

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 24/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29756-e-illegittima-l-ammissione-di-un-consorzio-se-nell-offerta-manca-la-dichiarazione-del-vice-presidente-in-ordine-all-assenza-delle-cause-di-esclusione-previste-dall-art-38-comma-primo-del-d-lgs-n->

Autore: Lazzini Sonia

**E' illegittima l'ammissione di un Consorzio SE
NELL'OFFERTA MANCA la dichiarazione del vice
presidente in ordine all'assenza delle cause di esclusione
previste dall'art. 38 comma primo del D.Lgs. n. 163/2006**

C.St. 25.05.2010 n. 3325

E' illegittima l'ammissione di un Consorzio SE NELL'UFFICIO DI MARCHI la dichiarazione del vice presidente in ordine all'assenza delle cause di esclusione previste dall'art. 38 comma primo del D.Lgs. n. 163/2006

Che, poi la specifica individuazione dei componenti la compagine sociale tenuti a comprovare il possesso dei requisiti di ordine generale richiesti per la partecipazione, sia per larga parte rimessa alla volontà della stazione appaltante, emerge poi dalla genericità dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, che li individua con il termine “soggetti”, senz’altra indicazione

Resta così rimesso all’interprete e alle stazioni appaltanti di stabilire il grado di affidabilità dei partecipanti sotto l’aspetto del possesso dei requisiti morali: va con ciò disatteso l’aspetto d’illegitimità della lex specialis per violazione della disposizione suindicata, non esulando la richiesta delle dichiarazioni di moralità ed affidabilità anche nei confronti del vicepresidente del consorzio dai criteri di proporzionalità e congruità propri dell’agire amministrativo né concretando la relativa clausola del disciplinare sotto alcun profilo l’aggravamento degli adempimenti richiesti ai concorrenti, in contrasto con il principio di massima partecipazione.

Dall’esame dello statuto del Consorzio non è infatti dato rinvenire alcuna disposizione in base alla quale inferire una deminutio dei poteri del vicepresidente rispetto a quelli del presidente del Consorzio allorché il vicepresidente agisca in funzione vicaria

Una volta designato dall’assemblea del Consorzio “con le stesse modalità previste per la designazione del presidente”, il vicepresidente esercita gli stessi poteri spettanti al presidente assente o impedito, con analoga autonomia ed intensità, non essendo rinvenibile né nello stesso art. 13, né negli artt. 11 e 12 dello statuto, concernenti rispettivamente l’assemblea e il consiglio direttivo, specifiche norme dirette a differenziare i poteri dell’uno o dell’altro in ragione delle funzioni vicarie esercitate dal vicepresidente.

Con il sesto motivo la sentenza è censurata d'illegittimità per avere accolto il primo motivo del ricorso principale della società Controinteressata e ritenuto illegittima, in applicazione di analogo pre-cedente di questo Consiglio, l'ammissione alla gara del Consorzio Stabile Ricorrente nonostante l'omessa presentazione della dichiarazione del vice presidente in ordine all'assenza delle cause di esclusione previste dall'art. 38 comma primo del D.Lgs. n. 163/2006.

L'appellante ribadisce gli argomenti defensionali delle memorie di primo grado e dei motivi terzo e secondo del ricorso incidentale sulla sostanziale diversità della situazione decisa dalla Sezione con la sentenza n. 36 del 15 gennaio 2008 rispetto a quella versata in giudizio, sulla necessità di integrare con l'anzidetta dichiarazione gli atti di gara eventualmente mancanti in applicazione dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 e, comunque sull'illegittimità del bando qualora dovesse essere interpretato nel senso di prescrivere la dichiarazione anche da parte di soggetti diversi da quelli che rivestono la qualità di legali rappresentanti del Consorzio.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

Nessuno degli argomenti suesposti è suscettibile di accoglimento e la sentenza merita ancora una volta piena conferma.

7.3. Nel citato precedente, la Sezione ha specificato che nello statuto consortile era espressamente stabilito che, in caso di assenza o impedimento del Presidente, le sue funzioni sono esercitate dal Vice Presidente, a quest'ultimo erano attribuiti amplissimi poteri sostitutivi, disponendo che la firma del Vice Presidente "fa fede nei confronti di chiunque dell'assenza o dell'impedimento del Presidente" (Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36).

7.4. Analogamente alla fattispecie allora in esame, l'art. 13 co. 2 dello Statuto del Consorzio Stabile Ricorrente stabilisce che "in caso di assenza o impedimento del presidente del Consiglio direttivo gli stessi poteri del presidente spettano al Vice presidente del Consiglio direttivo che l'assemblea delle consorziate designerà con le stesse modalità previste per la designazione del Presidente". Nei successivi commi dell'art. 13, la posizione del vice presidente è in tutto e per tutto equiparata a quella del presidente: tanto risulta dalla titolarità del presidente o in mancanza del vice presidente di convocare e presiedere il Consiglio direttivo (co.3); dalla possibilità dell'uno di convocare l'assemblea per sostituire il soggetto mancante, in caso di dimissioni anticipate o prolungato impedimento dell'uno o dell'altro (co. 4); dalla potestà indifferenziata di entrambi di assolvere tutti gli adempimenti e formalità poste dalla legge a carico del consorzio di eseguire le deliberazioni dell'assemblea e del consiglio direttivo di vigilare sulle attività svolte dalle imprese consorziate (co. 5).

