



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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10440 del 2010, proposto da Lista Appalti S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Vitale, con domicilio eletto presso Luigi Napolitano in Roma, via Sicilia 50;

***contro***

Comune di Domicella, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Liccardo, con domicilio eletto presso Marco Tronci in Roma, via Sabotino 22;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO, SEZIONE I, n. 11953/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI ADEGUAMENTO DELLA RETE FOGNARIA CITTADINA.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Domicella;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2012 il Cons. Nicola Gaviano e udito per la parte appellante l'avv. Della Rocca, per delega dell'avv. Vitale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Con ricorso al T.A.R. per la Campania – Sezione di Salerno la Lista Appalti S.r.l., avendo presentato domanda di ammissione alla gara d'appalto indetta dal Comune di Domicella per l'affidamento dei lavori di adeguamento della rete fognaria cittadina, impugnava la determina municipale UTC n. 28/2010 recante conferma del provvedimento che l'aveva esclusa dalla procedura.

Resisteva all'impugnativa l'Amministrazione intimata, che ne deduceva l'infondatezza.

Il Tribunale con la sentenza in forma semplificata n. 11953 del 27 ottobre 2010 respingeva il ricorso della società esclusa sulla base della seguente motivazione.

*“Il ricorso è infondato.*

*Al riguardo il Collegio rileva che la società ricorrente è stata esclusa dalla gara in esame per due motivi, uno dei quali concerne l'assenza della dichiarazione ex art. 38 lett. M)-ter del D. L.vo n. 163/2006 da parte dei direttori tecnici dell'impresa, avendo la ricorrente allegato la sola dichiarazione resa dal legale rappresentante della società.*

*Orbene, il bando di gara, nel paragrafo XI.2.2 – lettera B- nell'imporre l'obbligo della presentazione della dichiarazione di cui all'art. 38, ha elencato specificamente i soggetti tenuti a tale adempimento, individuandoli specificamente in riferimento al tipo di società.*

*A fronte di tale chiara statuizione del bando di gara, appare pertanto legittima l'esclusione dalla gara della società ricorrente.”*

Contro la sentenza n. 11953/2010 in epigrafe la società proponeva quindi il presente appello. Con la propria nuova impugnativa essa si doleva sia di un difetto di motivazione della sentenza appellata, sia dell'inesistenza dei presupposti adottati a base dell'esclusione avversata.

Resisteva al gravame il Comune di Domicella.

L'Amministrazione eccepiva l'improcedibilità dell'appello per omessa impugnativa dell'aggiudicazione definitiva in seguito intervenuta mediante determinazione dirigenziale del 27 dicembre 2010 in favore del Consorzio stabile “Research”, atto che si riferiva essere stato ritualmente comunicato alla società appellante ai sensi dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 e veniva comunque prodotto in giudizio.

Il Comune deduceva altresì l'infondatezza dell'appello.

La domanda cautelare dell'appellante veniva respinta.

Alla pubblica udienza del 10 gennaio 2012 l'appello è stato trattenuto in decisione.

La sicura infondatezza della presente impugnativa induce la Sezione a tralasciare l'eccezione in rito opposta dalla difesa municipale, e a concentrarsi senz'altro sul merito di causa.

Rettamente il T.A.R., difatti, con motivazione di adeguata sinteticità nell'economia di una sentenza resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 74 CPA, ha reputato legittima l'esclusione dell'appellante per la mancata presentazione da parte dei suoi direttori tecnici della dichiarazione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. M-ter, del d.lgs. n. 163/2006, che avrebbe dovuto essere resa attraverso l'impiego del modello "B1-bis" allegato al bando.

Quest'ultimo, nel suo paragrafo XI.2.2 (lettere D) e B)), era univoco nel prescrivere che *“La dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. M ter” dovesse essere “sottoscritta da tutti i soggetti di cui alla precedente lett. B)”*; e questa lettera recava l'altrettanto chiara indicazione che *“La dichiarazione dovrà essere effettuata da ogni soggetto che rivesta il ruolo di : ... tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e il direttore /i tecnico/ i per gli altri tipi di società”*.

