



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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4241 del 2011, proposto da:
“MARANO ROMANA EDILI S.r.l.”, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti
Terenzio Fulvio Ponte e Gloria Calenda ed elettivamente domiciliata
presso lo studio del secondo dei suindicati difensori in Roma,
Piazzale Enrico Dunant, n. 15;

contro

ROMA CAPITALE (già COMUNE DI ROMA), in persona del
Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio
Graziosi dell'Avvocatura comunale, presso la cui sede è
elettivamente domiciliata in Roma, Via del Tempio di Giove, n. 21;

nei confronti di

“P.Q. EDILIZIA E STRADE S.r.l.”, in persona del rappresentante

legale pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giuliano Di Pardo, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, Piazza Barberini, n. 52; - anche ricorrente incidentale

per l'annullamento, previo sospensione dell'efficacia

- della determina dirigenziale prot. n. 498 del 31 marzo 2011, avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva della gara di appalto dei lavori di recupero e adeguamento e messa in sicurezza del Casale San Pancrazio di Via del Vascello, per un importo dei lavori a base d'asta di euro 322.915,09 oltre ad euro 16.145,75 per oneri di sicurezza, all'impresa P.Q. Edilizia e Strade S.r.l., che ha offerto il miglior ribasso pari al 18,35%;

- del contratto di appalto con conseguente accertamento del diritto della istante a rendersi aggiudicataria della medesima gara, ovvero gradatamente a subentrare nel contratto di appalto già stipulato e per la condanna

dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno per equivalente nella misura del 25% della base d'asta, ovvero in via ulteriormente gradata nella diversa misura che sarà ritenuta di equa giustizia.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio dell'Amministrazione comunale intimata e i documenti prodotti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società controinteressata ed il ricorso incidentale da essa spiegato;

Vista l'ordinanza cautelare n. 2086 del 9 giugno 2011;
Esaminate le ulteriori memorie con i documenti prodotti;
Visti gli atti tutti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2011 il dott.
Stefano Toschei e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con il ricorso meglio indicato in epigrafe la Marano romana edili S.r.l. (d'ora in poi, per brevità, MARANO) ha impugnato il provvedimento (n. 498 del 31 maggio 2011) con il quale il Comune di Roma ha aggiudicato la gara per l'affidamento dell'appalto dei lavori di recupero e adeguamento e messa in sicurezza del Casale San Pancrazio di Via del Vascello, avviata nel gennaio 2011, per un importo dei lavori a base d'asta di euro 322.915,09 oltre ad euro 16.145,75 per oneri di sicurezza, in favore dell'impresa P.Q. Edilizia e Strade S.r.l. (d'ora in poi, per brevità, P.Q. EDILIZIA), visto che quest'ultima, tra i tre concorrenti ammessi alla selezione, aveva offerto il miglior ribasso pari al 18,35%.

La MARANO, che si è classificata al secondo posto della graduatoria finale della selezione, contesta la legittimità dell'intervenuta aggiudicazione in favore della P.Q. EDILIZIA, dal momento che quest'ultima avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per violazione dell'art. 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 162, nella parte in

cui impone, al comma 1, a tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza ed al direttore tecnico di ciascun concorrente di rendere la prescritta dichiarazione in via sostitutiva (ai sensi del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445) circa il possesso dei requisiti generali di partecipazione alle gare. Sostiene infatti la società ricorrente che, all'esito di una visura del registro delle imprese, l'amministrazione della P.Q. EDILIZIA risulta essere correntemente esercitata da un consiglio di amministrazione, sicché tutti i componenti, quali amministratori, avrebbero dovuto rendere la prescritta dichiarazione con riferimento al possesso dei requisiti indicati nelle lettere da a) a m-quater) del richiamato art. 38, comma 1, del Codice dei contratti pubblici.

In realtà la P.Q. EDILIZIA nel partecipare alla gara ha reso detta completa "dichiarazione nella sola persona del Sig. Quintino Pallante, limitandosi l'altro coamministratore Oriente Lucia e il Consigliere di amministrazione Iannitto Giusj, a rendere esclusivamente le dichiarazioni di cui alle lettere "b" e "c". (così, testualmente, a pag. 4 del ricorso introduttivo).