7.5. Considerato che "il criterio interpretativo da seguire, per individuare il soggetto tenuto alla dichiarazione sostitutiva richiesta a pena di decaduta dal bando di gara, consiste nel ricercare nello statuto della società quali siano i soggetti dotati di poteri di rappresentanza, è inevitabile la conclusione secondo cui non assume alcun rilievo che i poteri di rappresentanza possano essere esercitati solo in funzione vicaria: ciò che conta è la titolarità del potere e non anche il suo esercizio, a maggior ragione nel caso in cui lo stesso statuto abiliti il soggetto a sostituire, in qualsiasi momento e per qualsiasi atto, il titolare principale della rappresentanza senza intermediazione di autorizzazione o di investitura" (Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36).

Viene ad essere in tal modo disatteso il primo profilo della censura in esame, incentrato sulla diversità dei poteri attribuiti dallo statuto consortile rispetto a quelli esaminati nel cennato precedente. Dall'esame dello statuto del Consorzio non è infatti dato rinvenire alcuna disposizione in base alla quale inferire una deminutio dei poteri del vicepresidente rispetto a quelli del presidente del Consorzio allorché il vicepresidente agisca in funzione vicaria.

Una volta designato dall'assemblea del Consorzio "con le stesse modalità previste per la designazione del presidente", il vicepresidente esercita gli stessi poteri spettanti al presidente assente o impedito, con analoga autonomia ed intensità, non essendo rinvenibile né nello stesso art. 13, né negli artt. 11 e 12 dello statuto, concernenti rispettivamente l'assemblea e il consiglio direttivo, specifiche norme dirette a differenziare i poteri dell'uno o dell'altro in ragione delle funzioni vicarie esercitate dal vicepresidente.

Né appare possibile rinvenire siffatta differenziazione nella potestà dell'assemblea di esaminare i presupposti dell'assenza o dell'impedimento che determinano la vicarietà o dal potere di rappresentanza legale o di firma, asseritamente propri del solo presidente: dell'una è evidente il mero carattere valutativo (e non sindacatorio) delle situazioni fattuali che determinano la sostituzione mentre dell'altro è evidente la sostituzione in capo al vicepresidente designato, peraltro stabilita dal secondo comma dello stesso art. 13.

8. L'espresso richiamo della decisione alle disposizioni del bando e del disciplinare di gara consentono poi di superare le considerazioni ulteriormente svolte in merito al favor participationis con il quale le stesse sarebbero state applicate dalla Commissione aggiudicatrice nel non rilevare la mancanza della dichiarazione e al possibile contrasto con l'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 della loro interpretazione offerta dalla sentenza di primo grado.

8.1. Nell'individuare i soggetti tenuti a presentare le certificazioni o le dichiarazioni prescritte a comprova dei requisiti generali previsti dal punto III.2.1. del bando, il disciplinare di gara precisa espressamente che le dichiarazioni concernono "tutte le persone fisiche componenti il concorrente che siano titolari di responsabilità legale, di poteri contrattuali o di direzione tecnica come segue ... tutti i rappresentanti legali in caso di società di capitali o di altri tipi di società o consorzi ...". Così esplicitando la necessità di comprendere, nel novero dei soggetti obbligati sia i titolari delle funzioni di rappresentanza sia coloro nei cui confronti ne è consentito l'esercizio a prescindere dall'effettiva titolarità, e pertanto anche i soggetti destinatari di funzioni vicarie, come lo è il vicepresidente della società o del consorzio.

8.2. Che, poi la specifica individuazione dei componenti la compagine sociale tenuti a comprovare il possesso dei requisiti di ordine generale richiesti per la partecipazione, sia per larga parte rimessa alla volontà della stazione appaltante, emerge poi dalla genericità dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, che li individua con il termine "soggetti", senz'altra indicazione.

Resta così rimesso all'interprete e alle stazioni appaltanti di stabilire il grado di affidabilità dei partecipanti sotto l'aspetto del possesso dei requisiti morali: va con ciò disatteso l'aspetto d'illegittimità della lex specialis per violazione della disposizione suindicata, non esulando la richiesta delle dichiarazioni di moralità ed affidabilità anche nei confronti del vicepresidente del consorzio dai criteri di proporzionalità e congruità propri dell'agire amministrativo né concretando la relativa clausola del disciplinare sotto alcun profilo l'aggravamento degli adempimenti richiesti ai concorrenti, in contrasto con il principio di massima partecipazione.

