



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 7606 del 2011, proposto da:
Ditta Gruppocupolo S.r.l. in proprio e quale Capogruppo Mandataria
dell'Ati con Eco Impianti Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Rocco
De Bonis, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via
Cosseria N. 2;

contro

Consorzio Cooperative Costruzioni Ccc Soc.Coop. in proprio e quale
Capogruppo Mandataria dell'Ati con Degremont Spa, rappresentata e
difesa dall'avv. Lietta Calzoni, con domicilio eletto presso Luigi
Medugno in Roma, via Panama, 58;
Degremont s.p.a., non costituita

nei confronti di

Umbra Acque Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Fabrizio Figorilli,
con domicilio eletto presso Aristide Police in Roma, via di Villa

Sacchetti N. 11;

Eco Impianti Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Filomena Filomeno,
con domicilio eletto presso Rossella Rago in Roma, via Otranto 18;

Copeti Francesco, Rosaria Sinisgallo, non costituiti;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. UMBRIA - PERUGIA: SEZIONE I n.
00205/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO
PROGETTAZIONE DEFINITIVA ED ESECUTIVA E LAVORI
DI REALIZZAZIONE ANELLO DI COLLETTAMENTO E
DEPURAZIONE AGGLOMERATI CIRCUMLACUALI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Cooperative
Costruzioni Ccc Soc.Coop. in Proprio e quale Capogruppo
Mandataria Ati e di Ati Degremont e di Umbra Acque Spa e di Eco
Impianti Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2012 il Cons.
Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati De Bonis, Calzoni e
Figorilli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Cooperative Costruzioni – C.C.C. societa' cooperativa,
in proprio ed in rappresentanza dell'ATI dalla stessa costituito con la

Degremont s.p.a., impugnava davanti al Tar Umbria l'aggiudicazione definitiva a favore della concorrente ATI Gruppocupolo - Eco Impianti, nonché tutti gli atti della gara indetta da Umbria Acque s.p.a. per l'appalto relativo alla progettazione definitiva ed esecutiva e relativi lavori dell'anello di collettamento e depurazioni degli agglomerati sub lacuali - I lotto, nel quale l'ATI ricorrente si era collocato al secondo posto.

A sostegno dell'impugnativa deduceva plurime illegittimità, tanto nella fase di ammissione, quanto in quella di valutazione dell'offerta della concorrente poi risultata aggiudicataria. Quindi chiedeva:

- l'annullamento degli atti impugnati e la conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria;
- di essere reintegrata in forma specifica con la stipulazione del contratto a proprio favore, oppure, in via subordinata, di subentrare nel contratto eventualmente stipulato con la controinteressata;
- in via di ulteriore subordine, il risarcimento dei danni.

Si costituivano la società a r.l. Gruppocupolo, in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria di Eco Impianti s.r.l., nonché Francesco Copeti e Rosaria Sinisgallo, questi ultimi in qualità di precedente ed attuale amministratore della mandante Eco Impianti s.r.l. La prima proponeva anche ricorso incidentale, formulando eccezione di carenza di legittimazione in capo alla ricorrente principale per motivi analoghi a quelli dedotti dall'amministrazione resistente.

Si costituiva inoltre Umbra Acque s.p.a. eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione della

ricorrente principale, sul rilievo dell'esistenza di condanne penali, non dichiarate in sede di formulazione dell'offerta, a carico sia del legale rappresentante della mandante Degremont s.p.a. che del procuratore della mandataria C.C.C.

Con atto contenente motivi aggiunti la società cooperativa e l'Ati ricorrenti impugnavano il disciplinare di gara per violazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163/06 e dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CEE in relazione all'obbligo in esso contenuto di dichiarare anche la sussistenza di reati privi di attinenza con gli appalti pubblici a carico dei titolari di cariche delle imprese concorrenti.

Con sentenza n. 205/11 il Tar adito respingeva il ricorso incidentale ed accoglieva il ricorso principale, annullando conseguentemente l'aggiudicazione a favore della controinteressata, dichiarando l'obbligo della stazione appaltante di procedere all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto in favore di parte ricorrente.

Appella la pronuncia di primo grado la Gruppocupolo, chiedendo che, in accoglimento del ricorso incidentale svolto in primo grado, l'impugnativa del C.C.C. soc. coop. sia dichiarata inammissibile o comunque infondata.

