



REPUBBLICA ITALIANA

N. 1014/12 Reg.Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1222 Reg.Ric.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia- ANNO 2011

na, in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso in appello n. 1222 del 2011 proposto da

AVENI s.r.l.,

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Andrea Scuderi, Edoardo Nigra e Salvatore Iacuzzo, elettivamente domiciliati in Palermo, via Nunzio Morello, n. 40, presso lo studio dell'avv. Luca di Carlo;

c o n t r o

il COMUNE DI ROSOLINI, in persona del sindaco *pro tempore*, non costituitosi in giudizio;

l'ASSESSORATO REGIONALE INFRASTRUTTURE E MOBILITÀ DELLA REGIONE SICILIANA - U.R.E.G.A., SEZIONE PROVINCIALE DI SIRACUSA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici in Palermo, via A. De Gasperi, n. 81, legalmente domicilia;

e nei confronti

della ARCHAS s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino, elettivamente domiciliata in Palermo, via Libertà, n. 171,

presso lo studio degli stessi;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia -
sezione staccata di Catania (sez. IV) - n. 2531 del 21 ottobre 2011;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle controparti intima-
te;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive
difese;

Vista l'ordinanza n. 961 dell'11 novembre 2011, con la quale è
stata respinta la domanda di sospensione dell'esecutività della senten-
za impugnata;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il consigliere Gabriele Carlotti;

Uditi alla pubblica udienza dell'11 luglio 2012 l'avv. Edoardo
Nigra per la società appellante, l'avv. dello Stato Mango per l'Ammi-
nistrazione appellata e l'avv. Giuseppe Immordino per la società ap-
pellata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Giunge in decisione l'appello interposto dalla Aveni s.r.l. (d'ora
in poi: "Aveni"), avverso la sentenza, di estremi specificati in epigra-
fe, con la quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso, proposto in
primo grado dall'odierna appellante, onde ottenere l'annullamento di
tutti gli atti e i provvedimenti della gara di appalto indetta dal comune

di Rosolini per l'affidamento delle “opere di urbanizzazione primaria relativa al piano insediamenti produttivi ambito 1 – 1° stralcio funzionale” (cig 0484630951), nella parte in cui la Archas s.r.l. (nel prosieguo: “Archas”) fu ammessa, risultando poi aggiudicataria e, in particolare, per l'annullamento:

- dei verbali di gara n. 5 del 14 luglio 2010 e n. 25 del 6 ottobre 2010;
- dell'aggiudicazione provvisoria, sia espressa o tacita ai sensi dell'art. 21-*bis*, L. n. 109/1994 e dell'art. 10, D.Pres.Reg. 10 gennaio 2005, n. 1;
- della nota, prot. n. 2394, del 7 ottobre 2010, con la quale l'Urega – Sezione provinciale di Siracusa, comunicò che l'Aveni si era collocata al secondo posto in graduatoria.

2. – Si sono costituiti, per resistere all'impugnazione, l'Archas e l'Assessorato regionale indicato nelle premesse; la prima ha contestato tutto quanto *ex adverso* dedotto, concludendo per il rigetto dell'appello.

3. – All'udienza pubblica dell'11 luglio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. – L'Aveni ha impugnato in primo grado gli atti sunnominati, denunciando varie illegittimità. Sennonché il T.A.R. ha dapprima esaminato il ricorso incidentale “paralizzante”, interposto dall'Archas allo scopo di inficiare l'ammissione alla gara dell'odierna appellante.

Il Tribunale ha accolto il primo motivo di detto ricorso incidentale con le seguenti motivazioni: “*Con la prima doglianza dedotta in via incidentale, la controinteressata società Archas s.r.l. contesta la*

legittimità dell'ammissione alla gara di cui trattasi, lamentando la violazione dell'art. 4, lett. a), sub c) del disciplinare. La predetta lettera a) richiedeva – a pena di esclusione - ai partecipanti alla gara di rendere una dichiarazione sostitutiva, ai sensi del DPR n. 445 del 2000, con la quale, assumendosene la responsabilità, il concorrente "dichiara, indicandole specificamente ed espressamente, di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall'art. 38, comma uno, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m bis), m ter ed m quater e comma 2 del dlgs n. 1632006 s.m.i. e precisamente: c) 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'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale né condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18".

La comminatoria di esclusione dalla gara era ribadita dall'ultimo capoverso del paragrafo 1 del disciplinare di gara, in cui si avvertiva che "la domanda, le dichiarazioni e le documentazioni di cui ai punti 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10 e 11), a pena di esclusione, devono contenere quanto previsto nei predetti punti".

La dichiarazione dell'amministratore unico della società odierna ricorrente principale, Aveni s.r.l., è del seguente tenore: "nei pro-

pri 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'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18”.