La ricorrente poi precisa che, a tutto voler concedere, l'amministratore delegato, Signora Oriente Lucia, munito di poteri di rappresentanza, avrebbe in ogni caso e comunque dovuto rendere, a pena di esclusione, altresì la dichiarazione di cui alla lettera "m-ter" che, a rigor di norma, fa espressamente richiamo alla lettera "b" del medesimo art. 38, 1° comma" (così, ancora e testualmente, a pag. 4

del ricorso introduttivo).

A tali censure la MARANO aggiungeva, a dimostrazione dell'illegittima aggiudicazione della gara in favore dell'odierna ditta controinteressata, che quest'ultima, pur proponendo un ribasso dell'importo a base d'asta della non indifferente percentuale pari al 18,53%, anticipava alla stazione appaltante, con la domanda di partecipazione, che avrebbe sub-appaltato i lavori da eseguirsi nella percentuale del 26%. Tali circostanze avrebbero dovuto indurre l'Amministrazione procedente a chiedere le giustificazioni idonee a provare la congruità di una offerta così costruita, rispetto alla quale appare legittimo dubitare della sua non anomalia; sicché la mancata sottoposizione a tale verifica dell'offerta presentata dalla P.Q. EDILIZIA rende l'aggiudicazione affetta dall'ulteriore vizio di eccesso di potere.

Per entrambi i motivi la ricorrente chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata, con conseguente aggiudicazione in suo favore e relativa stipula del contratto d'appalto, dovendosi dichiarare l'inefficacia di quello, eventualmente e nelle more, stipulato tra l'Amministrazione comunale e la P.Q. EDILIZIA. In ogni caso la MARANO chiedeva la condanna del Comune di Roma a rifondere i danni da essa subiti.

2. – Si è costituita in giudizio Roma Capitale contestando analiticamente le avverse prospettazioni e chiedendo, sul presupposto della legittimità del provvedimento impugnato e del

corretto comportamento assunto dagli Uffici nella specie, la reiezione del gravame.

In particolare la difesa comunale ricorda come anche il bando di gara sia stato esplicito nel prescrivere che fosse necessaria una sola dichiarazione per impresa concorrente (adempimento che nella specie si è verificato, atteso che la stessa ricorrente ammette che la dichiarazione completa si è avuta da parte del Presidente del consiglio di amministrazione della P.Q. EDILIZIA Signor Quintino Pallante), mentre per gli altri soggetti tenuti alla dichiarazione ex art. 38 del Codice dei contratti pubblici essi avrebbero potuto “limitare tale dichiarazione alle sole ipotesi di cui al comma 1, lett. b) e c)” (così, testualmente, a pag. 3 della memoria di costituzione nonché a pag. 2 del bando di gara versato in atti).

3. – Si è costituita in giudizio la P.Q. EDILIZIA contestando analiticamente le avverse affermazioni e specificando che correttamente essa ha partecipato alla gara rendendo le dichiarazioni per come prescritto dal bando.

In particolare la società controinteressata ricorda che:

- il Signor Quintino Pallante, quale legale rappresentante della P.Q. EDILIZIA ha reso la dichiarazione prescritta dall'art. 38, comma 1, del Codice dei contratti pubblici in modo completo e con riferimento a tutte le prescrizioni indicate nelle lettere che distinguono l'elenco delle dichiarazioni imposte dal citato art. 38, comma 1;

- la Signora Lucia Oriente, nella sua qualità di amministratore delegato ha reso le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c);

- la Signora Giusj Iannitto, nella sua veste di semplice consigliere di amministrazione, non avrebbe dovuto rendere alcuna dichiarazione, né per previsione normativa né per indicazioni discendenti dalla lex specialis di gara.

Neppure coglierebbe nel segno, ad avviso della controinteressata, la censura dedotta con riferimento alla mancata sottoposizione al giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla P.Q. EDILIZIA, non sussistendo, né in punto di diritto né in punto di fatto, i necessari presupposti di obbligatorietà.