Resiste la cooperativa C.C.C., anche quale mandataria dell'Ati con la Degremont, chiedendo il rigetto dell'appello e riproponendo con appello incidentale condizionato i motivi respinti in primo grado.

Si è costituita in proprio in questo grado di giudizio anche la Ecoimpianti, formulando conclusioni adesive a quelle dell'appellante principale, così come la Umbra Acque s.p.a., anch'essa costituitasi in

appello.

Accolta l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata, all'udienza del 17/1/2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Giunge alla decisione di questa Sezione la gara indetta da Umbria Acque s.p.a. per la progettazione definitiva ed esecutiva e relativi lavori dell'anello di collettamento e depurazione degli agglomerati sub lacuali – I lotto, nel quale l'Ati Gruppocupolo – Eco Impianti s.r.l. ha conseguito l'aggiudicazione, precedendo la C.C.C. società cooperativa in Ati con Degremont s.p.a.

Nel pervenire all'annullamento dell'aggiudicazione, il Tar, in ossequio ai principi stabiliti dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 4/11, ha esaminato dapprima il ricorso incidentale “escludente” dell'aggiudicataria, respingendolo. In particolare, il primo giudice ha disatteso le censure concernenti l'ammissione della ricorrente principale, malgrado il direttore tecnico della mandante Degremont, Mauro Pojaghi, non avesse dichiarato, benché richiestovi dal disposto contenuto nell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/06, la condanna penale per omicidio colposo ex art. 589, comma 3, c.p., commesso il 7/6/1974, di cui alla sentenza del Tribunale di Milano dell'11/1/1977.

Questi i passaggi fondamentali della sentenza di primo grado:

- il disciplinare di gara (art. 5, punto 2), nel limitarsi ad un mero rinvio all'art. 38 d.lgs. n. 163/06, assegna valenza, ai fini del giudizio di

affidabilità morale del concorrente, esclusivamente ai requisiti di ordine generale previsti dalla citata disposizione di legge, demandando la valutazione di gravità delle condanne per reati previsti dal comma 1, lett. c), della citata disposizione al concorrente medesimo, per cui l'estromissione dalla gara deve essere disposta, visto il secondo comma del ridetto art. 38, non già a causa della mancata o incompleta dichiarazione bensì in ragione dell'effettivo mancato possesso dei requisiti di moralità ivi previsti;

- tanto precisato, si rivela condivisibile quella parte della giurisprudenza amministrativa che sulla specifica questione ha stabilito che per apprezzare tale gravità occorre tenere conto, tra l'altro, del decorso del tempo, dell'episodicità del precedente e delle sue caratteristiche, della correlazione con la carica ricoperta nell'impresa partecipante e con l'oggetto del contratto di appalto da aggiudicare;

- alla stregua di tali parametri, deve escludersi che un precedente quale quello a carico del direttore tecnico della Degremont possa incidere sull'affidabilità morale dell'esponente aziendale.

Il Tar ha invece accolto la censura del ricorso principale indirizzata contro l'ammissione dell'Ati poi risultata aggiudicataria, in ragione del fatto che il direttore tecnico della Eco Impianti, Rocco Pandolfo, non aveva reso la dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c), d.lgs. n. 163/06 richiesta a pena di esclusione dall'art. 5, punto 2), del disciplinare di gara.

Con il proprio appello, la Gruppocupolo sostiene che il Tar abbia

errato nel non rilevare che il disciplinare di gara imponeva alle imprese partecipanti di segnalare, sotto espressa comminatoria di esclusione, ogni eventuale condanna dei titolari di cariche sociali.

Il collegio ritiene di condividere quest'ultimo assunto.

Deve infatti convenirsi con l'appellante principale circa il fatto che il disciplinare di gara fosse chiaro sul punto, essendo a questo riguardo sufficiente richiamare la formulazione letterale dell'art. 5, punto 2), laddove si prevede l'obbligo per i concorrenti di dichiarare non solo l'insussistenza delle cause di esclusione di cui al comma 1 della menzionata disposizione del Codice dei contratti pubblici, ma anche *“tutte le eventuali condanne subite risultanti dal casellario giudiziale e quelle per le quali vi sia stato il beneficio della non menzione”*.