Tale previsione della *lex specialis* era, inoltre, presidiata da un'esplicita comminatoria di esclusione.

Né può fondatamente assumersi, come fa la ricorrente, che questa chiarezza fosse vanificata da contraddittorie indicazioni della modulistica.

Vero è che il modello "B1-bis" presentava, ma solo nelle istruzioni in calce, l'incompleta indicazione per cui la dichiarazione di cui si tratta avrebbe dovuto essere resa dal titolare/legale rappresentante di ogni impresa. Ma lo stesso modello, ove letto con diligenza professionale, forniva, nello stesso tempo, una chiara smentita e rettifica di questa indicazione, rendendo così il detto allegato del tutto omogeneo al

bando sotto il profilo in rilievo.

Proprio nelle prime righe del modello, in una posizione dunque di ben maggiore rilievo strategico e gerarchia logica, ve n'era una identificante le qualifiche che avrebbe dovuto avere il suo futuro compilatore, la quale aveva il seguente tenore : “*titolare/ socio/ direttore tecnico/ legale rappresentante* ”, e faceva quindi, così, chiaro riferimento anche ai direttori tecnici.

Non solo: le stesse istruzioni in calce al modello proseguivano, dopo l'incompleta indicazione strumentalizzata dalla ricorrente, riportando il testo normativo che aveva introdotto nell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 la precitata lett. M-ter, e la relativa lettura, nel riferirsi alle figure soggettive delle lettere precedenti, valeva a confermare ulteriormente la riferibilità dell'obbligo dichiarativo anche ai direttori tecnici delle ditte concorrenti.

Per concludere, la circostanza che –come si è anticipato- la *lex specialis* prescrivesse a pena di esclusione l'indicazione omessa impediva alla ricorrente anche di beneficiare dell'istituto della regolarizzazione documentale, come pure del qui parimenti invocato indirizzo giurisprudenziale sul c.d. falso innocuo.

Quanto al primo punto, è noto quanto consolidato l'insegnamento giurisprudenziale in ordine all'istituto del c.d. dovere di soccorso codificato dall'art. 46 d.lgs. n. 163/2006, per cui l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile, e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non

trattandosi di rimediare a vizi puramente formali: e ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara (cfr., tra le più recenti: C.d.S., V, 2 agosto 2010, n. 5084; 2 febbraio 2010, n. 428; 15 gennaio 2008, n. 36). In presenza di una prescrizione chiara un'ammissione alla regolarizzazione costituirebbe una violazione della *par condicio* fra i concorrenti. La richiesta di regolarizzazione, pertanto, non può essere formulata per permettere l'integrazione di documenti che, in base a previsioni univoche del bando o della lettera di invito, avrebbero dovuto essere prodotti a pena di esclusione (C.G.A., n. 802 del 2006; C.d.S., IV, n. 4560 del 2005 e n. 2254 del 2007).

Quanto all'elaborazione giurisprudenziale in tema di c.d. "falso innocuo", infine, la stessa ha riguardo all'ipotesi in cui il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti sostanziali richiesti, e nel contempo, però, la *lex specialis* non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle prescrizioni da essa recate sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, ma faccia solo un generico richiamo all'assenza delle cause impeditive di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006. E' solo a queste condizioni, quindi, che l'omissione non produrrebbe alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma ma ricorrerebbe un'ipotesi di mero "falso innocuo", in quanto tale insuscettibile di fondare l'esclusione (cfr. C.d.S., sez. V, 9 novembre 2010, n. 7967).

La comminatoria di esclusione espressa dalla *lex specialis* nel caso concreto preclude, pertanto, alla ricorrente anche l'applicazione

dell'indirizzo giurisprudenziale appena detto.

Per le considerazioni che precedono, in conclusione, l'appello deve essere respinto siccome infondato.

Le spese sono liquidate secondo la soccombenza dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Condanna l'appellante al rimborso al Comune di Domicella delle spese processuali, che si liquidano nella misura di euro tremila, oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2012

IL SEGRETARIO

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