8.4. Sono perciò logicamente da respingere anche gli ulteriori aspetti della censura in esame, anch'essi collegati alla violazione del principio suindicato. In mancanza di prova del fatto pregiudi-zievole, non è infatti possibile affermare l'illegittimità dell'onere di produrre la dichiarazione del vice presidente perché così facendo si obbliga la partecipante alla gara a ricostruire tutte le ipotesi di sostituzione vicaria verificatesi nel triennio anteriore alla domanda. L'onere di produrre la dichiarazione è poi correlato all'astratta attribuzione della carica e non all'effettivo svolgimento della funzione in concreto, sicchè l'esclusione prescinde dalla circostanza che, al momento di presentare la dichiarazione la sostituzione vicaria fosse in atto o meno.

8.5. L'astrattezza dell'obbligo, siccome riferito alla titolarità della funzione e non al suo effettivo svolgimento e la genericità dell'individuazione ad opera dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, dei soggetti tenuti a presentare la dichiarazione, superano anche le ultime considerazioni del motivo in esame, basate sull'inesistenza di una espressa clausola di esclusione relativa all'omessa dichiarazione dei requisiti in capo al vicepresidente della società i del consorzio e sulla esistenza in concreto dei requisiti, attestata dalla certificazione attestante l'assenza di precedenti penali in capo al vicepresidente del consorzio.

8.6. La perentorietà del disciplinare di gara nel sottoporre ad obbligo della certificazione o della dichiarazione sostitutiva tutti i soggetti muniti del potere di rappresentanza legale delle società partecipanti in forma associata rende sicuramente superflua l'esistenza di una clausola del tipo ipotizzato dall'appellante ai fini dell'esclusione dalla gara. Sulla sua necessità, siccome dichiarata dalla sentenza impugnata non influisce la presentazione postuma del certificato del casellario giudiziario a nome del vicepresidente del consorzio, dovendo l'esistenza dei requisiti generali essere comprovata al

momento dell'invio della domanda di partecipazione e comunque nel termine ultimo previsto per l'acquisizione delle domande.

9. L'appello deve essere conclusivamente respinto. Segue la conferma dell'impugnata decisione e la condanna della ricorrente alle spese del presente giudizio, liquidate come in dispositivo.

A cura di Sonia LAzziniù

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3325 del 25 maggio 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

**N. 03325/2010 REG.DEC.
N. 10217/2008 REG.RIC.**



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 10217 del 2008, proposto dal Consorzio Stabile Ricorrente, in persona del legale rappresentante pro tempore, sig.ra Alda Muscedere, rappresentata e difesa dall'avv. Corrado De Simone, con domicilio eletto presso Roberta Carta in Roma, piazza Mancini n. 4;

contro

Controinteressata S.r.l., persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Vincenzo Staffieri, rappresentato e difeso dagli avv.ti Ennio Mazzocco e Feliciano D'Eboli, con domicilio eletto presso l'avv. Ennio Mazzocco in Roma, via Ippolito Nievo n.61 Sc. D;

nei confronti di

Comune di Pescosolido persona del sindaco legale rappresentante pro tempore;

per la riforma

della sentenza del TAR Lazio - Latina n. 01618/2008, con la quale è stato parzialmente accolto il ricorso principale della società Controinteressata ed è stato respinto il ricorso incidentale del Consorzio stabile Ricorrente, avverso l'aggiudicazione della gara indetta dal comune di Pescosolido per l'affidamento dei lavori di “bonifica movimento franoso in località Canala.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2009 il Cons. Cesare Lamberti e uditi per le parti gli avvocati avv. De Simone e avv. Mazzocco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara in data 26 gennaio 2008, il comune di Pescosolido ha indetto una gara da aggiudicare con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dei lavori di “bonifica movimento franoso in località Canala”, per l'importo a base d'asta di € 731.321,76.

1.1. Alla gara ha partecipato la società Controinteressata che si è qualificata al secondo posto con punti 59,96 mentre il primo posto è stato attribuito al Consorzio stabile Ricorrente, con punti 73,74.

2. Sull'assunto che il Consorzio aggiudicatario non avesse prodotto le dichiarazioni richieste dalla lex specialis circa il possesso del requisito di moralità del vice presidente risultante dalla visura camerale, avesse modificato il prezzo previsto nella lista lavorazioni e forniture per la voce “a corpo” (NP07) e avesse presentato

in sede di offerta tecnica varianti inammissibili ed incongrue, la società Controinteressata ha adito il Tribunale amministrativo regionale di Latina con ricorso n. 663/2008 notificato il 12 luglio 2008, prospettando tre distinte censure di:

- 2.1. violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 per avere omesso il consorzio di indicare quale legale rappresentante il vice presidente senza indicare i requisiti di moralità;
- 2.2. violazione dell'art. 53 del D.Lgs. n. 163/2006, dell'art. 90 del DPR 554/1999 e del punto 3.2. del disciplinare, per avere l'aggiudicataria modificato in € 23.791,08, il prezzo previsto in € 25.445,00 nella lista lavorazioni e forniture per la voce “a corpo” (NO07) espressamente qualificato fisso ed invariabile nel disciplinare di gara.
- 2.3. violazione dell'art. 76 del D.Lgs. n. 163/2006 e dei punti II.1.6, IV.2.1 e 3.1, lett. a) del disciplinare, per avere l'aggiudicataria introdotto migliorie di carattere tecnico e di carattere funzionale non previste dagli atti di gara.