Sulla scorta di tale previsione della *lex specialis* di gara si rivela errata in fatto la premessa maggiore, sopra riportata, del sillogismo che ha condotto il primo giudice al rigetto dell'appello incidentale dell'aggiudicatario, e cioè che la stazione appaltante si era limitata ad un mero richiamo all'art. 38 d.lgs. n. 163/06, per cui ciò che è dirimente è l'effettivo possesso dei requisiti di affidabilità morale del concorrente e non già una mera omissione in sede di dichiarazione in ordine ai ridetti requisiti. Al contrario, l'estensione dei doveri dichiarativi a tutte le condanne comunque risultante dal casellario giudiziale depone nel senso della volontà dell'amministrazione aggiudicatrice di riservare a sé sola la valutazione dei requisiti di ordine generale. Volontà rispetto alla quale assume rilievo imprescindibile il fatto che i partecipanti alla gara indichino in modo

puntuale i propri precedenti penali.

Alla luce delle considerazioni che precedono occorre darsi carico del motivo di gravame, articolato dalla ricorrente principale in primo grado con atto di motivi aggiunti, e riproposto in questa sede, con la quale viene dedotta la contrarietà del disciplinare di gara per violazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163/06 e dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CEE, in relazione all'obbligo in esso contenuto di dichiarare anche l'esistenza di reati privi di attinenza con gli appalti pubblici. Una simile censura assume infatti carattere logicamente prioritario, perché investe la stessa *lex specialis*, nella parte in cui si assume lesiva degli interessi del concorrente da essa pregiudicata, e se ne invoca conseguentemente la sua rimozione con una pronuncia caducatoria idonea a superare la lesione lamentata.

Tanto precisato, il motivo non ha pregio, giacché dalle menzionate norme asseritamente violate dalla *lex specialis* della gara non è dato evincere alcun divieto in capo alle amministrazioni aggiudicatrici di imporre ai concorrenti di dichiarare tutti i precedenti penali. Sul punto è il caso di ricordare con il d.l. n. 70/11 (c.d. decreto sviluppo), il comma 2 dell'art. 38 è stato modificato proprio in quest'ultimo senso. Va ancora evidenziato che, come si può ricavare dalla lettura dell'art. 4 del decreto sviluppo, che ha significativamente inciso il codice dei contratti pubblici, la modifica in questione si inserisce nel disegno del legislatore di assicurare il celere svolgimento delle procedure di affidamento e ridurre i costi ed il contenzioso relativo ai contratti pubblici. Quindi, se le descritte finalità risultano oggi

codificate a livello legislativo, non può dubitarsi che le stesse fungano da parametro di interpretazione della disciplina legislativa previgente, cui è soggetta la gara oggetto di questo giudizio. Conseguentemente il collegio ritiene che anche nella versione precedente alla novella sopra citata, le esigenze di certezza, unitamente alla necessità di porre la stazione appaltante in grado di verificare compiutamente l'affidabilità morale dei propri potenziali contraenti, conducano ad interpretare l'art. 38 d.lgs. n. 163/06 nel senso, contrario a quello addotto dalla ricorrente principale, di imporre al concorrente ad una gara di dichiarare tutte le condanne penali.

Pacifica dunque l'omissione in ordine al precedente penale del direttore tecnico della mandante Degremont Mauro Pojaghi, in forza dei rilievi qui svolti va accolto l'appello principale ed in riforma della sentenza di primo grado deve essere parimenti accolto il ricorso incidentale della Gruppocupolo. Conseguente da ciò l'improcedibilità dell'appello incidentale del Consorzio Cooperative Costruzioni in quanto, alla luce dell'insegnamento dell'Adunanza Plenaria (sent. n. 4/11), quest'ultimo difetta di legittimazione a coltivare l'impugnativa avverso la procedura di affidamento impugnata in primo grado, per cui la medesima avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile in ragione della carenza di tale condizione dell'azione.

Sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio, essendo questo stato definito sulla base di una questione che ha fatto registrare di recente oscillazioni giurisprudenziali, tanto da richiedere una pronuncia

nomofilattica del massimo consesso della giustizia amministrativa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede:

- accoglie l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale;
- per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso incidentale della Gruppocupolo s.r.l. e dichiara inammissibile il ricorso principale ed i motivi aggiunti del Consorzio Cooperative Costruzioni – C.C.C. Societa' Cooperativa.

Spese del doppio grado di giudizio integralmente compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/02/2012

IL SEGRETARIO

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