Come già affermato nella sentenza n. 395/2010, cit., (confermata dal giudice d'appello con sentenza n. 136 del 2011; v. anche la sentenza di questa sezione n. 1325 del 2011), resa in relazione a fattispecie analoga, l'art. 38, comma 1, del decreto legislativo n. 163/2000 distingue due categorie di reati: quelli definiti dall'art. 45 della direttiva Ce n. 2004/18, e quelli definiti dalla stessa norma senza individuare precise fattispecie criminose come “reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale” (cfr. C.S., V, n. 3773/2009). Le condanne per reati dell'uno e dell'altro tipo comportano conseguenze diverse, con riguardo alla partecipazione alle gare di evidenza pubblica; le prime costituiscono causa automatica di esclusione, le seconde lasciano alla stazione appaltante “un margine di apprezzamento sia sulla incidenza del reato sulla moralità professionale, sia sull'offensività per lo Stato o per la Comunità, sia sulla gravità del fatto” (CdS, V, sentenza da ultimo ri-

chiamata; Tar Lazio Roma, II, n. 3984/2009).

In conclusione, trattandosi di diverse tipologie di reati, la dichiarazione relativa all'insussistenza di condanne per reati del secondo tipo non comprende in sé anche la dichiarazione di insussistenza di condanne per reati definiti da fonti comunitarie.

Né la mancanza della dichiarazione di cui trattasi potrebbe essere supplita dalla produzione dei certificati del casellario giudiziale e dei carichi pendenti, il collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale più rigoroso, secondo il quale detti certificati sono parzialmente inadeguati a provare i requisiti di moralità e affidabilità dei concorrenti alle gare pubbliche. Il certificato del casellario giudiziale ottenibile dal privato (al contrario di quello integrale, rilasciabile solo alla pubblica autorità) non riporta, tra le altre, né le sentenze di applicazione della pena su richiesta, di cui agli art. 444 e 445 C.p.p., né le condanne in cui viene concessa la non menzione (art. 175 C.p.), né le misure di prevenzione; il certificato dei carichi pendenti non è rilevante per il contenuto suo proprio (appunto l'esistenza di procedimenti penali in corso), in quanto l'assenza di tali procedimenti non condiziona l'ammissione alla procedura d'appalto (T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 19 marzo 2008, n. 501; Tar Palermo, sez. III, sentenza 17 giugno 2008, n. 817).

La parte della dichiarazione con la quale si afferma che “è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti co-

munitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18” non contiene alcuna affermazione di sussistenza o insussistenza di precedenti a carico del dichiarante, e meno che mai una assunzione di responsabilità per eventuale in veridicità della dichiarazione. E in ogni caso, l’aver ricopiato la formulazione di parte dell’art. 38 non esclude la difformità della dichiarazione dal contenuto prescritto a pena di esclusione dall’art. 4, lett. a), sub c), del disciplinare, che richiedeva la dichiarazione espressa (anche) di non avere riportato “condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18”.

Per completezza, si osserva che non è possibile, in casi come quello in esame, ricorrere all’integrazione ai sensi dell’art. 46 del decreto legislativo n. 163/2006 (cfr. la già citata sentenza di questa sezione n. 395 del 2010 e quella del C.G.A. n. 136 del 2011).

Infatti, da un lato la dichiarazione mancante riguarda – come già si è rilevato - ipotesi in cui l’amministrazione non ha spazi di discrezionale apprezzamento, dall’altro la formulazione dell’art. del disciplinare sul punto è stringente e priva di aspetti equivoci, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente principale con memoria depositata il 22.11.2010, notificata alle controparti (e quindi da considerare come atto di motivi aggiunti), con la quale è stato chiesto l’annullamento dell’art. 4, lett. a) sub c) e lett. d) ultima parte del disciplinare di gara, ove inteso nel senso prospettato dalla controparte-

ressata nel primo e nel terzo motivo del ricorso incidentale. Né tale clausola può considerarsi, come pure dalla controinteressata sostenuto, contraria ai principi di proporzionalità, tutela della concorrenza, ragionevolezza e non discriminazione. In proposito, va osservato che richiedere che i ricorrenti dichiarino di non aver subito condanne costituenti causa automatica di esclusione dalla gara risponde a interessi pubblici di sicura rilevanza e alla ratio di contrastare i fenomeni di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica di soggetti di moralità dubbia. A fronte di tali interessi ed esigenze pubblici l'onere di rendere una dichiarazione completa appare del tutto proporzionato ... La già richiamata sentenza del C.G.A. n. 136 del 2011 ha in proposito osservato che va "escluso che una dichiarazione generica e non precisa come richiesta dal bando a pena di esclusione potesse essere acquisita dal seggio di gara sia in sé considerata sia come strumento per attivare il soccorso previsto dall'articolo 46 d.lgs. n. 163 del 2006. Ove considerata in sé, la dichiarazione non corrisponde a quella richiesta e per questa sola ragione non può essere ammessa, anche perché mancherebbe la necessaria informazione sulla insussistenza di reati particolarmente gravi in danno dello Stato e della Comunità la cui imputabilità ai soggetti partecipanti denota la carenza di moralità professionale. L'informazione sul possesso di tale requisito è condicio sine qua non per passare ad ulteriori valutazioni, di tal che la sua mancanza non può essere in alcun modo integrata da argomenti induttivi o da ricostruzioni libere da parte del seggio di gara. Ma la stessa dichiarazione non è neppure passibile di integrazione attesa la

