



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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 536 del 2012, proposto da:  
Mammoli Edilizia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Catterini, con domicilio eletto presso l'avv. Marco Baldassarri in Perugia, via Danzetta, 7;

***contro***

Comune di Preci, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Marcucci, presso il quale è elettivamente domiciliato in Perugia, via Bartolo n. 10;

***nei confronti di***

Opera Costruzioni S.r.l., non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

- del provvedimento di cui alla comunicazione del Responsabile del servizio ufficio tecnico - opere pubbliche prot. n. 4300 del 9.7.2012, con il quale il Comune di Preci ha escluso la odierna ricorrente dalla

"gara informale per l'appalto dei lavori di completamento delle opere infrastrutturali nei PIR di Corone e Montagnoni", da svolgersi mediante procedura negoziata, effettivamente espletata in data 4.7.2012 e di cui alla lettera di invito a firma del Responsabile dell'ufficio tecnico - settore opere pubbliche del Comune di Preci prot. 3597 dell'11.6.2012;

- del provvedimento di aggiudicazione della suddetta gara in favore di Opera Costruzioni S.r.l. e di cui al verbale del 4.7.2012, comunicato con missiva del Responsabile del servizio ufficio tecnico - opere pubbliche prot. n. 4300 del 9.7.2012 ricevuta in data 10.7.2012;

- della determina dirigenziale di approvazione della medesima aggiudicazione n. 185/325 del 6.7.2012 comunicata con missiva prot. 5429 del 4.9.2012;

- di ogni altro provvedimento connesso e/o collegato, precedente e/o successivo, ivi compreso l'eventuale contratto nelle more stabilito.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2013 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente premette di avere partecipato alla procedura negoziata informale per l'aggiudicazione dei lavori di completamento delle opere infrastrutturali nei PIR di Corone e Montagnoni, per un importo a base di gara di euro 186.036,68.

L'invito prevedeva l'allegazione all'offerta, tra l'altro, di una "dichiarazione sostitutiva del certificato del casellario giudiziale e del certificato dei carichi pendenti, ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445", che avesse i medesimi elementi dei certificati. Espone di avere formulato un'offerta al ribasso pari al 35,353%, allegando i documenti e le dichiarazioni richieste, tra cui le dichiarazioni sostitutive di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c), e comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Aggiunge che con nota prot. n. 4300 del 9 luglio 2012 il Comune le comunicava l'esclusione dalla gara «per avere prodotto le dichiarazioni sostitutive del certificato generale del casellario giudiziale e del certificato dei carichi pendenti di cui al punto 7 bis) della lettera di invito, non conformi», e l'intervenuta aggiudicazione, ancora provvisoria, in favore della Opera Costruzioni S.r.l., con un ribasso pari al 31,112%.

Deduce avverso il provvedimento di esclusione la violazione degli artt. 38 e 46, commi 1 e 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché il vizio di eccesso di potere, nell'assunto che il Comune ha imposto, in violazione delle norme suindicate, ai concorrenti un onere non previsto dalla legge (la produzione dei certificati dei carichi pendenti e del casellario e/o di una dichiarazione sostitutiva dei medesimi). Ed

invero l'attuale art. 38 del codice dei contratti pubblici richiede soltanto l'attestazione a mezzo dichiarazione sostitutiva dell'assenza delle circostanze di cui al comma 1, lett. b) e c). L'art. 46, comma 1 bis, da parte sua, prevede poi la possibilità di escludere i concorrenti solo in caso di mancato adempimento delle prescrizioni previste dal codice, dal regolamento o da altre disposizioni vigenti, mentre i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, le quali devono considerarsi comunque nulle.

L'esclusione è in ogni modo illegittima, atteso che, ai sensi dell'art. 46, comma 1, del codice dei contratti pubblici, l'Amministrazione era tenuta a richiedere al concorrente l'integrazione di documenti e/o certificati di cui agli artt. 38 e 45.

Si è costituito in giudizio il Comune di Preci resistendo al ricorso avverso, e chiedendone la reiezione.

All'udienza del 16 gennaio 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. - La lettera di invito alla gara informale per l'affidamento dei lavori di completamento delle opere infrastrutturali nei PIR di Corone e Montagliani prevede, a pena di esclusione, al punto 7-bis), che l'offerta sia accompagnata, tra l'altro, da una dichiarazione sostitutiva del certificato generale del casellario giudiziale e del certificato dei carichi pendenti, ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, resa dal direttore tecnico dell'impresa e dagli amministratori muniti di potere di rappresentanza, e contenente i medesimi elementi

dei certificati stessi.

L'impugnato provvedimento di esclusione è fondato sul presupposto che sono state prodotte dalla società «le dichiarazioni sostitutive del certificato generale del casellario giudiziale e del certificato dei carichi pendenti di cui al punto 7-bis) della lettera di invito, non conformi».

