

TAR Lazio, sezione terza quater, sentenza n. 828 del 22 gennaio 2014

Dichiarazioni ex art. 38 del D.lgs. 163/06 – Società con meno di quattro soci – Dichiaro il socio di maggioranza se è persona fisica

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 8631 del 2013 proposto dalla Sipro Sicurezza Professionale S.r.l. Unipersonale, in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con la C.G.S. General Service Società Cooperativa, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti presso il cui studio in Roma, Via n.2, è elettivamente domiciliata;

contro

la Regione Lazio, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. ... ed elettivamente domiciliata presso la sede dell'Avvocatura Regionale in Roma, Via;

nei confronti di

- Istituto di Vigilanza Privata della Provincia di Viterbo S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti ed elettivamente domiciliato presso lo Studio legale Lubrano & Associati in Roma, Via;

- Azienda Unità Sanitaria Locale di Viterbo, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

per ottenere:

A) l'ANNULLAMENTO:

a1) della determinazione n.B02745 del 1° luglio 2013 con cui l'intimata amministrazione ha aggiudicato alla società odierna controinteressata il lotto 3, relativo alla AUSL di Viterbo, della procedura aperta indetta per l'affidamento del servizio integrato di vigilanza, sicurezza e custodia-sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici occorrente alle Aziende Sanitarie di Frosinone, Rieti e Viterbo;

a2) di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali.

B) la CONDANNA della resistente amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica previa dichiarazione di inefficacia del contratto o, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio e dell'Istituto di Vigilanza Privata della Provincia di Viterbo S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2014 il Cons. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Regione Lazio con bando pubblicato sulla GUUE del 25.5.2011 e sulla GURI del 20 maggio 2011 ha indetto una procedura aperta, strutturata in tre lotti, per l'affidamento del servizio integrato di vigilanza, sicurezza, custodia-sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici per conto delle Aziende Sanitarie di Frosinone, Rieti e Viterbo, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per quanto concerne il lotto n.3, relativo alla AUSL di Viterbo ed oggetto della presente controversia, alla gara hanno partecipato la società ricorrente quale mandataria del costituendo RTI con la C.G.S. General Service Società Cooperativa e la società odierna controinteressata, la quale, essendosi collocata al primo posto della graduatoria finale con punti 95,00 ha preceduto il menzionato RTI che ha ottenuto punti 88,15 ed è risultata aggiudicataria.

Con il proposto gravame la Sipro Sicurezza Professionale S.r.l. Unipersonale (di seguito SIPRO) ha impugnato il predetto provvedimento di aggiudicazione, in epigrafe indicato, deducendo i seguenti motivi di doglianza:

- 1) Violazione e falsa applicazione dell'art.38 del D.lgvo n.163/2006; Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Carenza di istruttoria, erroneità dei presupposti, difetto di motivazione, Violazione dei principi generali di regolarità, imparzialità e buon andamento;
- 2) Violazione e falsa applicazione del punto 6.1 del Disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgvo n.163/2006. Violazione di legge. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, e perplessità;
- 3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 28 del D.lgvo n.163/2006. Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Carenza di istruttoria. Erroneità dei presupposti. Difetto di motivazione. Violazione dei principi generali di proporzionalità, imparzialità e buon andamento;

4) Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e ss. del D.lgvo n.163/2006. Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Violazione dei principi generali di buon andamento, imparzialità e proporzionalità. Carenza di istruttoria. Erroneità dei presupposti. Difetto di motivazione. Illogicità manifesta.

Si sono costituite sia la Regione Lazio che la società aggiudicataria della gara de qua contestando con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle dedotte doglianze e concludendo per il rigetto delle stesse.

Alla pubblica udienza del 15 gennaio 2014 il ricorso è stato assunto in decisione.

Con il primo motivo di doglianza si sostiene che l'Istituto aggiudicatario doveva essere escluso dalla gara poiché la dichiarazione prodotta in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione non era conforme a quanto prescritto dall'art.38 del D.lgvo n.163/2006.