3. Con atto notificato il 23 luglio 2008, il Consorzio stabile Ricorrente, costituitosi in giudizio, ha proposto ricorso incidentale, sostenendo:

- A) la priorità dell'esame del ricorso incidentale rispetto a quello principale;
- B) l'irrealizzabilità dell'offerta tecnica di Controinteressata perché non finalizzata al completamento del progetto definitivo predisposto dal comune ma all'esecuzione di una serie di briglie non previste dagli elaborati progettuali;
- C.1) l'illegittimità della lex specialis qualora la si interpreti nel senso dell'obbligo precisato da un precedente di questa stessa Sezione n. 36/2008 circa il criterio da seguire per l'individuazione della persona tenuta a rendere la dichiarazione sostitutiva (da ricercare nello statuto della persona giuridica per i soggetti con potere di rappresentanza);

C.2) illegittimità del comportamento della stazione appaltante per omessa applicazione del criterio del soccorso, qualora avesse inteso applicare le disposizioni circa l'obbligo del vice-presidente del consorzio a rendere la dichiarazione di moralità.

3.1. Con ulteriore atto notificato il 23 ottobre 2008, il Consorzio stabile Ricorrente ha proposto motivi aggiunti al ricorso incidentale, sostenendo:

3.1.1 violazione dell'art. 76 del D.Lgs. n. 163/2006 perché l'offerta tecnica della ricorrente Controinteressata conteneva varianti peggiorative rispetto al progetto, era in contrasto con la normativa tecnica applicabile all'intervento ed era difforme dal capitolato generale di appalto;

3.1.2. violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 in ordine alla richiesta di requisiti di ordine generale anche per soggetti diversi dai rappresentanti legali della società;

3.1.3. violazione dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 per non essere il Consorzio stato ammesso a presentare la documentazione entro un congruo termine.

4. Con la sentenza n. 1618/08 il Tribunale amministrativo regionale di Latina:

4.1. ha dichiarato inammissibili i motivi aggiunti al ricorso incidentale perché notificati dopo la scadenza del termine per proporre ricorso incidentale;

4.2. ha rigettato il ricorso incidentale sull'assunto che la realizzazione delle briglie non è in contrasto con l'oggetto dei lavori;

4.3. ha accolto il primo motivo del ricorso principale di mancanza della dichiarazione di moralità del vice presidente del Consorzio ed ha respinto il terzo motivo del ricorso incidentale del Consorzio medesimo d'illegittimità del comportamento della stazione appaltante per omessa applicazione del criterio del soccorso ex art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006;

4.4. ha respinto il secondo e il terzo motivo del ricorso principale, affermando, quanto all'uno che il bando di gara non escludeva la possibilità che il concorrente

offrisse un ribasso su lavorazioni con corrispettivo fissato a corpo e, quanto all'altro, la sua genericità, in quanto era impossibile verificare se le varianti migliorative dell'offerta dell'aggiudicatario fossero coerenti con le scelte progettuali dell'amministrazione.

4.5. La sentenza ha infine respinto l'istanza risarcitoria in quanto il contratto non era ancora stato stipulato e pertanto la ricorrente aveva ancora la possibilità di ottenere l'aggiudicazione dei lavori.

5. Avverso la sentenza propone appello il Consorzio stabile Ricorrente con sei distinti motivi, precisamente:

5.1. violazione del r.d. n. 1775/1933 per difetto di giurisdizione nei confronti del Tribunale superiore delle Acque Pubbliche;

5.2. violazione degli artt. 23 e 23-bis della legge n. 1034/1971 per essere stata la causa introitata direttamente all'udienza del 24 ottobre 2008, nonostante la richiesta di rinvio in pendenza di notificazione di motivi aggiunti al ricorso incidentale;

5.3. violazione del diritto di difesa per essere stati dichiarati tardivi i motivi aggiunti, ad onta della loro tempestività;

5.4. violazione degli artt. 99 e 112 c.p.c. per omessa pronunzia sulle domande d'inammissibilità del ricorso e per omessa delibazione delle domande di annullamento del bando e del disciplinare di gara;

5.5. erronea applicazione della legge n. 183/1989 e successive modifiche in relazione al rigetto del primo motivo del ricorso incidentale;

6.5. erronea applicazione di un precedente giurisprudenziale ed illegittima declaratoria di fondatezza del primo motivo del ricorso principale.

7. Si è costituita in giudizio la società Controinteressata S.r.l. che ha depositato documenti ed ha chiesto il rigetto del ricorso.

8. Chiamata la causa all'udienza del 27 ottobre 2009, le parti hanno depositato documenti e memorie e richiesto il passaggio della stessa in decisione.

DIRITTO

1. E' impugnata la sentenza in epigrafe, n. 1618 del 14 novembre 2008, con la quale il Tribunale amministrativo regionale di Latina, in accoglimento del ricorso della società Controinteressata, ha annullato l'aggiudicazione in favore del Consorzio stabile Ricorrente della gara indetta dal comune di Pescosolido, con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dei lavori di "bonifica movimento franoso in località Canala", per l'importo a base d'asta di € 731.321,76.

