soc. Coop. - Edilstrade Building S.p.A. - Apcoa Parking Italia S.p.A. - Final S.p.A.;

c) della determinazione dirigenziale n. 40 del 16.01.2012 del Comune di Piacenza con la quale sono stati approvati i verbali di gara e contestualmente è stata dichiarata aggiudicataria provvisoria l'ATI Consorzio Cooperative Costruzioni - C.C.C. Soc. Coop. - Edilstrade Building S.p.A. - Apcoa Parking Italia S.p.A. - Final S.p.A.;

d) per quanto occorrer possa, della nota del Comune di Piacenza prot. 003748 del 19.01.2012 di comunicazione dell'adozione della Determinazione dirigenziale impugnata sub c),

impugnati con il ricorso introduttivo;

e) della determinazione dirigenziale n. 439 del 30.03.2012 del Comune di Piacenza con la quale si dispone di procedere all'aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI costituita dal Consorzio Cooperative Costruzioni - C.C.C. Soc. Coop. - Edilstrade Building Spa - Apcoa Parking Italia Spa - Final Spa;

f) della nota del Comune di Piacenza prot. 0021394 del 30.03.2012 di comunicazione e trasmissione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, impugnato sub e);

g) della nota del Comune di Piacenza prot. 0021926 del 03.04.2012, pervenuta alla ricorrente in pari data a mezzo fax, con cui si comunica l'adozione della nota impugnata sub f);

h) della determinazione dirigenziale n. 64 del 20.01.2012 del Comune di Piacenza di approvazione dei verbali di gara, mai comunicata alla ricorrente;

i) del contratto di appalto la cui stipulazione con l'aggiudicataria è prevista per il giorno 04.05.2012, come comunicato colla nota impugnata sub f);

l) di ogni altro atto preordinato, connesso e conseguente e/o comunque lesivo dell'interesse della ricorrente, atti impugnati con motivi aggiunti;

del provvedimento assunto in data 28 ottobre 2011 nella parte in cui non ha disposto l'esclusione della ricorrente;

dei provvedimenti adottati dalla Stazione appaltante nell'ambito della procedura di gara, compreso il provvedimento assunto dalla commissione in data 28 ottobre 2011, la determinazione n. 40 del 16 gennaio 2012, nella parte in cui non dispongono l'esclusione della ricorrente,

oggetto di ricorso incidentale depositato il 25 febbraio 2012;

di tutti i provvedimenti di gara, compreso il provvedimento del 21

dicembre 2011 e la determinazione n. 40 del 16 gennaio 2012, nella parte in cui non ha disposto alcuna verifica di anomalia relativamente all'offerta della ricorrente,
oggetto di ricorso incidentale depositato il 17 aprile 2012;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Piacenza e del Consorzio Cooperative Costruzioni e Ati con Edilstrade Building Spa-Apcoa Parking Italia S.p.A. e Final S.p.A.;

Visti i ricorsi incidentali presentati da Consorzio Cooperative Costruzioni Ccc Soc.Coop. - Apcoa Parking Italia S.p.A. - Final S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2012 il dott. Marco Poppi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso introduttivo, Sigea Costruzioni S.p.A.(di seguito Sigea), ha impugnato gli esiti della procedura di gara indetta dalla resistente Amministrazione comunale per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di un parcheggio pubblico interrato (a quel momento pervenuta all'adozione del provvedimento di

aggiudicazione provvisoria), deducendo quali vizi l'avvenuta apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta riservata, la violazione della disciplina di gara in tema di assegnazione dei coefficienti da parte dei singoli commissari in ordine ai parametri valutativi riferiti alla componente tecnica dell'offerta, nonché, l'illogicità ed irragionevolezza delle valutazioni tecnico-discrezionali formulate in relazione ad una pluralità di profili afferenti il progetto presentato.

Il Comune di Piacenza ed il controinteressato aggiudicatario della gara, Consorzio Cooperative Costruzioni (di seguito C.C.C.), si sono costituiti in giudizio confutando le avverse doglianze e chiedendo la reiezione del ricorso.

Con decreto presidenziale n. 30 del 20 febbraio 2012 è stata disposta la sospensione dei provvedimenti impugnati sino alla camera di consiglio del 21 marzo 2012, all'esito della quale, con ordinanza n. 57/2012, è stata respinta l'istanza cautelare per difetto del prescritto periculum stante la perdurante pendenza della procedura concorsuale non ancora conclusa con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Il controinteressato C.C.C., in data 29 febbraio 2012, ha depositato un primo ricorso incidentale rilevando l'illegittimità della mancata esclusione della ricorrente dalla gara in ragione della incompletezza e non conformità, sotto vari profili, delle dichiarazioni rese ex art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 ed il difetto di legittimazione alla

presentazione dell'offerta da parte dell'Amministratore delegato della Società, trattandosi di incombente che, in virtù dell'importo di gara, rientrava per espressa disposizione statutaria nella competenza del Consiglio di Amministrazione.