Più precisamente è stato fatto presente che:

a) la citata disposizione prevede che la dichiarazione attestante la sussistenza dei requisiti previsti dal comma 1, lett. b) e c), doveva riguardare, per quanto concerne le società, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci;

b) dato che la società controinteressata è una società di due soci il cui capitale è detenuto al 99% dalla Fingenst S.r.l., la stessa era tenuta a produrre la dichiarazione di cui sopra anche per quanto concerne la citata Fingenst S.r.l., con la conseguenza che l'omissione di tale dichiarazione avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'offerta dell'aggiudicataria.

La censura in trattazione deve essere rigettata.

Al riguardo il Collegio, in linea con l'orientamento giurisprudenziale prevalente e dettagliatamente richiamato da entrambe le parti resistenti, sottolinea che l'interpretazione della norma prospettata dalla società ricorrente verrebbe a determinare un'ingiustificata differenza di disciplina giuridica tra l'ipotesi in cui una persona giuridica è socio unico di una società per azioni o a responsabilità limitata e quella in cui è invece socio di maggioranza delle suddette società aventi meno di 4 soci, atteso che nel primo caso la società integralmente partecipata non è tenuta a rendere alcuna dichiarazione relativamente al possesso dei citati requisiti in capo al socio unico persona giuridica, mentre nella seconda ipotesi sussisterebbe un tale obbligo.

Ne discende, quindi, che l'espressione del menzionato art.38 " il socio di maggioranza" deve essere inteso come socio di maggioranza persona fisica.

Con la successiva doglianza la ricorrente assume che l'istituto aggiudicatario doveva essere escluso in quanto non avrebbe reso la dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di cui all'art.38 relativamente al responsabile tecnico degli impianti.

Tale tesi è stata confutata da entrambe le parti resistenti le quali hanno fatto presente che:

a) il Responsabile Tecnico in quanto privo di un significativo ruolo decisionale e gestionale non rientra in nessuna delle figure previste dal menzionato art. 38 per le quali sussiste l'obbligo di dichiarare il possesso dei prescritti requisiti;

b) nella fattispecie in esame l'assenza di un tale obbligo era altresì avvalorato dalla circostanza che nell'organigramma della società aggiudicataria risultava prevista la figura del Direttore Tecnico, in relazione al quale era stata resa la prescritta dichiarazione.

Al riguardo il Collegio, pur dando atto del contrasto giurisprudenziale esistente in materia, come si evince dai richiami giurisprudenziali operati dalle parti, intende uniformarsi a quanto affermato dalla Sezione Terza del Consiglio di Stato con la sentenza n.4328/2013.

La suddetta decisione ha sottolineato che:

"a) l'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, è applicabile ogni volta in cui l'organigramma di un'impresa, partecipante a pubbliche gare d'appalto, preveda una figura dirigenziale, comunque denominata, assimilabile al direttore tecnico;

b) tale conclusione è conforme ad orientamento già espresso in giurisprudenza. Il Consiglio di Stato (v. sentenza Sez. V, 11 gennaio 2012, n. 83) ha infatti affermato che "con la decisione n. 1790 del 24 marzo 2011, dalle cui ragionevoli conclusioni non vi è ragione di discostarsi, questa stessa Sezione, richiamando peraltro anche un proprio recente arresto (26 maggio 2010, n. 3364), ha rilevato che nelle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti è obbligatoria (ai sensi dell'art. 10, comma 4, del D.M. 28 aprile 1998) la figura del Responsabile Tecnico, che costituisce elemento indispensabile per la qualifica dell'impresa, evidentemente deputato allo svolgimento dei compiti tecnico - organizzativi relativi anche all'esecuzione del servizio commesso da parte dell'impresa, di cui assume, per stessa definizione, la responsabilità sotto altri aspetti, non diversamente dal Direttore Tecnico previsto dall'art. 26 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, in materia di imprese di lavori pubblici (cui competono, notoriamente, gli adempimenti di carattere tecnico organizzativo necessari per l'esecuzione dei lavori). E' stato aggiunto che non sono pertanto ravvisabili significative differenze tra il Responsabile Tecnico dell'impresa di gestione dei rifiuti ed il Direttore Tecnico, anche quest'ultimo potendo (ex art. 26 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34) essere un soggetto esterno. Di conseguenza quando la norma di cui all'art. 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (e quindi anche la lex specialis di gara) richiede che lo specifico requisito sia posseduto dal Direttore Tecnico ha riguardo, quanto alle imprese di servizi, alle figure tipiche di tale categoria, pur nominalmente diverse ma a quella sostanzialmente analoghe, perché investite di compiti parimenti analoghi, rilevanti ai fini dell'esecuzione dell'appalto".

