

N. 33657/2010 REG.SEN.
N. 08900/2010 REG.RIC.



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 il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 cod. processo amministrativo;

sul ricorso numero di registro generale 8900 del 2010, proposto da:

soc. Formit, in persona del legale rappresentante in carica., in proprio e nella qualità di mandante del r.t.i. con la predetta, la Fondazione Formit, rappresentati e difesi dagli avv. Francesco Cardarelli e Filippo Lattanti, con domicilio eletto presso lo studio legale Cardarelli in Roma, Via P. G. da Palestrina, 47;

contro

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato di Roma, domiciliata per legge in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

per l'annullamento

del provvedimento prot. n. MI-123-U-RP-PON-S-2010-28 del 1 ottobre 2010 comunicato in pari data a mezzo fax, con il quale la Stazione appaltante ha disposto l'esclusione del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese

di cui è mandante la Società ricorrente dalla gara per lo svolgimento dell'attività di "Analisi, progettazione e Program Management per il sistema TAP - trasparenza Appalti Pubblici " e di ogni altro atto indicato nell'epigrafe del ricorso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2010 la dr.ssa Linda Sandulli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. processo amministrativo;

Considerato che la ricorrente società, ha impugnato gli atti della gara in oggetto ed in particolare il provvedimento dell'1.10.2010 con cui la stazione appaltante ne ha disposto l'esclusione per mancato inserimento delle dichiarazioni sostitutive in ordine all'assenza dei pregiudizi di cui all'art. 38 del citato d. lgs n.163/2006 degli amministratori cessati dalla carica nel triennio precedente la pubblicazione del bando di gara.

Considerato che tali dichiarazioni, secondo la Stazione appaltante avrebbero dovuto essere rese direttamente e personalmente dai predetti ex amministratori come espressamente chiarito (dalla stessa Stazione) in sede di risposta ai quesiti formulati da uno dei partecipanti alla gara e accettato dai ricorrenti.

Considerato che il ricorso è incentrato essenzialmente sulla censura della violazione dell'art. 38 citato nonché della disciplina di gara che non prevedeva, ad avviso della ricorrente, che la dichiarazione di cui trattasi

dovesse essere rilasciata personalmente dagli ex amministratori del triennio precedente alla pubblicazione del bando e pertanto poteva essere rilasciata (come accaduto nel caso di specie) dal legale rappresentante della società.

Considerato – con riguardo alla regolamentazione di gara per la parte di interesse – che:

- il bando al punto III. 2.b) richiedeva, fra le condizioni di partecipazione, la “non sussistenza dei motivi di esclusione di cui all’art. 38 d. lgs. n. 163/2006”;
- il disciplinare di gara, al punto 4.2 (Requisiti di partecipazione – Prove richieste) disponeva, a pena di esclusione, l’inserimento da parte dei “concorrenti”, con ciò comprendendo sia le imprese singole che i raggruppamenti, nella Busta “A – Documenti” di dieci dichiarazioni sostitutive da presentarsi da parte di ciascuna singola impresa componente il r.t.i. sia costituito che costituendo: dichiarazioni sostitutive (fra cui quella : “attestante di non trovarsi in alcuna delle situazioni di esclusione dalla partecipazione alla gara di cui all’art. 38 d. lgs n. 163/2006”) da rendersi “in conformità al facsimile di dichiarazione allegato sub 1 al presente Disciplinare”;
- che il modello di dichiarazione in allegato 1 imponeva al legale rappresentante di dichiarare “sotto la propria responsabilità”, fra l’altro, con riferimento al III. 2.b) del bando di gara sopra ricordato “che l’impresa non si trova in alcuna delle situazioni di esclusione dalla partecipazione alla gara di cui all’art. 38, ed in particolare:
lett. b) che nei propri confronti e nei confronti.....
-del titolare e del direttore tecnico
-del socio
-degli amministratori

-e segnatamente i signori....

non è pendente alcun procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge n. 1423/1956 o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 L. n. 575/1965.....

.....

non è stata pronunciata condanna con sentenza passata in giudicato o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c. p. p., per reati gravi in danno dello Stato o della comunità che incidono sulla moralità professionale e che, nei confronti dei medesimi soggetti di cui sopra, non è stata pronunciata condanna con sentenza passata in giudicato per uno o più reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale.....

.....