Successivamente, con atto tempestivamente notificato e depositato in giudizio, la P.Q. EDILIZIA ha spiegato ricorso incidentale "al dichiarato ed esclusivo fine di minare l'interesse al ricorso della Marano Romana Edil Srl" (così, testualmente, a pag. 3 del ricorso incidentale), sostenendo che proprio la MARANO è incorsa nella violazione dell'art. 38 qui più volte citato non avendo il direttore tecnico della società oggi ricorrente reso la dichiarazione ai sensi della lett. m-ter) del suddetto articolo.

Chiarisce la ricorrente incidentale che, in seguito ad istanza di accesso documentale, essa ha potuto verificare che il direttore tecnico Signor Giovanni Marano non ha reso la dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-ter) per come espressamente

richiesto dallo stesso art. 38; dovendosi considerare tale disposizione eterointegratrice della disciplina di gara qualora essa non ne riporti il contenuto, ne consegue che la MARANO avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, sicché, per ulteriore conseguenza, il ricorso da essa proposto andrebbe dichiarato inammissibile.

4. - Con ordinanza n. 2086 del 9 giugno 2011 questo Tribunale ha ritenuto la sussistenza dei presupposti per fissare, ai sensi dell'art. 119, comma 3, c.p.a., l'udienza per la discussione del merito dei ricorsi proposti.

Tutte le parti hanno depositato ulteriori memorie confermando le già rassegnate conclusioni.

All'udienza di merito del 13 luglio 2011 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

5. - In attuazione del recente avviso interpretativo espresso nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011 n. 4 (a mente della quale: a) il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura; b) detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'Amministrazione resistente; c) l'esame prioritario del ricorso

principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità), il Collegio non può che esaminare in via preliminare la fondatezza o meno del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata P.Q. EDILIZIA.

Quest'ultima sostiene che il direttore tecnico della odierna ricorrente MARANO, Signor Giovanni Marano, non ha reso la dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-ter), del Codice dei contratti pubblici.

La MARANO dal canto suo, con note difensive depositate in vista dell'udienza pubblica, ha chiarito che:

- a) il legale rappresentante della società, Signor Michele Marano, ha reso correttamente la propria dichiarazione ex art. 38, comma 1, del richiamato Codice, anche con riferimento al disposto della lettera m-ter);
- b) dalla lettura della certificazione del registro delle imprese risulta che il Signor Michele Marano è anche direttore tecnico;
- c) conseguentemente il Signor Michele Marano ha reso la suddetta dichiarazione sia come rappresentante legale che come direttore tecnico della MARANO;
- d) il Signor Giovanni Marano, anch'egli direttore tecnico della MARANO, ha reso dichiarazione meramente aggiuntiva a quella del Signor Michele Marano;
- e) né può rilevare la circostanza che la P.Q. EDILIZIA abbia

contestato, per la prima volta con il ricorso incidentale, la mancata espressa indicazione nel bando di gara dell'obbligo imposto dalla norma contenuta nell'art. 38, comma 1, lett. m-ter), del Codice dei contratti pubblici a pretendere la dichiarazione (anche) dai direttori tecnici delle ditte concorrenti di non aver mai mancato di denunciare, essendone a conoscenza, quei comportamenti illeciti posti in essere da terzi dei quali siano stati vittima, atteso che tale censura deve ritenersi tardiva.

Per tali ragioni, ad avviso della MARANO, il ricorso incidentale della P.Q. EDILIZIA non può trovare positiva accoglienza nell'ambito del presente giudizio rispetto al quale, al contrario, ben può dimostrarsi l'illegittimo affidamento del contratto oggetto di appalto in favore della P.Q. EDILIZIA.

6. – Il Collegio, nell'esame del ricorso incidentale, deve prendere le mosse dalla verifica in ordine all'assenza o meno di una espressa previsione nella lex specialis di gara che imponesse ai concorrenti di produrre la dichiarazione dei direttori tecnici in merito alla previsione di cui all'art. 38, comma 1, lett. m-ter), del Codice.