1.1. Nella gara, il Consorzio stabile Ricorrente, odierno appellante e ricorrente incidentale in primo grado, ha conseguito il primo posto con punti 73,74 mentre la società Euro la-vori si è qualificata seconda, con punti 59,96.

1.2. Con il ricorso n. 663/2008 la società Controinteressata aveva impugnato al Tribunale amministrativo regionale di Latina, in aggiunta al bando, al disciplinare e ai verbali di gara, l'aggiudicazione provvisoria e definitiva dei lavori al Consorzio contro interessato chiedendone l'annullamento nella parte in cui dispongono l'ammissione alla gara, la valutazione dell'offerta e l'affidamento dei lavori oltre alla declaratoria del proprio diritto a subentrare nella posizione dell'aggiudicataria.

2. In relazione al petitum della causa, come precisato innanzi al giudice di primo grado, appare indubbio che la sua cognizione sia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. d) del decreto legislativo n. 80/1998 e non a quella del Tribunale Superiore delle acque pubbliche, come si sostiene nel primo motivo di appello, che deve essere conseguentemente respinto.

2.1. Secondo la costante giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione (Cass., sez. un., 20 novembre 2008, n. 27528) l'art. 143, r.d. n.

1775/1933 riferisce la giurisdizione del Tribunale Superiore delle acque pubbliche esclusivamente alle controversie sulla loro utilizzazione in maniera diretta ed immediata, dalle quali esulano quelle relative alla formazione della volontà dell'ente pubblico nella scelta dei soggetti esecutori di lavori per la realizzazione di opere concernenti le acque stesse, in quanto i relativi provvedimenti non incidono, se non in via indiretta, sul regime delle acque pubbliche (Cons. Stato, IV, 21 maggio 2007, n. 2564).

2.2. Anche se l'oggetto della gara consisteva nella sistemazione idrogeologica con tecniche di bio -ingegneria quali trincee drenanti, canalizzazioni di acque meteoriche, manutenzioni di torrenti e canalette ed altre opere per la bonifica del movimento franoso in località Canala del comune di Pescosolido, la causa petendi della controversia, incentrata nel sindacato nella scelta dell'aggiudicatario da parte dell'amministrazione, vale a sottrarne la cognizione al giudice delle acque per devolverla al giudice amministrativo.

3. Anche da respingere sono il secondo e il terzo motivo d'appello, nei quali la sentenza è censurata sia perché sarebbe stata emessa in assenza della cognizione da parte del collegio di primo grado dei motivi aggiunti al ricorso incidentale sia perché la sentenza li avrebbe dichiarati ingiustamente inammissibili.

3.1. Rispetto al termine ultimo per la proposizione del ricorso incidentale, individuato nell'11 ottobre 2008, gli anzidetti motivi aggiunti, per il deposito dei quali il collegio aveva negato il rinvio dell'udienza di discussione, sono state dichiarati tardivi perché notificati mediante il servizio postale soltanto il 23 ottobre 2008..

3.2. Osserva il collegio che lo strumento dei motivi aggiunti relativi all'oggetto originario del giudizio mitiga, per i ricorrenti principale e incidentale, la perentorietà del termine di decadenza per l'impugnazione, che decorre, per il

primo dalla piena conoscenza del provvedimento lesivo, per il secondo dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso principale.

In tanto, però, i motivi aggiunti possono essere proposti successivamente alla scadenza del termine di impugnazione, principale o incidentale, in quanto la possibilità di proporli sorga per effetto della conoscenza sopravvenuta di nuovi atti o documenti che dimostrino vizi dell'atto impugnato ulteriori rispetto a quelli fatti valere con il ricorso-base, sia esso principale o incidentale.

Nella specie, i vizi fatti valere in primo grado con motivi aggiunti dalla ricorrente incidentale attenevano all'offerta tecnica della ricorrente principale, offerta che la ricorrente incidentale ben conosceva, avendo su di essa incentrato il ricorso incidentale.

Conferma, del resto, se ne trae dalla genericità dell'argomentazione (conoscenza di una parte della documentazione) con la quale essa aveva cercato di giustificare la proposizione dei motivi aggiunti.

In tale situazione, pertanto, i motivi aggiunti sarebbero stati ammissibili se proposti entro la scadenza del termine per il ricorso incidentale.

Essendo stati invece proposti dopo la scadenza di quel termine, essi erano tardivi e giustamente sono stati dichiarati tali dalla sentenza appellata.

Conseguentemente, nessuna violazione del diritto di difesa è ravvisabile nel rifiuto del primo giudice di accordare un rinvio dell'udienza di discussione per poter depositare i motivi aggiunti medesimi..