Con atto del 12 aprile 2012, parte ricorrente, preso atto della conclusione della procedura concorsuale e dell'intervenuta adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ha proposto motivi aggiunti, con reiterazione dell'istanza cautelare, formulando, nei confronti degli atti riferiti al segmento procedurale sopravvenuto le medesime doglianze già oggetto del ricorso introduttivo.

Con decreto n. presidenziale 73 del 16 aprile 2012 è stata respinta la domanda di sospensione.

In data 17 aprile 2012, C.C.C. ha depositato un secondo ricorso incidentale rilevando l'omissione delle dovute verifiche di anomalia riferite all'offerta della ricorrente nonostante presentasse una pluralità di profili di incongruità.

La ricorrente principale, in via pregiudiziale, relativamente al primo dei due richiamati gravami incidentali, ha eccepito la carenza di interesse da parte della controinteressata osservando che:

- avuto riguardo alla data di pubblicazione del bando (6 luglio 2011), il regime delle clausole escludenti é disciplinato dall'art. 46, comma 1 bis, del D. Lgs. n. 163/2006 nel testo risultante dalle modifiche apportate dal D.L. n. 70/2011, che impedisce alle Stazioni appaltanti l'introduzione di cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle

espressamente tipizzate;

- la concreta assenza di elementi ostativi a carico dei soggetti cui si riferiscono le pretese dichiarazioni omesse, determinerebbe l'impossibilità di procedere alla esclusione della concorrente in ossequio al principio di matrice giurisprudenziale del c.d. "falso innocuo" (Cons. St., Sez. V, 24 novembre 2011, n. 6240);

- la mancata impugnazione del provvedimento di rivalutazione della sussistenza di possibili ipotesi di esclusione a carico di Sigea operata dal RUP a seguito della proposizione del primo ricorso incidentale, determinerebbe l'improcedibilità del gravame.

Quanto al secondo ricorso incidentale Sigea ne ha dedotto la tardività per essere stato notificato oltre il trentesimo giorno dalla notifica del ricorso principale.

Con riferimento al merito dei due gravami incidentali, tanto Sigea che l'Amministrazione comunale hanno contestato la fondatezza delle censure formulate.

Nella camera di consiglio del 9 maggio 2012, con ordinanza n. 84, preso atto dell'intervenuta conclusione della procedura di affidamento e dell'imminenza della fase di affidamento dei lavori, è stata accolta l'istanza di sospensione con tempestiva fissazione della discussione di merito del ricorso all'odierna udienza pubblica, all'esito della quale la causa è stata trattenuta in decisione.

Parte ricorrente con il presente ricorso, integrato da motivi aggiunti, ha impugnato gli esiti della procedura di gara oggetto del giudizio

deducendo una pluralità di censure suscettibili, qualora fondate, di determinare la caducazione dell'intera procedura di gara.

Si innestano nel medesimo giudizio due ricorsi incidentali proposti dall'odierno controinteressato, il primo dei quali idoneo, se fondato, ad incidere sullo stesso interesse all'impugnazione della ricorrente principale in quanto diretto a censurare la mancata esclusione della medesima da parte della Stazione appaltante.

La descritta articolazione delle censure introdotte dalle parti, ricorrente e controinteressata, comporta la necessità di stabilire, in via preliminare, l'ordine di esame dei ricorsi.

In merito alla specifica questione, il Collegio ritiene di conformarsi all'orientamento espresso dal Consiglio di Stato con decisione resa in Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4, in base al quale, il ricorso incidentale c.d. "paralizzante", ovvero mirante a censurare l'illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente principale, deve sempre essere scrutinato prioritariamente anche in presenza di un manifestato interesse strumentale, da parte di quest'ultima, alla caducazione e rinnovazione dell'intera gara.

Ne deriva che verrà scrutinato prioritariamente il primo ricorso incidentale mentre il ricorso principale verrà scrutinato solo in caso di infondatezza del primo gravame incidentale.

Lo scrutinio del secondo ricorso incidentale (non "paralizzante") troverà ingresso nel giudizio unicamente in caso di ritenuta fondatezza del ricorso principale.

Prima di esaminare le censure contenute nel primo ricorso incidentale devono, tuttavia, affrontarsi preliminarmente le eccezioni di inammissibilità del gravame sollevate da Sigea.

Il primo dei rilevati profili di inammissibilità è infondato.

Deve, infatti, osservarsi che l'art. 46, comma 1 bis, del D. Lgs. n. 163/2006, richiamato dalla ricorrente, recita che “la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti,...”