La lettera di invito trasmessa alle ditte concorrenti dall'Amministrazione comunale precedente ebbe genericamente a prescrivere, nel paragrafo "REQUISITI DI AMMISSIONE", che per poter partecipare alla gara i concorrenti – a pena di esclusione – avrebbero dovuto presentare, tra l'altro e per quanto è qui di interesse la "dichiarazione del titolare o del/i legale/i

rappresentante/i dell'impresa di non trovarsi in alcuna delle cause di esclusione previste dall'art. 38, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m) m-bis), m-ter), m-quater) del D.Lgs. n. 163/2006; nonché l'indicazione di eventuali condanne per le quali il dichiarante abbia beneficiato della non menzione; gli altri soggetti – socio/i direttore/i tecnico/i – indicati nel suddetto art. 38, dovranno parimenti dichiarare l'insussistenza delle cause di esclusione di cui al citato articolo, potendo limitare tale dichiarazione alle sole ipotesi di cui al comma 1, lett. b) e c) di detto articolo; nonché l'indicazione di eventuali condanne per le quali il dichiarante abbia beneficiato della non menzione; la suddetta dichiarazione dovrà contenere, oltre alla partita I.V.A. e al codice fiscale dell'Impresa, tutti gli elementi necessari all'individuazione dell'Impresa, nonché i nominativi del/i Titolare/i, Rappresentante/i Legale/i e Direttore/ Tecnico/i”.

Orbene, appare evidente che la lex specialis di gara, mentre obbligava il rappresentante legale a fornire una dichiarazione completa con riferimento a quanto indicato nelle varie lettere che compongono il comma 1 del più volte citato art. 38 del Codice, consentiva agli “altri soggetti” (vale a dire il socio e il direttore tecnico) di limitare la dichiarazione alle sole ipotesi descritte nelle lettere b) e c) del ridetto comma 1. Nulla disponeva con riguardo agli obblighi dichiarativi dei suddetti “altri soggetti” con riferimento alla disposizione contenuta nell'art. 38, comma 1, lett. m-ter) ed alla relativa dichiarazione.

In punto di fatto va rilevato, per quel che risulta dalla

documentazione prodotta in atti, che:

- il Signor Michele Marano, nella sua qualità di amministratore unico e rappresentante legale della MARANO ha reso dichiarazione, ai sensi degli artt 46, 47 e 76 del D.P.R. n. 445 del 2000, di non trovarsi in alcuna delle condizioni di cui all'art. 38, comma 1, lettere da a) a m-quater), del Codice dei contratti pubblici;
- lo stesso Signor Michele Marano ha reso poi una ulteriore e più specifica dichiarazione indicando quale socio e direttore tecnico della MARANO il Signor Giovanni Marano, ma senza formulare alcuna specifica dichiarazione con riguardo a quest'ultimo;
- il Signor Giovanni Marano, in qualità di direttore tecnico della MARANO ha reso dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c), del Codice, ma non anche ai sensi della lett. m-ter).

7. – In punto di diritto va preliminarmente respinta l'eccezione di tardività formulata dalla MARANO rispetto ad un dirimente profilo del principale motivo dedotto nel ricorso incidentale dalla P.Q. EDILIZIA, assumendo la MARANO che la censura svolta nei confronti del bando di gara sia tardiva.

La MARANO, infatti, sostiene che la deduzione relativa alla illegittimità della lettera di invito per la mancata indicazione della obbligo di rendere la dichiarazione da parte dei direttori tecnici con riferimento anche a quanto previsto nell'art. 38, comma 1, lett. m-ter), del Codice avrebbe dovuto proporsi nel termine di decadenza di trenta giorni dalla conoscenza del bando (*rectius*, lettera di invito), in

quanto norma immediatamente pregiudizievole.