4. Correttamente infine, la sentenza di primo grado non ha emesso alcuna statuizione in merito alle eccezioni d'inammissibilità e di irricevibilità, formulate "in rito" a pag. 4 della memoria di co-stituzione del Consorzio del 22 luglio 2008 perché del tutto sfornite di supporto probatorio ed all'apparenza solamente di stile. La stessa ricorrente fa riserva, nella stessa sede, di più accurate de-duzioni, non più svolte negli ulteriori scritti difensivi.

5.1. Deve essere conseguentemente respinto il quarto motivo dell'appello in esame, con cui si denuncia il contrasto delle domande formulate dal ricorrente in primo grado e l'erroneità della sentenza per non avere rilevato il contrasto e l'incompatibilità della domanda di annullamento del bando e del disciplinare di gara con quella rivolta all'annullamento del provvedimento di ammissione alla gara della controinteressata e di aggiudicazione della gara, per genericità della censura.

6. Con il quinto motivo d'appello, il Consorzio censura la sentenza di primo grado per non avere acquisito d'ufficio il progetto tecnico posto a base di gara e l'offerta tecnica della società Controinteressata, ricorrente principale, censurati di incoerenza e di violazione della lex specialis nel ricorso incidentale, del quale ripropone poi le censure di inammissibilità dell'offerta della ricorrente principale per illegittimità dell'intervento, in assenza del preventivo avviso dell'autorità di bacino ed incoerenza del medesimo rispetto agli obiettivi complessivi dell'opera da appaltare.

6.1. Nessuno dei prospettati profili di censura è meritevole di accoglimento e le statuzioni della sentenza impugnata sono da confermare nella loro interezza.

6.2. A fronte delle eccezioni d'inammissibilità dell'offerta della ricorrente principale in relazione all'art. 76 del D.Lgs. n. 163/2006 contenute nel ricorso incidentale senza alcuna documentazione a supporto, la sentenza di primo grado ha ritenuto pacifico che nel progetto posto a base di gara non vi fosse alcuna previsione relativa alle "briglie", dato il loro carattere di variante migliorativa al progetto di Controinteressata ed ha affermato la loro conformità alle opere oggetto di gara anche in assenza della preventiva autorizzazione dell'Autorità di Bacino.

6.3. Sebbene nel processo amministrativo il principio dell'onere della prova sia in parte attenuato dal principio dell'istruttoria con metodo acquisitivo, il potere-dovere del giudice amministrativo di disporre l'acquisizione d'ufficio di atti e provvedimenti è comunque soggetto alla valutazione della loro rilevanza ai fini

della decisione della causa (ex plurimis: Cons. Stato sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5228;).

6.4. Rilevanza che il giudice di primo grado ha correttamente ritenuto di escludere, essendo controverso non già il fatto che il progetto definitivo elaborato dagli organi tecnici del comune e a base di gara consentisse o meno la realizzazione di varianti migliorative (cfr. in punto pag. 10 della co-stituzione in primo grado del Comune 19.07.2008) sebbene invece l'estranità della proposta della società Controinteressata avente ad oggetto la collocazione di “briglie” in alveo all’oggetto dell’appalto, costituito dalla bonifica dell’area individuata nella relazione geologica e non già dalla regimentazione del torrente San Nicola .

6.5. Ancora correttamente la sentenza impugnata ha ritenuto che la realizzazione di queste opere nel corso d’acqua non necessitas-se della preventiva approvazione dell’Autorità di Bacino. In disparte la questione della necessità di siffatta autorizzazione ancora nella fase di predisposizione del progetto e non al momento dell’effettiva esecuzione dell’opera, l’art. 12 della legge n. 183/1989 individua le competenze dell’Autorità di Bacino nelle materie della difesa del suolo, del risanamento delle acque e della fruizione e gestione del patrimonio idrico (Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2000, n. 2866) dalle quali esulano le autorizzazioni all’esecuzione delle opere nell’alveo dei costi d’acqua, di competenza delle province su delega delle regioni (cfr. art. 81, della legge n. 112/1998) e non già dell’Autorità di Bacino alla quale è demandata l’emissione del parere circa la compatibilità delle opere con gli obiettivi previsti dalla legge n. 183/1989.

6.6. Per quanto attiene infine alla dedotta violazione del bando e del disciplinare di gara per la realizzazione delle “briglie” nell’alveo del torrente San Nicola, lo stesso bando di gara annoverava nei possibili oggetti dell’appalto (punto II.1.4) la realizzazione di trincee drenanti e la manutenzione di torrenti e canalette, fra le quali possono essere collocate le “briglie”, per la loro funzione di arrestare il

materiale solido sul fondo e di preservare gli argini del corso d'acqua rallentando la velocità di flusso. Né preclusione alcuna alla loro realizzazione fra le varianti migliorative si rinviene nel disciplinare di gara, laddove (punto 3.1) annovera fra di esse l'efficienza del sistema dei drenaggi e delle canalizzazioni, gli accorgimenti inerenti la captazione e lo smaltimento delle acque meteoriche, i miglioramenti che consentono una maggior facilità di manutenzione.