L'art. 38, comma 2, del medesimo decreto dispone che “il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al DPR n. 445/2000 decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 ...”.

Così descritto il contesto normativo di riferimento non può che rilevarsi come la mancata dichiarazione da parte di soggetti a tale adempimento tenuti (nel caso di specie, si anticipa, due dei tre membri del Consiglio di amministrazione ed il Direttore tecnico) determini la violazione di un preciso obbligo di legge rientrante per ciò solo nel perimetro di applicazione del citato art. 46, comma 1 bis, senza integrare alcuna ipotesi di arbitraria introduzione di cause di esclusione atipiche.

In tema di dichiarazioni non veritiere, peraltro, la posizione trova

riscontro nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato che, sul punto, ha avuto modo di affermare che “è rilevante che l'autodichiarazione sia prescritta dal comma 2 dell'articolo 38 del Codice degli appalti con le conseguenze previste dall'articolo 75 del D.P.R. n. 445/2000, che prevede, in caso di falsità dell'autocertificazione, la perdita dei benefici cui l'autodichiarazione è finalizzata. Pertanto, nel caso di specie, l'esclusione deriva direttamente da cause previste da disposizioni di legge come richiesto dalla puntuale applicazione delle nuove disposizioni di recente introdotte dall'articolo 46, comma 1 *bis*, del Codice dei contratti, che vieta che bandi e lettere di gara prevedano ulteriori cause di esclusione non previste dalla legge” (Cons. Stato, Sez. III, 4 gennaio 2012, n. 8).

Infondato è anche il secondo profilo di inammissibilità (con il quale si invoca il principio del c.d. “falso innocuo”), frutto di una non corretta lettura della decisione richiamata dalla stessa ricorrente che, contrariamente a quanto sostenuto, non riconosce esclusiva rilevanza all'assenza in concreto di cause ostative ma subordina la “valutazione sostanzialistica” invocata al difetto di “esplicite previsioni escludenti” che, come si evidenzierà di seguito, nel caso di specie, sono invece contemplate dalla *lex specialis*.

Relativamente al terzo degli eccepiti profili di inammissibilità (mancata impugnazione della conferma dei requisiti di ammissione di Sigea che si pretenderebbe effettuata a seguito della proposizione del

primo ricorso incidentale), nessun onere di impugnazione, nella specie non assolto, è configurabile in capo a C.C.C. in quanto nessun provvedimento, nei termini specificati dalla ricorrente principale, risulta essere stato adottato.

L'Amministrazione, come dalla stessa precisato con nota del 15 marzo 2012, n. 17145, non ha operato alcun riesame della complessiva posizione della ricorrente principale in ordine alla ammissibilità della medesima alla gara, ma si è limitata ad effettuare dei "controlli atti a verificare l'effettiva corrispondenza delle dichiarazioni sostitutive prodotte in sede di gara ai sensi dell'art. 46/47 del D.P.R. 445/2000 relativamente ai soggetti che ricoprono i poteri rappresentanza componenti l'ATI".

In altri termini, ha proceduto alla verifica di veridicità di quanto contenuto nelle dichiarazioni prodotte senza formulare alcuna valutazione sulla completezza delle medesime mentre è proprio su tale profilo che si appuntano le doglianze oggetto di ricorso incidentale.

Quanto al merito, il primo ricorso incidentale è fondato.

Con il primo motivo del primo ricorso incidentale, C.C.C. eccepisce la violazione dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c), del D. Lgs. n. 163/2006.

La norma inibisce la partecipazione a pubbliche gare a soggetti economici costituiti in forma di società di capitali i cui amministratori muniti di potere di rappresentanza e direttori tecnici

siano sottoposti a procedimenti finalizzati all'applicazione di misure di prevenzione o nei confronti dei quali sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per reati gravi che incidano sulla moralità professionale o per determinate figure delittuose espressamente specificate.

In ossequio alla richiamata disposizione normativa, le “nome di gara” predisposte dalla Stazione appaltante, prevedevano che i plichi di offerta “a pena di esclusione” dovessero contenere una dichiarazione del legale rappresentante (da rendersi secondo l'allegato “fac-simile n. 3”) contenente l'indicazione degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza.

Era, altresì, prevista una “dichiarazione sostitutiva del Certificato Generale del Casellario Giudiziale e dei Carichi Pendenti, di data non anteriore a 6 mesi rispetto alla data di celebrazione della gara” resa (secondo l'allegato “fac-simile n. 4”) da rendersi a cura degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e del direttore tecnico.

Anche con riferimento all'adempimento da ultimo richiamato, le “norme di gara” prevedevano che “la mancata presentazione della dichiarazione di cui sopra ... comporta l'esclusione dalla gara”.

