



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 420 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Conscoop - Consorzio fra cooperative di produzione e lavoro, in proprio e quale mandante dell'A.T.I. con I. Cos. s.p.a. (capogruppo - mandataria.), Bio-Logica s.r.l. e Ge.M.Ac. s.r.l., rappresentato e difeso dagli avv.ti Adriano Tolomeo e Renato Docimo, con domicilio eletto presso Sabino Persichella, in Bari, via P. Amedeo, 197;

contro

Acquedotto Pugliese s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Fabrizio Lofoco, in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

nei confronti di

Consorzio Emiliano Romagnolo fra le Cooperative di Produzione e Lavoro da Bologna;

ICos. s.p.a.;

Bastone Salvatore s.a.s. di Bastone Stefano & C., in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI con ICM Costruzioni, MBM Ambiente s.r.l., D'Orta s.p.a. e Grandi s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Federico Massa e Francesco Cantobelli, con domicilio eletto presso Pierluigi Balducci, in Bari, via Melo, 114;

per l'annullamento

- del provvedimento di Acquedotto Pugliese s.p.a. del 20 gennaio 2011 n. 7123 e di ogni altro atto presupposto, connesso e collegato, tra cui la nota del 21 gennaio 2011 n. 7808, il disciplinare di gara, il provvedimento di indizione di nuova procedura per l'affidamento del servizio in questione ed il contratto stipulato con l'aggiudicataria, ove stipulato, del quale si chiede l'annullamento e/o la disapplicazione ovvero la declaratoria di nullità e/o inefficacia;

nonché per il risarcimento dei danni in forma specifica, con l'attribuzione dell'appalto in questione, ovvero per equivalente;

e con i motivi aggiunti, per l'annullamento previa sospensiva:

- del provvedimento di Acquedotto Pugliese s.p.a. del 22 settembre 2011 n. 0106663 e di ogni altro atto presupposto, connesso e collegato, tra cui la nota del 23 settembre 2011 n. 107263;

nonché per il risarcimento dei danni con l'attribuzione dell'appalto in questione, e/o per equivalente;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acquedotto Pugliese s.p.a. e di Bastone Salvatore s.a.s., in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI con ICM Costruzioni, MBM Ambiente s.r.l., D'Orta s.p.a. e Grandi s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Paolo Amovilli;

Uditi per le parti alla pubblica udienza del giorno 11 gennaio 2012 i difensori avv.ti Sabino Persichella, per delega dell'avv. Adriano Tolomeo; Antonella Pelusio, per delega dell'avv. Ernesto Sticchi Damiani; e Gennaro Notarnicola, per delega degli avv.ti Federico Massa e Francesco Cantobelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato sulla G.U. n. 51 del 5 maggio 2010, la s.p.a. Acquedotto Pugliese ha indetto una procedura di gara di tipo aperto per la conclusione del contratto quadro di durata quadriennale, relativo all'esecuzione dei lavori e dei servizi per la manutenzione ordinaria e straordinaria delle reti idriche e fognanti negli abitati dell'ambito territoriale n. 11, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, ex art. 82 comma 3 d.lgs. 163/2006 e s.m., con importo a base di gara pari ad euro 14.828.332,43.

Effettuate le verifiche di rito in ordine alla sussistenza dei requisiti

generali di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006, l'Amministrazione, con provvedimento del 20 gennaio 2011 n. 7123 a firma dell'amministratore unico, ha escluso l'ATI cui appartiene il Consorzio odierno ricorrente, in quanto sono risultate a carico del sig. Verardi Pasquale, presidente del c. d. a. della Sfero società cooperativa a r. l., consorziata designata quale esecutrice dei lavori, diverse condanne penali, non dichiarate nell'autocertificazione (ex art 75-76 d.p.r. 445/2000) allegata alla domanda di partecipazione alla gara, nonostante la prescrizione della *lex specialis* di indicazione estesa a tutte le condanne riportate.

Con il ricorso in epigrafe il Consorzio Conscoop, in proprio e quale mandante dell'ATI con I. Cos. s.p.a. (capogrogruppo - mandataria.), Bio-Logica s.r.l. e Ge.M-Ac. s.r.l., ha impugnato il suddetto provvedimento di esclusione, deducendo censure così sinteticamente riassumibili:

violazione e falsa applicazione degli artt. 38 d.lgs. 163/2006, 75 e 76 d.p.r. n.445/2000, eccesso di potere per falsità del presupposto e sviamento, dal momento che il punto 2.1 del disciplinare di gara limita l'onere delle dichiarazioni da rendere ai soli reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla "moralità professionale", in coerenza, d'altronde, con il paradigma normativo di riferimento; ricorre, nella specie, un caso di c.d. "falso innocuo," in quanto la falsa dichiarazione resa dalla concorrente non rileva in sé, ma solo per la sua inerenza ai requisiti e alle condizioni rilevanti

per la partecipazione alla procedura comparativa, atteso che la *ratio* sottesa alla disciplina in *subiecta* materia è quella di sanzionare con l'esclusione dalla gara il mendacio idoneo, in chiave funzionale, ad influenzare il suo svolgimento, e non il falso "innocuo," costituito nella fattispecie da precedenti penali di cui è da valutare l'incidenza o meno sulla "moralità professionale". Il Consorzio, infine, avrebbe potuto sostituirsi alla cooperativa consorziata, richiamandosi all'art 37 comma 19 Codice Contratti, come eccezione al principio di immodificabilità della composizione dei raggruppamenti temporanei in fase di espletamento della gara.

