



REPUBBLICA ITALIANA
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 1589 del 2011, proposto da:

Mag Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Manzi, Nicola Creuso, Stefania Lago, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri N. 5;

contro

Azienda Territoriale Per L'Edilizia Residenziale della Provincia di Padova, rappresentato e difeso dagli avv. Federica Scafarelli, Lucia Casella, Giovanni Scudier, con domicilio eletto presso Federica Scafarelli in Roma, via Giosue' Borsi N. 4;

nei confronti di

Cognolato S.r.l., Vitibi S.r.l., rappresentati e difesi dall'avv. Ferdinando Perelli, con domicilio eletto presso Ferdinando Perelli in Roma, via Crescenzo, 9;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 00278/2011, resa tra le parti, concernente aggiudicazione appalto per i lavori di manutenzione ordinaria per l'anno 2011 di fabbricati (ris.danni) -mcp-

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Territoriale Per L'Edilizia Residenziale della Provincia di Padova e di Cognolato S.r.l. e di Vitibi S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 aprile 2012 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Scafarelli e Vrenna, per delega dell'Avvocato Perelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio MAG Costruzioni s.r.l. , classificatasi al secondo posto in graduatoria , impugnava l'aggiudicazione all'a.t.i. costituenda tra le controinteressate Cognolato s.r.l. e Vi.ti.bi. s.r.l. dei lavori di manutenzione ordinaria, per l'anno 2011, dei fabbricati di proprietà o gestiti dall'ATER, siti nei Comuni della

Provincia di Padova e compresi nel "Comparto B".

Secondo MAG, infatti, l'aggiudicataria (a.t.i. tra le imprese Cognolato e Vi.ti.bi.) doveva essere esclusa, a motivo del fatto che la mandante Vi.ti.bi. ha omesso di dichiarare, in sede di gara, il nominativo di un amministratore (sig. Veggo Adriano), cessato dalla carica in data 29.12.2009, e quindi entro il triennio di riferimento, in asserita violazione di una specifica e precisa comminatoria di esclusione.

Con sentenza n. 278/2011, l'adito TAR per il Veneto ha respinto il ricorso.

Avverso detta sentenza la MAG ha quindi interposto l'odierno appello, chiedendone l'integrale riforma.

Si sono costituiti in giudizio l'ATER della Provincia di Padova e le controinteressate società Cognolato e Vi.ti.bi., chiedendo la reiezione del ricorso siccome infondato.

Con specifiche memorie le parti hanno insistito nelle rispettive tesi giuridiche.

Alla pubblica udienza del 17 aprile 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Con l'unico mezzo di gravame l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove avrebbe confuso la prescrizione della *lex specialis* relativa alla dichiarazione delle condanne subite dagli amministratori, con la prescrizione relativa alla dichiarazione dei nominativi degli amministratori medesimi (ed in genere delle persone fisiche la cui situazione penale era rilevante).

Assume al riguardo che, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, la *lex specialis* della gara differenziava la dichiarazione dei nominativi degli amministratori, rispetto alla dichiarazione delle condanne subite dagli stessi, e imponeva di indicare, a pena di esclusione, tutti gli amministratori (attuali o cessati nel triennio).

Ciò emergerebbe dal tenore letterale del disciplinare di gara, a cui si aggiunge la prescrizione del bando, secondo la quale l'istanza di partecipazione recante enumerazione dei nominativi degli amministratori deve essere "completa", a pena di esclusione.

Nessun dubbio potrebbe, quindi, essere opposto alla conclusione che il testo della *lex specialis* imponeva chiaramente, a pena di esclusione, di indicare tutti i nominativi degli amministratori (cessati e non), e che pertanto l'aggiudicataria doveva essere esclusa per non avere la mandante Vi.ti.bi. dichiarato il nominativo di un amministratore cessato dalla carica nel triennio di riferimento.

2. La doglianza non può essere condivisa.

2.1. Ed invero, il disciplinare di gara dispone che l'istanza di ammissione alla gara deve contenere una dichiarazione resa del titolare, legale rappresentate o procuratore in cui attesta:

- "a.1.0) che i legali rappresentanti dell'impresa sono i Signori :

- che nell'ultimo triennio anteriore alla pubblicazione del bando di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto sono cessati dalla carica i Signori:.....;

- a.1) che non ricorre, nei confronti del concorrente e delle persone fisiche sopra indicate, alcuna delle cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di lavori pubblici di cui all'art. 38 D. Lgs. 163/2006.

Ai sensi dell'art. 38 del D. Lgs 163/2006, il concorrente, a pena di esclusione, è tenuto a indicare, con riferimento a tutte le persone fisiche di cui sopra, le condanne riportate per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità Europea che incidano sulla moralità professionale, comprese quelle per le quali sia stato concesso il beneficio della non menzione nel certificato del casellario Giudiziale".

Il bando (pag. 4) di gara stabilisce, poi, all'art. 11 che "si farà luogo all'esclusione della gara di tutti quei concorrenti.... per i quali manchi o risulti incompleta o irregolare la documentazione richiesta".

2.2. Ciò posto, osserva il Collegio come una lettura sistematica delle clausole della *lex specialis* sopra riportate, non consenta di pervenire alla conclusione sostenuta dell'appellante, secondo cui l'aggiudicataria doveva essere esclusa

dalla gara per il solo fatto di non aver dichiarato il nominativo di un soggetto (tale sig. Veggo Adriano) cessato dalla carica nel triennio di riferimento.

2.3. Ed invero, l'invocata comminatoria di esclusione non può discendere in via diretta ed immediata dalla clausola di cui all'articolo 11 del bando di gara, come viceversa sostenuto dalla ricorrente.