6.7. Resta così definitivamente respinta la censura in esame per la parte in cui afferma l'estranietà alla *lex specialis* della variante migliorativa proposta dalla società Controinteressata, ferma restando la sua inammissibilità per i profili concernenti le controindicazioni delle opere sotto il profilo tecnico idraulico, essendo le relative valutazioni riservate alla discrezionalità dell'amministrazione e non certo al giudice adito.

7. Con il sesto motivo la sentenza è censurata d'illegittimità per avere accolto il primo motivo del ricorso principale della società Controinteressata e ritenuto illegittima, in applicazione di analogo precedente di questo Consiglio, l'ammissione alla gara del Consorzio Stabile Ricorrente nonostante l'omessa presentazione della dichiarazione del vice presidente in ordine all'assenza delle cause di esclusione previste dall'art. 38 comma primo del D.Lgs. n. 163/2006.

7.1. L'appellante ribadisce gli argomenti defensionali delle memorie di primo grado e dei motivi terzo e secondo del ricorso incidentale sulla sostanziale diversità della situazione decisa dalla Sezione con la sentenza n. 36 del 15 gennaio 2008 rispetto a quella versata in giudizio, sulla necessità di integrare con l'anzidetta dichiarazione gli atti di gara eventualmente mancanti in applicazione dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 e, comunque sull'illegittimità del bando qualora dovesse essere interpretato nel senso di prescrivere la dichiarazione anche da parte di soggetti diversi da quelli che rivestono la qualità di legali rappresentanti del Consorzio.

7.2. Nessuno degli argomenti suesposti è suscettibile di accoglimento e la sentenza merita ancora una volta piena conferma.

7.3. Nel citato precedente, la Sezione ha specificato che nello statuto consortile era espressamente stabilito che, in caso di assenza o impedimento del Presidente, le sue funzioni sono esercitate dal Vice Presidente, a quest'ultimo erano attribuiti amplissimi poteri sostitutivi, disponendo che la firma del Vice Presidente "fa fede nei confronti di chiunque dell'assenza o dell'impedimento del Presidente" (Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36).

7.4. Analogamente alla fattispecie allora in esame, l'art. 13 co. 2 dello Statuto del Consorzio Stabile Ricorrente stabilisce che "in caso di assenza o impedimento del presidente del Consiglio direttivo gli stessi poteri del presidente spettano al Vice presidente del Consiglio direttivo che l'assemblea delle consorziate designerà con le stesse modalità previste per la designazione del Presidente". Nei successivi commi dell'art. 13, la posizione del vice presidente è in tutto e per tutto equiparata a quella del presidente: tanto risulta dalla titolarità del presidente o in mancanza del vice presidente di convocare e presiedere il Consiglio direttivo (co.3); dalla possibilità dell'uno di convocare l'assemblea per sostituire il soggetto mancante, in caso di dimissioni anticipate o prolungato impedimento dell'uno o dell'altro (co. 4); dalla potestà indifferenziata di entrambi di assolvere tutti gli adempimenti e formalità poste dalla legge a carico del consorzio di eseguire le deliberazioni dell'assemblea e del consiglio direttivo di vigilare sulle attività svolte dalle imprese consorziate (co. 5).

7.5. Considerato che "il criterio interpretativo da seguire, per individuare il soggetto tenuto alla dichiarazione sostitutiva richiesta a pena di decadenza dal bando di gara, consiste nel ricercare nel-lo statuto della società quali siano i soggetti dotati di poteri di rappresentanza, è inevitabile la conclusione secondo cui non assume alcun rilievo che i poteri di rappresentanza possano essere esercitati

solo in funzione vicaria: ciò che conta è la titolarità del potere e non anche il suo esercizio, a maggior ragione nel caso in cui lo stesso statuto abiliti il soggetto a sostituire, in qualsiasi momento e per qualsiasi atto, il titolare principale della rappresentanza senza intermediazione di autorizzazione o di investitura”(Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36).

7.6. Viene ad essere in tal modo disatteso il primo profilo della censura in esame, incentrato sulla diversità dei poteri attribuiti dallo statuto consortile rispetto a quelli esaminati nel cennato precedente. Dall'esame dello statuto del Consorzio non è infatti dato rinvenire alcuna disposizione in base alla quale inferire una deminutio dei poteri del vicepresidente rispetto a quelli del presi-dente del Consorzio allorché il vicepresidente agisca in funzione vicaria.

7.7. Una volta designato dall'assemblea del Consorzio “con le stesse modalità previste per la designazione del presidente”, il vicepresidente esercita gli stessi poteri spettanti al presidente assen-te o impedito, con analoga autonomia ed intensità, non essendo rinvenibile né nello stesso art. 13, né negli artt. 11 e 12 dello statuto, concernenti rispettivamente l'assemblea e il consiglio direttivo, specifiche norme dirette a differenziare i poteri dell'uno o dell'altro in ragione delle funzioni vicarie esercitate dal vicepresidente.

7.9. Né appare possibile rinvenire siffatta differenziazione nella potestà dell'assemblea di esaminare i presupposti dell'assenza o dell'impedimento che determinano la vicarietà o dal potere di rappresentanza legale o di firma, asseritamente propri del solo presidente: dell'una è evidente il mero carattere valutativo (e non sindacatorio) delle situazioni fattuali che determinano la sostituzione mentre dell'altro è evidente la sostituzione in capo al vicepresidente designato, peraltro stabilita dal secondo comma dello stesso art. 13.