Relativamente alla controversia in esame il Collegio osserva che:

I) la vigente disciplina (art. 1 e 8 del DM 37/2008) ha previsto che i lavori di installazione, di trasformazione, di ampliamento e di manutenzione straordinaria degli impianti elettronici (anche di allarme) possono essere effettuati esclusivamente da imprese abilitate;

II) la suddetta normativa stabilisce, altresì, che le imprese sono abilitate all'esercizio di tali attività esclusivamente se l'imprenditore o il legale rappresentante ovvero il Responsabile Tecnico da essi preposto con atto formale è in possesso dei requisiti professionali prescritti dal medesimo art.4 del D.M. 37/2008, con la conseguenza che il responsabile tecnico abilitato è una figura espressamente prevista dal citato D.M. e dotato di specifiche competenze e funzioni;

III) ne discende, quindi, che i principi affermati dalla citata sentenza n. 4328/2013 con riferimento ad una impresa per la gestione di rifiuti possono essere integralmente applicabili anche nella fattispecie in esame stante l'identità della normativa che ne disciplina l'attività.

Nè ad inficiare la fondatezza di tale conclusione è conferente il rilievo della controinteressata secondo cui non era richiesta la dichiarazione in ordine al possesso dei citati requisiti in capo al Responsabile Tecnico degli impianti di allarme in quanto nel proprio organigramma era prevista la figura del Direttore Tecnico.

In merito il Collegio rileva che:

a) il Responsabile Tecnico è una figura dotata sulla base della richiamata normativa di proprie specifiche ed autonome competenze che in nessun modo possono ritenersi condizionate e ridimensionate nel loro svolgimento dalla sussistenza nell'organigramma della figura del Direttore Tecnico;

b) ne deriva che la presenza di un Direttore Tecnico non svaluta in alcun modo la rilevanza giuridica, anche verso terzi, dei compiti propri del Responsabile Tecnico con le conseguenti responsabilità, per cui applicando tale approccio sostanzialistico nella fattispecie in esame doveva essere resa la dichiarazione anche per il Responsabile Tecnico.

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, la dedotta doglianza è suscettibile di favorevole esame.

Con il successivo motivo di doglianza, prospettante la violazione dell'art. 38 del D.lgvo n.163/2006 e il difetto di istruttoria, la società ricorrente lamenta che l'offerta dell'aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara de qua per irregolarità della posizione contributiva e fiscale, come si desumeva dai bilanci di esercizio versati agli atti di gara.

In primis deve essere dichiarata non suscettibile di favorevole esame l'eccezione di genericità sollevata dalla controinteressata, atteso che la censura in trattazione risulta determinata sia per quanto concerne l'illegittimità prospettata sia con riferimento agli elementi fattuali sulla base dei quali è stata formulata.

In punto di fatto deve essere evidenziato che:

a) la gara de qua si è protratta per poco più di un biennio decorrente dalla data di pubblicazione del bando (maggio 2011) fino a quella di adozione del provvedimento di aggiudicazione (luglio 2013);

b) le offerte dovevano essere presentate entro il 19 luglio 2011;

c) dopo l'aggiudicazione della gara la società ricorrente aveva chiesto l'esibizione della documentazione prodotta dalla controinteressata anche con riguardo alla certificazione attestante la regolarità della posizione fiscale e contributiva di quest'ultima, ma per tale aspetto la suddetta istanza di accesso era rimasta inevasa;

d) l'intimata amministrazione in sede di memoria difensiva replicando alla dedotta censura ha affermato di aver prodotto solamente un certificato dell'Agenzia delle Entrate del 30 luglio 2013 e un documento di regolarità contributiva dell'INPS datato 9 agosto 2013;

e) in sede di discussione orale la difesa della stazione appaltante ha ribadito che quella versata agli atti è l'unica documentazione che era stato in grado di produrre.