Con motivi aggiunti depositati il 7 novembre 2011, il ricorrente estendeva l'impugnativa nei confronti del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI capeggiata dalla Bastone Salvatore s.a.s di Bastone Stefano & C, deducendo censure di illegittimità derivata da quella dei provvedimenti già gravati con il ricorso introduttivo. In via autonoma deduceva inoltre, violazione e falsa applicazione degli artt. 46 e 48 d.lgs. n. 163/2006, violazione della *lex specialis* e della *par condicio*, stante l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'ATI controinteressata e della conseguente aggiudicazione in suo favore, non avendo le imprese del raggruppamento le qualificazioni richieste dalla *lex specialis*.

Si costituiva l'Acquedotto Pugliese s.p.a. chiedendo il rigetto del ricorso introduttivo, svolgendo argomentazioni difensive così riassumibili:

- la lettera del disciplinare di gara è chiara nell'imporre ai concorrenti l'onere di attestare tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle beneficianti della non menzione, estinte od oggetto di riabilitazione, a prescindere dalla relativa rilevanza o gravità;

-, la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di c.d. "falso innocuo" esclude ogni verifica della rilevanza funzionale dell'omessa dichiarazione, in ipotesi - come quella per cui è lite - ove il bando richieda a pena di esclusione la dichiarazione di tutte le condanne penali riportate;

- come da specifica giurisprudenza del Consiglio di Stato, la invocata possibilità di sostituzione della consorziata designata quale esecutrice del servizio, da parte dello stesso Consorzio, non è consentita dal divieto di modificazione soggettiva della compagine associativa del raggruppamento, specie quando la modificazione abbia il fine di evitare la sanzione della esclusione per carenza dei requisiti soggettivi di partecipazione.

Quanto ai motivi aggiunti, richiamandosi alla recente decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011, l'Amministrazione resistente ne chiedeva la declaratoria di inammissibilità per difetto di legittimazione a ricorrere, poiché la definitività dell'impugnato provvedimento di esclusione, per effetto dell'auspicato rigetto del ricorso introduttivo, porrebbe il ricorrente nella stessa condizione del soggetto rimasto completamente estraneo alla gara, quindi privo di interesse qualificato e differenziato in

merito alla contestazione dei relativi atti.

All'esito della camera di consiglio del 6 dicembre 2011, con ordinanza n. 969/2011 veniva respinta l'istanza cautelare di cui ai motivi aggiunti, attesa la non veridicità della dichiarazione concernente i carichi penali, giusto richiamo ai precedenti univoci di questa Sezione, nonché la cogenza del principio di immodificabilità soggettiva, nella fattispecie, dell'associazione temporanea d'impresе.

All'udienza pubblica del 11 gennaio 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Il ricorso è infondato e va respinto.

Il disciplinare di gara allegato al bando (paragrafo 2.1) prescrive con particolare riguardo alla causa di esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lett c, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e s.m. "Codice contratti" l'obbligo della presentazione da parte dei concorrenti, a pena di esclusione, di dichiarazione sostitutiva circa l'assenza di condanne penali, "estesa a qualsiasi reato ivi comprese quelle beneficianti della non menzione, estinte, oggetto di riabilitazione", a prescindere pertanto dalla relativa rilevanza e/o incidenza sulla moralità professionale. E' prevista l'esclusione anche in ipotesi di difformità tra quanto risultante dal certificato del Casellario giudiziale e la dichiarazione stessa.

Si tratta di clausola, diversamente da quanto prospettato dalla difesa di parte ricorrente, del tutto chiara ed inequivoca nel richiedere a tutti i concorrenti la omnicomprensività della dichiarazione concernente i carichi penali, all'evidente scopo di riservare alla

stazione appaltante la valutazione della gravità e dell'incidenza dell'illecito ai fini dell'esclusione.

La questione dell'esatta interpretazione della clausola del disciplinare in esame, peraltro, è già stata oggetto di recenti univoche pronunce da parte di questa Sezione, riguardanti gare indette dall'Amministrazione resistente del tutto simili, concernenti soltanto diversi ambiti territoriali. Infatti, con sentenze 20 maggio 2011, n. 752 e 23 novembre 2011, n. 1789, questa Sezione ha statuito che "laddove il bando richieda dichiarazione specifica omnicomprensiva di tutte le condanne penali riportate, all'evidente fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione di gravità dell'illecito, sussistono gli estremi per l'esclusione dell'impresa che sia incorsa nella violazione, meramente formale, concernente l'omessa o incompleta dichiarazione".