In particolare, si evince dalla documentazione versata in atti che amministratore e direttore tecnico della Mammoli Edilizia S.r.l. si sono limitati a dichiarare in data 2 luglio 2012 : « - che nei propri confronti non è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27.12.56, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 della legge 31.05.65, n. 575; - che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della comunità che incidono sulla moralità professionale».

La difformità contenutistica tra le dichiarazioni rese e quanto richiesto dalla lettera di invito è evidente, in quanto le dichiarazioni sostitutive si sono limitate ad escludere la pendenza di un procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione, nonché l'esistenza di condanne penali per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale, ricalcando la previsione dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c), del codice dei contratti pubblici in tema di “requisiti di ordine generale” e di correlate cause di

esclusione. Al contrario, come detto, la *lex specialis* della gara richiedeva la dichiarazione sostitutiva del certificato generale del casellario giudiziale e del certificato dei carichi pendenti, e dunque un qualcosa di diverso rispetto a quanto dichiarato dai soggetti tenutivi della Mammoli Edilizia.

Tale diversità persiste anche tenendo conto della previsione del comma 2 dell'art. 38 che, nel testo novellato con il d.l. n. 70 del 2011, impone ai concorrenti, rimettendo le valutazioni in ordine alla moralità professionale alla Stazione appaltante (in termini Cons. Stato, Sez. III, 4 gennaio 2012, n. 8), l'obbligo di dichiarare tutte le condanne riportate, ivi comprese quelle accompagnate dal beneficio della non menzione, e con la sola esclusione di quelle relative a reati depenalizzati, estinti o per le quali sia intervenuta revoca o riabilitazione.

La divergenza contenutistica, in meno ed in più, di cui si è prima detto, è esemplificativamente percepibile considerando, da una parte, che vi possono essere condanne (potenzialmente rilevanti ai fini della valutazione della moralità professionale) che non risultano riportate nel certificato del casellario giudiziale che i privati possono ottenere (di cui all'ormai abrogato art. 689 del c.p.p.), e, dall'altra parte, considerando che ai fini dell'art. 38 rilevano solamente le condanne penali passate in giudicato, e non anche la pendenza di procedimenti non ancora definiti, che è quella emergente dal certificato dei carichi pendenti.

2. - Ciò chiarito, occorre chiedersi se, in presenza di una dichiarazione

difforme, sia legittima l'impugnata esclusione.

La soluzione al quesito è negativa, in ragione di quanto disposto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, che, nell'enucleare il principio di tassatività delle cause di esclusione, stabilisce che «la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente Codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti ...; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle».

Con tale norma il legislatore ha inteso limitare l'applicazione della sanzione espulsiva ai soli casi previsti dalla legge (comprendendo in tale locuzione sia il codice dei contratti pubblici, che altre leggi ed il regolamento attuativo del codice stesso); l'applicazione dell'esclusione dalle procedure di gara è quindi limitata ai casi espressamente previsti da dette fonti normative, ed impedisce alle Stazioni appaltanti di stabilirne ulteriori, a pena di nullità (in termini, tra le tante, T.A.R. Toscana, Sez. I, 6 settembre 2012, n. 1536).

L'applicazione dell'art. 46 comporta che possono essere esclusi solamente i soggetti che versano in una delle situazioni di esclusione previste dall'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006; tra queste, come detto, non rientra la mancata dichiarazione del certificato generale del casellario giudiziale e del certificato dei carichi pendenti.

3. - Si potrebbe obiettare a questo punto che non è stata peraltro impugnata la lettera di invito-*lex specialis* della gara, nella parte in cui,

illegittimamente, impone la dichiarazione da ultimo indicata a pena di esclusione.

A questo riguardo occorre peraltro precisare che la già ricordata previsione dell'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici dispone la nullità delle prescrizioni "ulteriori" del bando e delle lettere di invito poste a pena di esclusione; ne consegue che, a termini dell'art. 31 del cod. proc. amm., la nullità dell'atto (presupposto rispetto a quello oggetto di gravame) può essere rilevata d'ufficio dal giudice (in termini T.A.R. Umbria, 31 ottobre 2012, n. 464, nonché T.A.R. Lazio, Sez. II bis, 17 settembre 2012, n. 7812).

4. - Alla stregua di quanto esposto, il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento dell'impugnata esclusione, ed, in via derivata, dell'aggiudicazione provvisoria.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nell'importo fissato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Amministrazione resistente alla rifusione, in favore della società ricorrente, delle spese di giudizio, liquidate in euro millecinquecento/00 (1.500,00).

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio

2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Paolo Amovilli, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/01/2013

IL SEGRETARIO

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