



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1650 del 2015, proposto da: NEWAG S.A., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Carlo Comandè, Jacek Bieniak e Giuseppe La Rosa, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carlo Comandè, sito in Palermo nella Via Nunzio Morello n°40;

contro

ASSESSORATO REGIONALE DELLA REGIONE SICILIANA DELLE INFRASTRUTTURE E MOBILITÀ, in persona dell'Assessore pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo presso i cui uffici, siti in Palermo nella Via A. De Gasperi n°81, è domiciliato per legge;

per l'annullamento

- del verbale di gara dell'8.4.15, relativo all'appalto bandito dal Dipartimento regionale delle infrastrutture, della mobilità e dei trasporti della Regione Siciliana relativo alla "fornitura di n. 5 treni automotori completi, bidirezionali, ad uno o più

piani, a trazione elettrica alimentati a 3 KV cc, reversibili di lunghezza massima di 110 metri, con capacità totale di almeno 180 posti a sedere per ciascun convoglio" (CIG n.5519567AC5), per un importo a base d'asta di Euro 43.909.951,52, nella parte in cui è stata disposta l'esclusione della società NEWAG S.A., odierna ricorrente;

- ove occorra della nota email prot. 19417 del 14.4.15 con cui è stata comunicata l'esclusione;

- ove occorra del bando di gara (sezione VI.3) e del disciplinare di gara (punto 8.1.);

- di ogni altro atto e provvedimento antecedente, successivo comunque presupposto, connesso e consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Assessorato Regionale della Regione Siciliana delle Infrastrutture e Mobilità;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2015 il dott. Sebastiano Zafarana e uditi per le parti: gli avv.ti Carlo Comandè e Giuseppe La Rosa per la società ricorrente; l'Avvocato dello Stato Lidia La Rocca per l'Amministrazione resistente;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con ricorso notificato l'08/05/2015 la società ricorrente ha impugnato il verbale dell'08/04/2015 con il quale il Seggio di gara ha disposto la esclusione della NEWAG dalla procedura di gara *"in quanto dall'esame della documentazione la*

Commissione ha verificato che non sono state rese in nessuna forma le dichiarazioni individuate dalle lettere b) e c) dell'art.38 comma 1 del D.lgs. n.163/2006, prescritte a pena di esclusione come peraltro disposto dal disciplinare di gara alla pagina 13, da parte del Direttore Tecnico – Vice Presidente sig. Pivowar Wieslaw e dal Direttore di Finanza sig. Borek Bodgan, soggetti la cui carica è dichiarata in seno alla società dal legale rappresentante sig. Zbigniew Konieczek”.

1.2. Il gravame è affidato ad un unico motivo di ricorso con il quale la società ricorrente deduce i vizi di: Violazione e falsa applicazione degli artt.38 e 46 D.lgs. 163/2006 – Eccesso di potere per travisamento, difetto di istruttoria, sviamento, contraddittorietà e disparità di trattamento – Violazione dei principi posti a tutela della par condicio e della massima partecipazione.

1.3. In data 22/05/2015 si è costituito in giudizio l'Assessorato intimato, con atto di mera forma non contenente difese scritte, e depositando documenti.

1.4. Alla camera di consiglio del 26 maggio 2015, il Presidente del Collegio ha comunicato alle parti la sussistenza dei presupposti per l'immediata definizione del ricorso con sentenza breve, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., dandone atto nel relativo verbale.

1.5. I procuratori delle parti, tutti presenti, nulla hanno osservato ed il ricorso è stato posto in decisione.

2. La questione sottoposta all'esame del Collegio riguarda la mancata tempestiva dimostrazione del possesso dei requisiti di onorabilità da parte di soggetti indicati nel disciplinare di gara, il quale alla pag.13 punto 8.1.vii. prevedeva che “La dichiarazione attestante l'insussistenza delle cause di esclusione individuate alle lettere b) ed c) dell'art.38, comma 1, del D.lgs. 163/2006 e ss.mm. e ii., deve essere resa, in forma esplicita per ognuna delle cause di esclusione sopracitate, distintamente dai seguenti soggetti: tutti gli amministratori muniti di rappresentanza e il/i direttori tecnici”.