Trattasi di orientamento peraltro del tutto prevalente, sia presso la giurisprudenza di prime cure che del Consiglio di Stato, e che prescinde completamente dalla valutazione circa la gravità o l'incidenza della condanna penale sulla moralità professionale (Consiglio Stato, sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324; id., sez V, 4 agosto 2009, n. 4907; id., sez IV, 1 ottobre 2007, n. 5053; id., sez V, 12 aprile 2007, n. 1723; T.A.R. Lazio, sez III-ter, 17 febbraio 2009, n. 1541; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 26 maggio 2009, n. 968; T.A.R. Emilia Romagna - Parma, sez I, 24 novembre 2010, n. 502).

Ritiene peraltro il Collegio improprio anche il richiamo

all'orientamento giurisprudenziale che collega la legittimità della sanzione espulsiva non già alla dichiarazione mendace in sé, bensì alla concreta attitudine della condanna penale ad incidere sulla moralità professionale (c.d. falso innocuo), dal momento che il suesposto opinamento presuppone, comunque, l'insussistenza di previsioni specifiche della *lex specialis* di tipo omnicomprensivo prescritte a pena di esclusione (*ex multis*: Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 24 marzo 2011, n. 1800; T.A.R. Veneto, sez I, 31 marzo 2011, n. 541; T.A.R. Lombardia, Milano, sez III, 1 marzo 2011, n. 599).

Orbene, la dichiarazione resa da Verardi Pasquale risulta non veritiera in merito al possesso del requisito soggettivo di cui all'art. 38 comma 1 lett g) del Codice dei contratti pubblici e si configura pertanto come autonoma causa di esclusione dalla gara, a prescindere da ogni indagine sulla gravità della irregolarità sottaciuta, nonché sulla sussistenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa all'atto della dichiarazione sostitutiva, non avendo la stazione appaltante alcun margine di discrezionalità in ordine all'esclusione dalla gara, che rappresenta pertanto provvedimento vincolato e doveroso.

Contrariamente poi a quanto prospettato dalla difesa del ricorrente, non poteva la stazione appaltante odierna resistente evitare l'esclusione, in accoglimento della proposta della capogruppo di prosecuzione del rapporto con altra impresa consorziata, diversa

dalla cooperativa Sfero, ovvero con lo stesso Consorzio.

Infatti, posto che il possesso dei requisiti generali di partecipazione agli affidamenti di appalti pubblici deve essere verificato non solo in capo al Consorzio, ma anche nei confronti di ciascuna impresa designata quale esecutrice (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez V, 5 settembre 2005, n. 4477), l'eventuale modificazione soggettiva del raggruppamento in sede di partecipazione alla gara - comunque tendenzialmente vietata dall'art. 37 comma 9 Codice contratti pubblici (salvo le eccezioni di cui ai successivi commi 18 e 19) - non può in ogni caso ammettersi qualora essa sia strumentale all'elusione di sanzione espulsiva per difetto dei requisiti in capo ad una impresa del raggruppamento (Consiglio di Stato, sez VI, 16 febbraio 2010, n. 842).

Ne consegue l'infondatezza di tutti i motivi di ricorso.

3. Per i suesposti motivi l'azione di annullamento di cui al ricorso introduttivo è infondata e va respinta, essendo l'impugnata esclusione dalla gara del tutto immune dalle censure dedotte.

4. Debbono essere altresì respinte le azioni di accertamento dell'inefficacia del contratto e di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno, per l'accertata legittimità, nei limiti delle censure dedotte, dell'impugnato provvedimento di esclusione.

5. Quanto all'atto di motivi aggiunti, con cui la ricorrente impugna il provvedimento di aggiudicazione definitiva, ne va dichiarata l'inammissibilità per carenza di legittimazione ex art. 35 comma 1 lett

b) cod. proc. amm., in accoglimento dell'eccezione formulata dall'Amministrazione resistente.

La definitività dell'impugnato provvedimento di esclusione, conseguente al rigetto del ricorso introduttivo, equipara il ricorrente al soggetto rimasto estraneo alla gara, quindi privo di interesse qualificato e differenziato in merito alla contestazione degli esiti della gara stessa, con conseguente carenza della legittimazione a ricorrere, cioè di una stessa condizione dell'azione (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 aprile 2011, n. 4).

6. Le spese di lite seguono la soccombenza, secondo dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- respinge il ricorso introduttivo;
- dichiara inammissibili i motivi aggiunti.

Condanna parte ricorrente alla refusione delle spese di lite da liquidarsi in favore dell'Acquedotto Pugliese s.p.a., nonché della controinteressata Bastone Salvatore s.a.s in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI in epigrafe indicata, nella misura di 5.000,00 euro ciascuno, oltre agli accessori di legge

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio

2012 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Savio Picone, Referendario

Paolo Amovilli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/03/2012

IL SEGRETARIO

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