In tale contesto, quindi, la dedotta censura deve essere accolta sia per quanto concerne il difetto di istruttoria sia per la violazione dell'art. 38, avuto presente che:

I) secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale (ex plurimis Ad.Plen. n. 8/2013) l'assenza del requisito della regolarità contributiva, costituendo condizione di partecipazione alla gara, se non posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione dell' offerta, comporta l'esclusione del concorrente non adempiente, non potendo valere la regolarizzazione postuma; l'impresa, infatti, deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura;

II) nella controversia in esame si evince, alla luce della documentazione versata agli atti dalla resistente amministrazione, che quest'ultima illegittimamente non ha accertato, come era vincolata a fare, sulla base delle necessarie certificazioni la regolarità della posizione fiscale e contributiva della controinteressata alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte;

III) la documentazione prodotta, invero, inoltre, non è in grado di dimostrare la sussistenza del suddetto requisito in quanto prova solamente che la controinteressata era in regola con i versamenti fiscali e i contributi alla data di formazione della citata documentazione.

Anche se ininfluyente ai fini dell'esito della presente controversia il Collegio intende esaminare anche l'ultima delle dedotte censure con cui è stata prospettata la violazione delle norme che disciplinano il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

In punto di fatto deve essere evidenziato, alla luce di quanto dedotto da parte ricorrente in alcun modo contestata in ordine a tale aspetto, che la commissione ha richiesto per ben quattro volte alla controinteressata elementi in grado di dimostrare l'attendibilità economica dell'offerta ed ha formulato il censurato giudizio positivo sulla base di un elaborato prodotto dalla controinteressata in data 18 marzo 2013.

Ora poichè è la stessa aggiudicataria ad affermare che in occasione dell'audizione del 18 marzo 2013 "i rappresentanti dell'Istituto hanno potuto illustrare alla Commissione aspetti già trattati nel corso delle precedenti giustificazioni, onde si spiega che a ciò non sia stato necessario lo svolgimento di particolari ulteriori memorie difensive" ne discende che tale ulteriore documentazione sulla base della quale è stato formulato il giudizio di congruità dell'offerta, non ha sostanzialmente aggiunto nulla di nuovo e di diverso rispetto a quanto precedentemente prospettato dalla aggiudicataria e ritenuto insufficiente dalla Commissione.

Ciò chiarito, il Collegio, pur avendo presente il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale il giudizio positivo sull'attendibilità economica dell'offerta non necessita di una motivazione rigorosa e stringente, sottolinea che la particolarità della fattispecie de qua avrebbe richiesto che la Commissione illustrasse le ragioni in base alle quale è pervenuta ad un giudizio positivo sulla base sostanzialmente degli stessi elementi che antecedentemente erano stati ritenuti insufficienti.

L'accoglimento della proposta impugnativa per le ragioni sopra esposte esonera il Collegio poi dall'esaminare la fondatezza dell'eccezione sollevata dalla controinteressata avverso la produzione della memoria di replica da parte della società ricorrente, sulla quale si è incentrata gran parte della discussione orale, stante l'irrilevanza ai fini dell'esito del presente giudizio delle argomentazioni ivi prospettate.

In ordine alla proposta azione risarcitoria il Collegio sottolinea che l'annullamento della contestata aggiudicazione comporta la caducazione del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con la società controinteressata e l'aggiudicazione della gara al RTI di cui la ricorrente è mandataria, subordinatamente all'esito positivo degli eventuali accertamenti che la resistente amministrazione sarà chiamata a tal fine ad effettuare.

La richiesta della deducente può dunque essere soddisfatta attraverso il risarcimento in forma specifica alla stessa spettante.

Ciò premesso, il proposto gravame va accolto.

Le spese del presente giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III quater, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 8631 del 2013, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi indicati in motivazione e, per gli effetti, annulla il contestato provvedimento di aggiudicazione.

Condanna la Regione Lazio e l'Istituto di Vigilanza Privata della Provincia di Viterbo S.r.l. al pagamento, in solido tra loro, delle spese di giudizio che si liquidano in favore della società ricorrente nella misura di complessivi Euro 10.000,00 (diecimila/00) da suddividersi in parti eguali tra l'amministrazione regionale ed il predetto Istituto.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2014

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2014

IL SEGRETARIO

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