Ritiene il Collegio che tale eccezione non colga nel segno in quanto, come è noto, le disposizioni recate dalla lex specialis di gara debbono essere necessariamente impugnate recta via e nel termine di decadenza di trenta giorni dalla loro piena conoscenza solo quando rechino previsioni impeditive alla partecipazione alla selezione della ditta che intende farne valere in via giudiziale la illegittimità (giurisprudenza ormai costante. Cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2011 n. 2671, secondo cui “L'onere per l'impresa di impugnare tempestivamente gli atti della procedura di evidenza pubblica, ad eccezione dell'esclusione dalla gara o delle clausole del bando immediatamente preclusive della partecipazione alla gara stessa, sorge in presenza dell'aggiudicazione definitiva”). Viceversa e come avviene nel caso in esame, nell'ipotesi in cui la disposizione recata dall'atto contenente la disciplina di gara ed asseritamente illegittima manifesta la propria portata pregiudizievole solo in un secondo tempo, essa potrà essere validamente e tempestivamente gravata in uno con l'atto applicativo pregiudizievole. Ciò in particolare nel caso in cui, come avviene qui per la ricorrente incidentale, la necessità di sostenere l'eventuale illegittimità della disciplina di gara sorga in capo alla aggiudicataria per effetto del gravame incidentalmente proposto nei confronti dell'atto di aggiudicazione definitiva da parte di altra concorrente, laddove se tale impugnazione non vi fosse stata alcun pregiudizio sarebbe mai

derivato alla ridetta aggiudicataria dalle disposizioni della *lex specialis* di gara oggetto di contestazione.

La censura principale proposta dalla società ricorrente incidentale, con riferimento al profilo di contestazione circa la legittimità delle regole di gara contenute nella lettera di invito, è dunque tempestiva.

8. - Sotto il profilo della tecnica di confezionamento della censura in questione il Collegio intende rimarcare come, dall'attento esame dell'atto recante il ricorso incidentale, si evidenzi l'intenzione della P.Q. EDILIZIA non tanto di dimostrare *tout court* l'illegittimità della lettera di invito per non aver imposto ai direttori tecnici di dichiarare, oltre a quanto previsto nelle lett. b) e c) dell'art. 38, comma 1, del Codice, anche quanto indicato nella successiva lett. m-ter), quanto piuttosto di invocare l'applicazione del meccanismo di eterointegrazione della disciplina di gara, stante "la natura di ordine pubblico delle norme (...) contenute" nell'art. 38, commi 1 e 2 del Codice (cfr. pag. 5 del ricorso incidentale).

A sostegno e conforto di tale circostanza la P.Q. EDILIZIA richiama un precedente giurisprudenziale recente (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 7 giugno 2010 n. 7203) ad avviso del quale l'obbligo di cui alla suddetta specifica dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. m-ter), del Codice:

- "discenda direttamente dalla legge, ed in particolare dallo stesso art. 38, commi 1 e 2 del Codice dei contratti, con efficacia eterointegrante il bando di gara, attesa la natura di ordine pubblico

delle norme ivi contenute, volte a garantire - in prima battuta per il tramite delle dichiarazioni sostitutive rese in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 - la serietà e la professionalità delle imprese partecipanti alla gara, nonché l'immediata possibilità per la stazione appaltante di apprezzarla per il tramite proprio del controllo delle dichiarazioni sostitutive ivi previste;

- tra queste dichiarazioni vi è anche quella di cui all'art. 38, comma 1, lett. m-ter) che, per il tramite del rinvio di cui alla lettera b) dello stesso articolo, deve essere resa anche dai direttori tecnici delle imprese partecipanti alla gara;

- ne consegue che, anche a prescindere dell'espressa menzione del predetto obbligo in capo ai direttori tecnici nel corpo della lettera d'invito, esso deve ritenersi discendere direttamente dalla normativa pubblicistica sopra richiamata”

9. – La censura dedotta dal ricorrente incidentale coglie nel segno ad avviso del Collegio, tenuto conto anche del condivisibile precedente giurisprudenziale citato, peraltro seguito da ulteriori conferme [cfr., ad esempio e con riferimento alla dichiarazione di cui alla lett. m-ter), T.A.R. Veneto, Sez. I, 4 ottobre 2010 n. 5269 nonché T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 28 aprile 2011 n. 79, questa volta con riferimento alla dichiarazione di cui alla lett. l)], in quanto:

A) l'art. 38, comma 1, alla lett. b), individua tra coloro che debbono rendere la dichiarazione di non trovarsi nella condizione di colui “nei

cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575" anche ed espressamente il direttore tecnico della ditta partecipante alla gara;

B) l'art. 38, comma 1, lett. m-ter), fa esplicito richiamo alla lettera b) del medesimo comma per richiamare l'attenzione su coloro che debbono rendere la dichiarazione in ordine all'assenza di episodi di mancata denuncia di fatti illeciti commessi a loro danno, includendovi dunque, tra gli altri, i direttori tecnici dell'impresa.