3. Sostiene la società ricorrente di avere corredato la domanda di partecipazione alla gara con tutta la documentazione prevista dal bando, tra cui la dichiarazione resa dal proprio legale rappresentante, sig. Zbigniew Konieczek il quale ha espressamente dichiarato: *“b) che l’Impresa dal medesimo rappresentata non si trova in alcune delle condizioni previste dall’art.38, comma 1, lettere a),b),c),d),e),f),g),h),i),l),m),m-bis del D.Lgs. 12 aprile 2006 n.163;”*

Ritiene la ricorrente che la suddetta dichiarazione sarebbe pienamente soddisfacente di tutti gli obblighi dichiarativi previsti dal D.lgs.163/2006 in quanto la dichiarazione di insussistenza di tutte le cause ostative di cui all’art.38 sarebbe stata estesa all’intera “Impresa” e, come tale, essa sarebbe, dunque, riferibile a tutti i soggetti contemplati dalle lettere b) e c) della suddetta norma. La correttezza dell’assunto si ricaverebbe in primo luogo dagli arresti di quella giurisprudenza amministrativa (oramai consolidata) che ha da tempo chiarito come la dichiarazione generica circa l’insussistenza delle cause ostative di cui all’art.38 D.lgs 163/2006 - senza cioè l’indicazione specifica del contenuto delle singole lettere - possa ritenersi ampiamente esaustiva degli oneri dichiarativi.

Si ricaverebbe, inoltre, dall’applicazione, al caso in esame, dell’impostazione “sostanzialistica”, adottata dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 16 del 30 luglio 2014, sulla questione della dimostrazione del possesso dei requisiti di natura soggettiva necessari per la partecipazione alle gare, che in linea con la “ratio” delle modifiche apportate alla disciplina degli appalti con l’art. 39 del d.l. n. 90 del 2014, convertito nella legge n. 114 del 2014, ha affermato che non possono ritenersi più consentite esclusioni dalle procedure di gara per mere carenze formali delle dichiarazioni presentate (fra le più recenti: Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1861 del 14 aprile 2015; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 189 del 21 gennaio 2015).

Ne inferisce dunque la ricorrente che “la dichiarazione di NEWAG riferita alla “Impresa” nel suo complesso avrebbe dovuto essere ritenuta esaustiva da parte del seggio di gara.”

4. Il ricorso è fondato.

5. L'Adunanza Plenaria con sentenza n.16 del 30 luglio 2014 ha definito i principi di diritto che consentono di dirimere la presente controversia e che sono stati recepiti e condivisi anche da recenti pronunzie del Consiglio di Stato qui richiamate: “Infatti, affrontando la (diversa) questione della necessità o meno della menzione nominativa nella dichiarazione sostitutiva relativa al possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, di tutti i soggetti muniti di rappresentanza legale dell'impresa e delle eventuali conseguenze, sulla legittimità della procedura, di una dichiarazione che la ometta, pur sottolineando che le più permissive disposizioni contenute nell'art. 39 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (allora non ancora convertito), possono trovare applicazione alle procedure di gara avviate dopo la sua entrata in vigore, l'Adunanza Plenaria ha nondimeno evidenziato che quella riforma «offre, quale indice ermeneutico, l'argomento della chiara volontà del legislatore di evitare (nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa la mancanza assoluta delle dichiarazioni), di imporre un'istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni (prima della valutazione di ammissibilità della domanda) e di integrazione documentale (entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante», delineando così «la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie», giungendo alla conclusione che, allorquando «la dichiarazione sostitutiva consente all'Amministrazione (prima) l'identificazione dei soggetti a cui si riferisce e (poi) la verifica dell'esattezza e della veridicità delle

attestazioni rese, la stessa non può che reputarsi del tutto conforme alla disposizione primaria che l'ha consentita e che realizza entrambi gli interessi cui risulta preordinata: la semplificazione dell'attività dichiarativa e la conservazione delle necessità conoscitive dell'Amministrazione.