In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata; resta salvo in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 c.p. e dell'articolo 445 c.p.p., comma 2. N.B. allegare un elenco contenente nome, cognome, carica ed eventuali condanne delle persone di cui sopra e di coloro che siano cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando. Si rammenta che occorre ricordare anche delle eventuali condanne per le quali il soggetto abbia beneficiato della non menzione”;

Considerato che in nessuna delle disposizioni della lex specialis si trova la prescrizione dell'obbligo di rilascio della dichiarazione personale da parte di ciascun amministratore cessato dalla carica, apparendo, per converso,

strutturato il predetto fac simile nel senso di consentire tale dichiarazione da parte del legale rappresentante anche “segnatamente (per) i signori...” e richiedendosi, con riguardo agli ex amministratori, il solo “elenco contenente nome, cognome, carica ed eventuali condanne” (adempimento che non risulta contestato alla ricorrente);

Considerato, altresì, che l’art.38 c. 2 del d. lgs. n. 163/2006, rinvia pienamente - per quanto attiene alle dichiarazioni sostitutive e autocertificative - al T.U. sulla documentazione amministrativa di cui al D.P.R. n. 445 del 2000 e quindi, anche al disposto di cui all’art. 47, comma 2, stesso decreto, secondo il quale la dichiarazione sostitutiva ivi disciplinata, resa dall’interessato, “può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza”;

Considerato che è ormai radicato l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale l’obbligo di dichiarare l’assenza dei c.d. “pregiudizi penali” può ritenersi assolto dal legale rappresentante dell’impresa anche avuto riguardo ai terzi (direttori tecnici o altri soggetti comunque muniti di poteri di rappresentanza anche se cessati dalla carica nel triennio antecedente) e ciò in ragione del fatto che anche in questo caso operino le previsioni di responsabilità penale ed il potere di verifica da parte della stazione appaltante (cfr. da ultimo Cons. St., n. 1644/2010; nn. 7244 e 6114 del 2009; Cons. giust. amm., nn. 312 e 757 del 2008).

Tenuto conto, altresì, che diversamente opinando, la disposizione apparirebbe illogica e contraria al buon senso comune in quanto finirebbe con il subordinare la possibilità di partecipazione a gare pubbliche di un soggetto economico alla dichiarazione di un soggetto estraneo e privo di responsabilità sul punto, cessato già da tempo dalla carica e magari animato da spirito di

rivalsa nei confronti del richiedente proprio a causa dell'intervenuta risoluzione del rapporto di lavoro ovvero perché deceduto o più semplicemente in quanto irreperibile, tanto è vero che per superare tale ostacolo è ammessa la prova della difficoltà di ritrovamento del soggetto che dovrebbe rendere la dichiarazione in questione, prova che nel caso in esame risulta, peraltro, fornita dalla parte ricorrente.

Considerato che a tali dirimenti considerazioni non osta la circostanza che la Stazione appaltante, nel fornire chiarimenti ad alcuni quesiti tra i quali quello per cui è causa, abbia manifestato un orientamento opposto, atteso che l'interpretazione fornita da una Stazione appaltante ad una norma del bando, ancorché accettato, non serve a mutarne le formulazioni tanto più se, come nella specie, lo stesso non risulta accompagnato dalla comminatoria dell'esclusione dalla gara.

Considerato, infine, che in presenza di un contrasto interpretativo deve essere preferita l'interpretazione che amplia la sfera dei concorrenti e non quella che la riduce atteso che vale il principio del favor participationis.

Considerato che con declaratoria di annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara la ditta ricorrente viene riammessa a partecipare alla stessa con correlata assenza di ogni danno allo stato reclamabile.

Considerato che essendo, per le ragioni appena rassegnate, immediatamente definibile il contenzioso con sentenza in forma semplificata, il Collegio ha sentito in ordine a tale eventualità le parti costituite e preso atto che nessuna parte ha dichiarato l'intendimento di voler proporre alcuna delle iniziative racchiuse nell'art.60 del C.p.a.;

Considerato che la peculiarità della controversia giustifica la compensazione tra le parti delle spese di lite;

P.Q.M.

pronunciandosi ai sensi dell'art.60 del c.p.a. accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Linda Sandulli, Presidente, Estensore

Pietro Morabito, Consigliere

Antonella Mangia, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2010

IL SEGRETARIO

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