In argomento il Collegio non ignora che l'orientamento giurisprudenziale prevalente - ed in ordine al quale non vi è necessità di discostarsi - ha chiarito che:

1) le dichiarazioni da rendere ai sensi dell'art. 38, del decreto legislativo n. 163 del 2006 e, in precedenza, dall'art. 75 comma 1 lett. c) del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (per i lavori), dall'art. 12 del decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157 (per i servizi) e dall'art. 11 del decreto legislativo 24 luglio 1992 n. 358 (per le forniture), compresa quella riguardante la posizione dell'amministratore o rappresentante deceduto nel triennio, sono obbligatorie (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 18 gennaio 2011 n. 70 e 1 marzo 2010 n. 1206);

2) l'art. 38, lett. b) e c), del Codice dei contratti pubblici, che recepisce sostanzialmente le disposizioni previgenti, va interpretato

(cfr. Cons. stato, Sez. V, 7 ottobre 2009 n. 6114 e Cons. giust. reg. Sic. 11 aprile 2008 n. 312) nel senso che: a) per le società e gli enti l'obbligo di dichiarare l'assenza del c.d. "pregiudizio penale" concerne tutti i soggetti, in atto, muniti dei poteri di rappresentanza, anche institoria o vicaria, ovvero il direttore tecnico, nonché tutti i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando, indipendentemente dalla circostanza che non abbiano materialmente speso i loro poteri nella specifica gara; b) tale obbligo, espressivo di principi fondamentali di ordine pubblico, in caso di previsioni generiche della *lex specialis*, ne consente la eterointegrazione, ove manchino clausole esplicite con esso contrastanti; c) l'obbligo della dichiarazione può ritenersi assolto dal legale rappresentante dell'impresa, con la specifica indicazione degli altri soggetti in carica, muniti di rappresentanza, immuni dai c.d. "pregiudizi penali";

3) l'art. 38 citato, dunque, impone, a pena di esclusione dalla gara (cfr., ex multis, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 15 marzo 2010 n. 2915 e T.A.R. Piemonte, Sez. II, 5 marzo 2010 n. 1426), la dichiarazione, con riferimento a tutti i soggetti ivi previsti, dell'assenza di tutti gli elementi ostativi espressamente ed analiticamente ivi indicati [e non solo di quelli relativi ai pregiudizi penali di cui alle lettere b) e c)], anche in caso di mancata espressa previsione del bando di gara, attesa la natura di ordine pubblico dell'obbligo in questione (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 4 dicembre 2008 n. 1565 e T.A.R.

Sardegna, Sez. I, 14 febbraio 2008 n. 190). E tanto perché "le predette dichiarazioni sono richieste per una finalità che non è solo di garanzia sull'assenza di ostacoli pure di natura etica all'aggiudicazione del contratto, ma anche per una ordinaria verifica sull'affidabilità dei soggetti partecipanti: la concreta carenza di condizioni ostative costituisce un elemento successivo rispetto alla conoscenza di una situazione di astratta sussistenza dei requisiti morali e giuridici che lambiscono in modo determinante la professionalità degli amministratori" (così, testualmente, Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009 n. 3742).