Sono stati conseguentemente enunciati i seguenti principi di diritto: «a) la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 1006 può essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal legislatore; b) la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici; c) una dichiarazione sostitutiva confezionata nei sensi di cui alle precedenti lettere a) e b) è completa e non necessita di integrazioni e regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso» (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2172 del 29 aprile 2015 e in senso conforme anche Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1861 del 14 aprile 2015; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 189 del 21 gennaio 2015).

6. Coerentemente ai surriferiti principi deve pertanto ritenersi che l'attestazione generale e omnicomprensiva resa dal legale rappresentante della Newag ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000 sull'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art. 38 d.lgs. 163/2006 riferite alla "Impresa" deve essere, evidentemente, intesa come riferita, quanto ai requisiti relativi ai legali rappresentanti della società, alle singole persone fisiche che rivestono la qualifica di legali rappresentanti (uno dei quali anche direttore tecnico), e non alla persona giuridica.

Un'interpretazione della dichiarazione in parola coerente con i principi di ragionevolezza, di buona fede e di conservazione degli effetti giuridici, impone,

infatti, di riferire, di volta in volta, il contenuto della stessa alla persona giuridica concorrente o alle persone fisiche munite, nell'ambito della compagine societaria, di poteri rappresentativi, a seconda del referente soggettivo di volta in volta preso in considerazione nelle varie fattispecie di cui al paradigma normativo citato.

In coerente applicazione delle superiori premesse, l'Adunanza Plenaria ha statuito che *“Nel procedimento di affidamento di appalti pubblici la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti munite di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici, con la conseguenza che tale dichiarazione non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio”* (Consiglio di Stato ad. plen. 30 luglio 2014 n. 16; (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1861 del 14 aprile 2015; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 189 del 21 gennaio 2015).

La dichiarazione depositata dal legale rappresentante della NEWAG, sig. Zbigniew Konieczek il quale ha espressamente enunciato: *“b) che l'Impresa dal medesimo rappresentata non si trova in alcuna delle condizioni previste dall'art.38, comma 1, lettere a),b),c),d),e),f),g),h),i),l),m),m-bis del D.Lgs. 12 aprile 2006 n.163;”* deve, quindi, essere giudicata completa, sotto il profilo appena esaminato, nella misura in cui andava intesa come riferita, ai sensi dell'art.47 DPR 445/2000, relativamente ai requisiti di moralità personali, ai singoli soggetti dotati di poteri di rappresentanza legale all'interno della società, per come nominativamente identificati nella dichiarazione medesima.

Giova evidenziare come il comma secondo dell'art. 38 del Codice Contratti pubblici operi un rinvio incondizionato (ex multis Consiglio di Stato sez. III, 26 settembre 2013, n. 4785) e di tipo dinamico al D.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445 "Testo unico delle disposizioni in materia di documentazione amministrativa" quanto alla attestazione del possesso dei requisiti generali o morali enucleati dal medesimo art.

38, ivi compresa la disposizione di cui all'art. 40 (introdotta dall'art. 15 della legge 183/2011) secondo cui "nei rapporti con gli organi della P.A. e i gestori di pubblici servizi, i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47".

A sua volta il secondo comma del citato art. 47, stabilisce che "La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza".

Ritiene il Collegio, che le dichiarazioni in ordine all'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 Codice Contratti pubblici possono essere rese e sottoscritte anche da un unico legale rappresentante dell'impresa concorrente con riferimento anche agli altri soggetti obbligati, secondo le modalità stabilite dall'art. 47 c. 2 del D.p.r. 445 purché dalla stessa ne sia ricavabile l'indicazione analitica e nominativa (come è regolarmente avvenuto nel caso di specie) al fine di consentire alla stazione appaltante di compiere le necessarie verifiche.

Sotto questo profilo, osserva il Collegio che le impugnate previsioni del disciplinare di gara (punto 8.1.vii) nella parte in cui richiedono che la dichiarazione di cui al citato art. 38 del D.lgs. 163/2006 sia resa personalmente da parte dei soggetti ivi contemplati (amministratori e direttore tecnico) non possono valere come autonoma causa di esclusione, allorquando non sussistano in concreto situazioni ostative alla partecipazione alla gara dovendo prevalere, specie a seguito dell'entrata in vigore del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46 c. 1 bis del D.lgs. 163/2006, il dato sostanziale del possesso o meno dei requisiti generali.