chiara volontà sia della legge (articolo 38 d. lgs n. 163 del 2006) sia della lex specialis della gara di non consentire, sul punto, acquisizioni postume per l'assorbente motivo che la dimostrazione dei requisiti ivi indicati incide sulla fondamentale valutazione sulla moralità professionale del soggetto sulla quale non possono aprirsi istruttorie in fase di selezione, occorrendo che tali elementi, per la celere e completa definizione della gara, siano senza indugio offerti dalla parte interessata.".

5. – Per effetto dell'accoglimento dell'impugnativa incidentale promossa dall'Archas, il T.A.R. ha dichiarato inammissibile il ricorso principale, e i relativi motivi aggiunti, per difetto di legittimazione in capo alla Aveni (in quanto illegittimamente ammessa alla procedura di gara e quindi non titolata a contestarne l'esito) e ha altresì ritenuto assorbite le ulteriori doglianze dedotte in via incidentale.

6. – Contro la sentenza, sopra riferita nei suoi contenuti essenziali, è insorta in appello l'Aveni, la cui impugnazione è affidata a mezzi di gravame così rubricati:

I) in ordine al primo motivo del ricorso incidentale, accolto con la sentenza impugnata: violazione e falsa applicazione dell'art. 38, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006;

II) in ordine all'unico motivo del ricorso principale: violazione del punto 1.4 lett. g) del disciplinare di gara, dell'art. 10, comma 1-bis, della legge n. 109/1994 e dei principi generali in tema di *par condicio*, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione.

7. – Il primo, articolato, motivo di appello è sorretto dalle seguenti

argomentazioni:

a) erroneamente il Tribunale ha ritenuto che l'incompletezza della dichiarazione resa in ordine al punto 4, lett. A), del disciplinare fosse presidiata da un'espressa comminatoria di esclusione; né potrebbe farsi riferimento, sotto questo aspetto, alla clausola generale di chiusura contenuta a pag. 6, ultimo capoverso, del predetto disciplinare;

b) difettando la previsione dell'esclusione, la stazione appaltante avrebbe avuto un "dovere di soccorso" nei confronti dell'Aveni a norma dell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici;

c) l'interpretazione sulla quale il T.A.R. ha poggiato la pronuncia gravata non si attaglia alle finalità della direttiva 2004/18/CE né al principio del *favor participationis*, dal momento che, pur essendo mancata un'espressa indicazione dell'assenza di condanne per i singoli reati individuati dalla legge, nondimeno vi è stata comunque una dichiarazione di ampia portata in tal senso;

d) l'amministratore unico dell'Aveni ha comunque dichiarato espressamente che, nei propri confronti, non sono state emesse sentenze, ancorché definitive, relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto.

8. – Con il secondo motivo di appello l'Aveni ha riproposto in seconde cure la doglianza dell'originario ricorso principale. In dettaglio, l'Aveni ha dedotto che l'amministratore unico dell'Archas risultava titolare di un'impresa individuale operante, a suo nome, nel settore edilizio e avente la medesima sede dell'Archas. Non avendo fatto menzione di tale rapporto in sede di partecipazione, l'Archas avrebbe

violato la regola di gara che imponeva alle partecipanti, a pena di esclusione, di dichiarare le relazioni di controllo tra imprese a norma dell'art. 2359 c.c.

9. – Entrambi i riferiti mezzi di gravame sono infondati e non meritano accoglimento. Ed invero, sulla prima questione il Collegio non ravvisa motivi per discostarsi dalla sentenza impugnata giacché il T.A.R. ha fatto corretta applicazione dei principi giurisprudenziali enunciati da questo Consiglio in plurimi precedenti (tra questi, la sentenza n. 136 del 16 febbraio 2011, puntualmente richiamata dal Tribunale). Nel caso di specie del resto è evidente l'inosservanza del disciplinare da parte dell'amministratore unico dell'Aveni: difatti, a fronte di una normativa di gara che, sotto la comminazione della sanzione espulsiva (*incidenter* si rileva che l'ultimo paragrafo a pag. 6 del bando, lungi dal recare una clausola generica, contiene un'analitica elencazione numerica delle dichiarazioni prescritte a pena di esclusione), imponeva ai partecipanti di rendere una dichiarazione “*specificamente ed espressamente*” riferita al contenuto dell'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006. Il dichiarante, per conto della società appellante, si è invece limitato a trascrivere un testo, *id est* quello del citato art. 38, che non solo è insuscettibile in quanto tale di essere individuato o comunque apprezzato come espressione di un contenuto volitivo, ma che si discosta perfino dal tenore letterale del disciplinare, posto che - per rispettare la regola violata - sarebbe stato sufficiente riportare esattamente nella dichiarazione scritta lo specifico passaggio del suddetto disciplinare.