Il legale rappresentante di Sigea, Ettore Siniscalco, membro del Consiglio di amministrazione, con dichiarazione resa ex “Fac-simile n. 3” ha omesso di indicare quali amministratori muniti di poteri di rappresentanza gli altri due componenti del Consiglio.

Anche con riferimento alle dichiarazioni di cui al Fac-simile n. 4, (che sarebbero dovute essere 4: tre membri del Consiglio e il Direttore tecnico) risultano prodotte unicamente quelle rese da Ettore Siniscalco, Filippo Scafati (Direttore Tecnico) e Carlo Verneti mentre è mancante quella da rendersi a cura di Raffaele Petrone.

L'organo di amministrazione della società, come si evince dalla visura storica di Sigea depositata dal controinteressato sub doc. 12, è composto, oltre che dal dichiarante, anche da Carlo Verneti e Raffaele Petrone e a detto organo sono attribuiti i “più ampi poteri per l'amministrazione ordinaria e straordinari della società e può quindi compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione ed il raggiungimento dello scopo sociale”.

I poteri statutari contemplano la possibilità di delega di detti poteri in capo ad un singolo componente del Consiglio con esclusione dei poteri di stipula “di contratti di particolare rilevanza tra cui anche: ... 6. contratti di valore superiore a € 100.000,00 oppure aventi durata superiore a tre anni ..”.

Quanto ai poteri espressamente attribuiti con verbale del Consiglio di Amministrazione del 16 maggio 2011 all'Amministratore delegato Ettore Siniscalco, figura la possibilità di “X) concludere e stipulare contratti di appalto e sub-appalto e contratti d'opera in genere” precisando che “B) tali poteri di ordinaria amministrazione e gestione della società potranno essere esercitati dall'Amministratore

delegato con firma singola ... fino ad un importo pari ad euro 500.000,00” oltre i quali l'amministratore delegato potrà agire solo ed esclusivamente previa specifica autorizzazione del consiglio di amministrazione”.

Ne deriva che ai fini in esame Carlo Verneti e Raffaele Petrone rivestivano la qualifica di amministratori della Società con poteri analoghi a quelli dell'Amministratore delegato soggiacendo, pertanto, ai medesimi obblighi dichiarativi.

Ciò nonostante, come anticipato, i loro nominativi non figurano nella dichiarazione resa da Ettore Sinisalco con “Fac-simile n. 3” e, relativamente a Raffaele Petrone manca, altresì, la dichiarazione ex “Fac-simile n. 4”.

A tal proposito deve rilevarsi che la figura del Petrone non era nota alla Stazione appaltante (che a causa di ciò sarebbe stata impossibilitata a procedere ad eventuali autonomi accertamenti) in quanto la ricorrente, in sede di partecipazione, ha prodotto una visura camerale non aggiornata nonostante, al momento della elaborazione della visura depositata, la nomina del medesimo fosse già intervenuta.

Raffaele Petrone è stato, infatti, nominato con verbale del Consiglio di Amministrazione del 16 maggio 2011 ma la relativa iscrizione è stata comunicata per l'aggiornamento degli atti camerali solo in data 15 giugno 2011 (e risulta iscritta dal 28 giugno successivo).

La visura depositata dalla ricorrente in sede di gara è del 7 giugno

2011 quindi successiva alla nomina ma non aggiornata a causa del ritardo con il quale è stata comunicata la variazione.

La Società ricorrente, pertanto, ha prodotto una dichiarazione oggettivamente lacunosa, non conforme a quello che era l'assetto societario al momento della proposizione della domanda, supportandola con una visura camerale che la medesima non poteva non sapere essere difforme dalla situazione già determinatasi in virtù dei descritti eventi societari.

L'omessa produzione della dichiarazione di due amministratori muniti di poteri di rappresentanza, nonché, di quella dell'effettivo direttore tecnico integra una violazione della disciplina di gara presidiata da espressa comminatoria di esclusione che avrebbe dovuto determinare l'esclusione della ricorrente principale.

La fondatezza del motivo determina l'accoglimento del primo ricorso incidentale con assorbimento delle ulteriori doglianze.

Detto accoglimento determina ulteriormente, secondo l'insegnamento della già citata Adunanza Plenaria n. 4/2011, l'improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse.

Stessa sorte colpisce il secondo ricorso incidentale.

Sussistono, tuttavia, in ragione della specificità delle questioni trattate, giuste ragioni per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna sezione

staccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il primo ricorso incidentale e per l'effetto dichiara improcedibili sia il ricorso principale che il secondo ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Laura Marzano, Primo Referendario

Marco Poppi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/07/2012

IL SEGRETARIO

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