E nel caso di specie risulta pacifico e non oggetto di contestazione il possesso da parte di tutti gli amministratori muniti del potere di rappresentanza e del direttore tecnico della Newag, dei requisiti di ordine generale, ivi compresa l'assenza di condanne penali

7. D'altra parte, come riferito e documentato dalla ricorrente, e non contestato dall'Amministrazione resistente, il Seggio di gara ha ammesso "con riserva" la concorrente Pesa, nonostante detta concorrente avesse reso una dichiarazione generica di insussistenza delle cause ostative di cui all'art.38 D.lgs. 163/2006, tanto da indurre l'Amministrazione a richiedere anche un parere all'ANAC. Con determinazione n.1 dell'08/01/2015 l'ANAC, ha rassegnato il richiesto parere ed ha affermato – richiamando le argomentazioni sviluppate dall'Adunanza Plenaria nella decisione n.9 del 25/04/2014 - la piena ricorrenza dei presupposti per attivare il soccorso istruttorio nel caso di specie, significando pure che in base al principio sostanzialistico da essa condiviso "l'esclusione della gara potrà essere disposta non più in presenza di dichiarazione incompleta o addirittura omessa". Deduce pertanto, la ricorrente, l'illegittimità del provvedimento di esclusione disposto nei suoi confronti per eccesso di potere, sotto il profilo della disparità di trattamento che il Seggio di gara avrebbe posto in essere rispetto ad analoga omissione in cui era incorsa l'altra concorrente.

Orbene, nel caso in esame, può rilevarsi come nella dichiarazione a corredo dell'offerta rilasciata ai sensi degli artt.46 e 47 del DPR 445/2000, il legale rappresentante sig. Zbigniew Konieczek abbia indicato nominativamente tutti i componenti del Consiglio di Amministrazione muniti di potere di rappresentanza indicando espressamente anche la carica ricoperta e le funzioni svolte da ciascuno di essi: Zbigniew Konieczek, Presidente del Consiglio di Amministrazione e Direttore Generale; Piwowar Wieslaw, Vice Presidente del C.d.A. nonché Direttore Tecnico; Borek Bodgan, membro del C.d.A. e Direttore di Finanza.

Dunque, vista la dichiarazione di carattere generale, tempestivamente presentata dall'Amministratore della società, attestante il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici con riferimento all'intera Impresa, e stante quanto disposto dal Seggio di gara con riferimento alla posizione dell'altra concorrente, deve

ritenersi che l'omissione sanzionata dal Seggio di gara con l'esclusione della Newag dovesse, quantomeno, essere parimenti superata attraverso il ricorso al cd. soccorso istruttorio, di cui all'articolo 46 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Infatti, la dichiarazione sostitutiva, per come formulata, ha certamente consentito fin da subito all'Amministrazione di identificare nominativamente gli altri due componenti del Consiglio di amministrazione muniti di poteri di rappresentanza (uno dei quali anche Direttore Tecnico) così da poter chiedere alla concorrente la concreta dimostrazione del possesso dei requisiti di onorabilità richiesti in capo ai medesimi. Ed infatti dalla documentazione depositata in giudizio dalla società ricorrente è possibile verificare che a carico dei soggetti interessati non risulta alcuna condanna o procedimento penale, sicché il Seggio di gara avrebbe potuto procedere agevolmente alla verifica dell'esattezza e della veridicità delle attestazioni, ove richieste, sulle quali nessuna contestazione ha in questa sede sollevato.

8. Conclusivamente, per i surriferiti motivi, il ricorso è fondato e per l'effetto deve essere annullato l'impugnato verbale di gara dell'08/04/2015 con il quale la NEWAG è stata esclusa dalla procedura di gara.

8. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Assessorato regionale resistente al pagamento, in favore della NEWAG S.A., delle spese ed onorari di giudizio, liquidati in € 1.000,00 (mille/00).

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Cosimo Di Paola, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere
Sebastiano Zafarana, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2015

IL SEGRETARIO

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