8. L'espresso richiamo della decisione alle disposizioni del bando e del disciplinare di gara consentono poi di superare le considerazioni ulteriormente svolte in merito

al favor participationis con il quale le stesse sarebbero state applicate dalla Commissione aggiudicatrice nel non rilevare la mancanza della dichiarazione e al possibile contrasto con l'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 della loro interpretazione offerta dalla sentenza di primo grado.

8.1. Nell'individuare i soggetti tenuti a presentare le certificazioni o le dichiarazioni prescritte a comprova dei requisiti generali previsti dal punto III.2.1. del bando, il disciplinare di gara precisa espressamente che le dichiarazioni concernono “ tutte le persone fisiche componenti il concorrente che siano titolari di responsabilità legale, di poteri contrattuali o di direzione tecnica come segue ... tutti i rappresentanti legali in caso di società di capitali o di altri tipi di società o consorzi ...”. Così esplicitando la necessità di comprendere, nel novero dei soggetti obbligati sia i titolari delle funzioni di rappresentanza sia coloro nei cui confronti ne è consentito l'esercizio a prescindere dall'effettiva titolarità, e pertanto anche i soggetti destinatari di funzioni vicarie, come lo è il vicepresidente della società o del consorzio.

8.2. Che, poi la specifica individuazione dei componenti la compagine sociale tenuti a comprovare il possesso dei requisiti di ordine generale richiesti per la partecipazione, sia per larga parte rimessa alla volontà della stazione appaltante, emerge poi dalla genericità dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, che li individua con il termine “soggetti”, senz'altra indicazione.

8.3. Resta così rimesso all'interprete e alle stazioni appaltanti di stabilire il grado di affidabilità dei partecipanti sotto l'aspetto del possesso dei requisiti morali: va con ciò disatteso l'aspetto d'illegittimità della lex specialis per violazione della disposizione suindicata, non esulando la richiesta delle dichiarazioni di moralità ed affidabilità anche nei confronti del vicepresidente del consorzio dai criteri di proporzionalità e congruità propri dell'agire amministrativo né concretando la relativa clausola del disciplinare sotto alcun profilo l'aggravamento degli

adempimenti richiesti ai concorrenti, in contrasto con il principio di massima partecipazione.

8.4. Sono perciò logicamente da respingere anche gli ulteriori aspetti della censura in esame, anch'essi collegati alla violazione del principio suindicato. In mancanza di prova del fatto pregiudi-zievole, non è infatti possibile affermare l'illegittimità dell'onere di produrre la dichiarazione del vice presidente perché così facendo si obbliga la partecipante alla gara a ricostruire tutte le ipotesi di sostituzione vicaria verificatesi nel triennio anteriore alla domanda. L'onere di produrre la dichiarazione è poi correlato all'astratta attribuzione della carica e non all'effettivo svolgimento della funzione in concreto, sicchè l'esclusione prescinde dalla circostanza che, al momento di presentare la dichiarazione la sostituzione vicaria fosse in atto o meno.

8.5. L'astrattezza dell'obbligo, siccome riferito alla titolarità della funzione e non al suo effettivo svolgimento e la genericità dell'individuazione ad opera dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, dei soggetti tenuti a presentare la dichiarazione, superano anche le ultime considerazioni del motivo in esame, basate sull'inesistenza di una espressa clausola di esclusione relativa all'omessa dichiarazione dei requisiti in capo al vicepresidente della società i del consorzio e sulla esistenza in concreto dei requisiti, attestata dalla certificazione attestante l'assenza di precedenti penali in capo al vicepresidente del consorzio.

8.6. La perentorietà del disciplinare di gara nel sottoporre ad obbligo della certificazione o della dichiarazione sostitutiva tutti i soggetti muniti del potere di rappresentanza legale delle società partecipanti in forma associata rende sicuramente superflua l'esistenza di una clausola del tipo ipotizzato dall'appellante ai fini dell'esclusione dalla gara. Sulla sua necessità, siccome dichiarata dalla sentenza impugnata non influisce la presentazione postuma del certificato del casellario giudiziario a nome del vicepresidente del consorzio, dovendo l'esistenza

dei requisiti generali essere comprovata al momento dell'invio della domanda di partecipazione e comunque nel termine ultimo previsto per l'acquisizione delle domande.

9. L'appello deve essere conclusivamente respinto. Segue la conferma dell'impugnata decisione e la condanna della ricorrente alle spese del presente giudizio, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, Quinta Sezione giurisdizionale, definitivamente decidendo, respinge l'appello e condanna l'appellante alle spese del presente giudizio liquidate in € 5.000,00 (cinquemila/00) oltre IVA e CAP nei confronti di Controinteressata S.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2009 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccarini, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere, Estensore

Marzio Branca, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Giancarlo Montedoro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/05/2010
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
Il Dirigente della Sezione