La stessa, infatti, per la sua assoluta genericità deve necessariamente essere coordinata con le restanti disposizioni della *lex specialis*, che la integrano e la sostanziano, nell'ottica di una interpretazione sistematica dell'intera disciplina di gara.

La necessità di detta operazione, peraltro, è imposta dallo stesso bando che all'art. 13 espressamente dispone che "il presente bando è integrato dal disciplinare di gara recante in particolare le norme relative alle modalità di partecipazione alla gara stessa, alle modalità di compilazione e presentazione dell'offerta, ai documenti da produrre a corredo di essa ed alle procedure di aggiudicazione dell'appalto".

Così, non v'è dubbio alcuno che la generale comminatoria di esclusione dalla gara prevista dall'art. 11 del bando venga ad essere integrata, per quanto qui rileva, con le prescrizioni contenute nelle lettere a - a.1.0 - a.1 del disciplinare di gara che regolamentano, nello specifico, le dichiarazioni da rendere dal concorrente.

In altri termini, dalla clausola in questione non può farsi discendere una portata precettiva generale operante in modo indeterminato per l'intero reticolo di adempimenti formali prescritti dal disciplinare.

Così interpretata, infatti, la disposizione si porrebbe in palese contrasto con il generale principio dell'onere di specifica determinazione e previsione delle varie ipotesi di esclusione dalla gara, introducendo un inammissibile meccanismo sanzionatorio affidato a criteri applicativi non preventivamente determinati, con l'irragionevole effetto di determinare l'esclusione dalla gara per qualsivoglia irregolarità o mancanza formale, ancorché palesemente innocua ed irrilevante.

Non v'è dubbio, quindi, che nella specie la rilevata omissione nella dichiarazione resa dall'aggiudicataria, vada valutata alla stregua delle specifiche disposizioni formulate sul punto dal disciplinare di gara.

2.4. Ciò posto, osserva il Collegio come le richiamate disposizioni del disciplinare non possano essere lette ed interpretate nel senso prospettato dall'appellante.

La lettera a.1.0), infatti, nel richiedere la dichiarazione del concorrente in ordine ai soggetti cessati dalla carica nel triennio di riferimento, non prevede alcuna specifica sanzione (e tanto meno l'esclusione) per l'ipotesi di omissioni o irregolarità riscontrate nella dichiarazione stessa.

La comminatoria dell'esclusione, viceversa, è espressamente disposta dalla successiva lettera a.1), unicamente per la omessa indicazione delle condanne riportate dai soggetti anzidetti per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità Europea che incidono sulla moralità professionale.

Ne consegue, che la volontà della stazione appellante formalmente espressa e trasfusa nella normativa di gara, risulta oggettivamente essere quella di comminare l'esclusione solo in presenza della omessa dichiarazione di precedenti rilevanti a carico dei soggetti di cui al punto a.1.0 del disciplinare, e non già meramente in caso di omessa od irregolare indicazione dei nominativi dei soggetti stessi.

Ed al riguardo, non può che richiamarsi il consolidato insegnamento della giurisprudenza anche di questa Sezione, secondo cui "nelle procedure ad evidenza pubblica le clausole di esclusione, poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta la impresa partecipante alla gara, sono di stretta interpretazione dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la *par condicio* dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione; pertanto le norme di legge e di bando, che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche, devono essere interpretate nel rispetto

del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41, cost., oltre che dal Trattato comunitario" (cfr Sez V, n. 3213 del 21.05.2010).

2.5. Non v'è dubbio, quindi, che alla stregua delle richiamate disposizioni del bando e del disciplinare di gara, la stazione appaltante non potesse disporre l'esclusione dell'aggiudicatario per il solo fatto di non avere la mandante Vi.ti.bi. dichiarato il nominativo di un amministratore cessato dalla carica nel triennio di riferimento.

2.6. Né può ritenersi che la comminatoria di esclusione dovesse comunque essere disposta in diretta applicazione dell'art. 38 del D. Lgs. 163/2006, contrariamente a quanto dedotto in via subordinata dall'appellante.

Infatti, come correttamente osservato al riguardo dal primo giudice alla stregua della prevalente giurisprudenza amministrativa, "l'articolo 38 comma 1 del decreto legislativo ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il comma 2 non prevede analogo sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione (cfr. Cons. St., VI, n. 1017/2010)".

Pertanto, "a meno che non sia la *lex specialis* a prevedere puntuali prescrizioni sulla modalità e sull'oggetto della dichiarazione, l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, incardinando addirittura in capo al concorrente il sindacato sulla rilevanza della condanna in ipotesi pronunciata".

A ciò aggiungasi, che "nel caso in esame l'amministrazione ha proceduto alla verifica in concreto della posizione del signor Adriano Veggo, accertando che l'unico precedente penale a carico dello stesso, costituito da una sentenza di condanna per il reato edilizio di cui all'articolo 17 della legge n.10 del 1977, con condanna alla pena dell'arresto per giorni 10 e all'ammenda di euro 5,16, non potesse qualificarsi come integrante la fattispecie di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c), sia per essere trascorso un rilevante lasso di tempo di oltre 32 anni dal passaggio in giudicato della sentenza, sia per riferirsi la condanna a fatti estranei alla gestione della società, sia per non essere la sanzione di particolare gravità".

3. Per le ragioni esposte il ricorso è infondato e, come tale, da respingere.

Sussistono tuttavia giusti motivi, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, di cui in epigrafe, lo respinge, confermando per l'effetto la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

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

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/10/2012

IL SEGRETARIO

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