10. - Fermo quanto sopra, nel caso di specie si è assistito ai seguenti adempimenti documentali con riferimento alla gara in questione da parte della MARANO (per quel che emerge dagli atti depositati in giudizio dalla stessa società ricorrente):

A) con un primo atto del 10 febbraio 2011, il rappresentante legale Signor Michele Marano ha espresso la dichiarazione con riferimento a tutte le previsioni elencate nelle lettere da a) a m-quater), per sé e con riguardo alla sua posizione societaria;

B) con un secondo atto, emesso in pari data rispetto al precedente, egli ha solo indicato il nominativo del direttore tecnico e socio Signor Giovanni Marano che, oltre a lui, è indicato in tale qualità nel registro delle imprese, senza esprimere alcuna dichiarazione ai sensi dell'art. 38 del Codice a quest'ultimo riferibile;

C) il direttore tecnico e socio Signor Giovanni Marano ha poi

formulato la propria dichiarazione, con atto sempre del 10 febbraio 2011, senza però riguardarvi la previsione dell'art. 38, comma 1, lett. m-ter), del Codice e limitandola espressamente alle ipotesi descritte alle lett. b) e c).

In ciò dunque si radica il deficit partecipativo della MARANO puntualmente disvelato dal ricorrente incidentale [d'altronde e paradossalmente, la stessa MARANO ha sostenuto che identico deficit partecipativo affliggerebbe la presenza in gara dell'odierna controinteressata sostenendo proprio l'obbligatorietà della dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-ter) del Codice a carico di coloro che assumono ruoli decisionali nell'ambito della ditta concorrente, giacché quella previsione "a rigor di norma, fa espresso richiamo alla precedente lettera "b" del medesimo art. 38, 1° comma" (così, testualmente, a pag. 4 del ricorso introduttivo proposto dalla MARANO)].

L'odierna ditta ricorrente, seconda classificata, all'atto della partecipazione ha presentato la dichiarazione riferita al direttore tecnico Signor Giovanni Marano espressa limitatamente alle ipotesi di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del Codice e non anche con riguardo alla ipotesi descritta alla lettera m-ter), non provvedendo neppure a colmare tale lacuna dichiarativa per il tramite dell'intervento ex D.P.R. 445 del 2000 – e secondo l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato – del rappresentante legale della società Signor Michele Marano.

Ciò comporta che la MARANO doveva essere esclusa dalla gara e che il ricorso da essa proposto nei confronti dell'aggiudicazione definitiva intervenuta in favore della P.Q. EDILIZIA, per effetto della accertata fondatezza del ricorso incidentale (sotto il profilo appena scrutinato ed assorbente degli altri motivi pure dedotti con tale gravame) e di quanto specificato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 4 del 2011 (in particolare nel passaggio in cui ha affermato che "l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. Tale esito rimane fermo in tutti i casi in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è definitivamente accertata, sia per inoppugnabilità dell'atto di esclusione, sia per annullamento dell'atto di ammissione"), va dichiarato inammissibile.

11. – In ragione di quanto sopra e per effetto dell'accertata fondatezza della principale censura dedotta con il ricorso incidentale, quest'ultimo va accolto e, conseguentemente, va dichiarata la inammissibilità del ricorso principale.

Tenuto conto della peculiarità e novità delle questioni sottese alla presente decisione nonché del non ben definito quadro disciplinare recato dalla lex specialis di gara, le spese di giudizio vanno poste a carico della sola Amministrazione comunale ed in favore della società ricorrente incidentale in ragione del principio della soccombenza, ai sensi dell'art. 91 c.p.c., per come richiamato dall'art.

26, comma 1, c.p.a., stimando equo ad avviso del Collegio liquidarle nella misura complessiva di € 3.000,00 (euro tremila/00). Cionondimeno può disporsi la compensazione integrale delle spese di lite con riferimento alla società ricorrente principale, per le ragioni testé espresse, in applicazione dell'art. 92 c.p.c. novellato, per come richiamato dall'art. 26, comma 1, c.p.a..

P.Q.M.

pronunciando in via definitiva sul ricorso indicato in epigrafe, accoglie il ricorso incidentale e dichiara inammissibile il ricorso principale.

Condanna Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, a rifondere le spese del presente giudizio in favore della ricorrente incidentale P.Q. Edilizia e Strade S.r.l., in persona del rappresentante legale pro tempore, che liquida in complessivi € 3.000,00 (euro tremila/00), oltre accessori come per legge.

Spese compensate nei confronti della Marano romana edili S.r.l..

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del 13 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/08/2011

IL SEGRETARIO

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