Per le ragioni esplicate dal T.A.R., non vi era inoltre spazio nella fattispecie per un intervento in soccorso da parte della stazione appaltante.

Non scalfisce le precedenti conclusioni la contestazione della legittimità della clausola della normativa di gara che prevedeva, per i casi di omessa dichiarazione, la sanzione espulsiva, giacché nemmeno sulla base del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di appalto, recentemente introdotto dal novellato art. 46 del Codice dei contratti pubblici (v. il comma 1-*bis* della disposizione), presta il fianco a censure di sorta una *lex specialis* che ripeta una prescrizione contenuta, per l'appunto, nel predetto Codice.

Né infine vale dedurre che sarebbe stato possibile desumere l'assenza della specifica causa ostativa alla partecipazione sulla base di una valutazione complessiva delle altre dichiarazioni rese dall'amministratore unico della società appellante, giacché l'utilità della specifica dichiarazione, pretesa dal disciplinare e ancor prima dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, risiede proprio nella semplificazione, che ne deriva, degli accertamenti posti a carico della stazione appaltante, la quale può limitarsi a verificare che siano state rese tutte le dichiarazioni obbligatorie e nei modi stabiliti, senza doversi impegnare in delicate esegesi della volontà dichiarativa dei singoli partecipanti, attesa la difficoltà e pure l'aleatorietà di un'attività siffatta. Questi ultimi rilievi superano anche la doglianza dedotta *sub* §. 7, lett. d).

10. – Ancorché la conferma della sentenza impugnata, nelle statuizioni relative all'accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale

promosso in primo grado, sia sufficiente per il rigetto dell'appello, nondimeno il Collegio ritiene opportuno, per completezza motivazionale, esaminare anche il mezzo di gravame con il quale è stato riproposto il ricorso principale dell'Aveni, non esaminato dal T.A.R. Ebbene, pure tale motivo è radicalmente infondato: il disciplinare di gara imponeva alla singola concorrente di elencare *“le imprese ... rispetto alle quali, ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, si trova in situazione di controllo diretto o come controllante o come controllato”*. In conformità alla normativa di gara, l'amministratore unico dell'Archas ha reso una dichiarazione negativa sul punto: in effetti, il caso di un amministratore unico di una società di capitali che sia anche titolare di un'impresa individuale non configura alcuna ipotesi di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.; semmai una situazione del genere descritto potrebbe essere qualificata alla stregua di un collegamento societario (di cui al terzo comma del predetto art. 2359 c.c.), ma il ricorrere di situazione di collegamento non era una circostanza presa in considerazione dal disciplinare a fini degli obblighi dichiarativi ivi previsti (e ciò anche a voler prescindere dal rilievo che, nel caso concreto, l'impresa individuale surricordata risulterebbe anche sprovvista dell'attestazione SOA necessaria a partecipare a gare di appalti pubblici).

Anche sotto questo profilo, pertanto, l'appello dell'Aveni è da respingere.

11. – Alla stregua di tutto quanto sopra osservato e considerato il Collegio ritiene di poter assorbire ogni altro motivo o eccezione, in quanto influenti e irrilevanti ai fini della presente decisione, ivi inclusi gli

ulteriori motivi del ricorso incidentale di primo grado, riproposti in seconde cure dall'Archas, nonché la richiesta di estromissione dal giudizio avanzata dall'U.r.e.g.a.

12. – Il regolamento delle spese processuali del secondo grado del giudizio, liquidate come da dispositivo, segue la soccombenza.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, respinge l'appello.

Condanna l'appellante a rifondere le spese processuali delle controparti costituite, liquidate in complessivi euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) a favore di ciascuna controparte, oltre alle maggiorazioni di legge.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, nella camera di consiglio dell'11 luglio 2012, con l'intervento dei signori: Paolo Turco, Presidente, Antonino Anastasi, Gabriele Carlotti, estensore, Pietro Ciani, Alessandro Corbino.

F.to Paolo Turco, Presidente

F.to Gabriele Carlotti, Estensore

Depositata in Segreteria

25 ottobre 2012