



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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;  
sul ricorso numero di registro generale 1838 del 2013, proposto da:  
Setten Genesis Spa, Lares - Lavori Restauro Srl, Lithos Srl, Fiel Spa, rappresentati  
e difesi dall'avv. Diego Signor, con domicilio eletto presso Francesco Acerboni in  
Mestre-Venezia, via Torino, 125;

***contro***

Scuola della Misericordia di Venezia Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Paolo  
Pettinelli, Federico Bertoldi, con domicilio eletto presso Paolo Pettinelli in Mestre-  
Venezia, Piazzale Leonardo Da Vinci, 8/A;

***nei confronti di***

Impresa Costruzioni Enrico Pasqualucci Srl, Costruzioni e Restauri G. Salmistrari  
Srl;

***per l'annullamento***

dell'atto di esclusione della parte ricorrente dalla gara per la selezione di un'impresa  
per l'esecuzione dei lavori edili, impiantistici e di restauro dell'edificio della Scuola

Grande della Misericordia di Venezia indetta da Scuola della Misericordia di Venezia Spa; del verbale della "Commissione Giudicatrice" relativo alla seduta pubblica di gara del 13.11.2013 nella parte in cui viene disposta l'esclusione della parte ricorrente dalla procedura di gara; del verbale della Commissione Giudicatrice relativo alla seduta pubblica di gara del 15.11.2013 nella parte in cui viene confermata l'esclusione della parte ricorrente dalla procedura di gara; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Scuola della Misericordia di Venezia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2014 il dott. Claudio Rovis e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

considerato

che sussiste la giurisdizione esclusiva dell'intestato Tribunale atteso che, ogni qual volta i concessionari di lavori pubblici che non siano amministrazioni aggiudicatrici – così si è qualificata la “Scuola della Misericordia di Venezia spa” e, comunque, tale qualificazione non è oggetto di contestazione – affidano a terzi l'appalto dei lavori oggetto della concessione (è irrilevante, a tal proposito – stante la chiara enunciazione della norma e la mancanza di ulteriori precisazioni - che l'affidamento a terzi sia discrezionale o imposto ai sensi dell'art. 146 del DLgs n. 163/2006), sono tenuti, ai sensi dell'art. 142, IV comma del codice dei contratti, all'osservanza della sezione IV del capo II del medesimo codice, nonché, in quanto compatibili, delle disposizioni della parte I (sui principi), parte IV (sul contenzioso), parte V (norme di coordinamento, finali e transitorie) e della parte

II, titolo I e titolo II limitatamente a pubblicità dei bandi, termini delle procedure, requisiti generali e qualificazione degli operatori economici, subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza: in conclusione, dunque, mentre il concessionario che sia amministrazione aggiudicatrice/organismo di diritto pubblico è sempre tenuto al rispetto delle procedure di evidenza pubblica nell'individuazione dell'aggiudicatario dei lavori, il concessionario che, invece, non sia amministrazione aggiudicatrice è tenuto al rispetto delle procedure di evidenza pubblica solo nei limiti della quota entro cui sia obbligato (ex art. 146), ovvero decida autonomamente, ad esternalizzare i lavori, con affidamento a terzi. Ne consegue che le relative controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, I comma, lett. e) del DLgs n. 104/2010;

che, ciò precisato, l'esclusione della ricorrente dalla procedura concorsuale – disposta dal concessionario per mancata allegazione delle dichiarazioni antimafia da parte dei membri dei collegi sindacale e dei revisori e dei familiari conviventi - è illegittima per violazione dell'art. 46, comma I e I-bis del codice, applicabile, come si è detto, in virtù del richiamo contenuto nel successivo art. 142, IV comma. Se è vero, infatti, che – pur in disparte la non inequivoca formulazione usata dal bando (punto IV.2.1) e dal disciplinare (artt. 2, lett. “b” e 7.1.A.7) che richiedevano, genericamente, di allegare la “dichiarazione sostitutiva antimafia redatta secondo le vigenti disposizioni di legge” - le dichiarazioni rese dal costituendo raggruppamento ricorrente sono incomplete alla stregua delle prescrizioni contenute nell'art. 85 del DLgs n. 159/2011 (con riferimento ai commi 2-bis e 3), è altresì vero che le dichiarazioni stesse non sono mancanti: è orientamento giurisprudenziale consolidato che nelle gare pubbliche di appalto l'art. 46 DLgs n. 163/06, nel disporre che le amministrazioni invitano, se necessario, le ditte partecipanti a fornire chiarimenti e ad integrare la carente documentazione

presentata, non ha inteso assegnare alle amministrazioni una mera facoltà o un potere eventuale, ma ha inteso codificare un ordinario modo di procedere volto a fare valere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione, senza che l'esercizio di tale facoltà possa configurare una violazione della par condicio dei concorrenti rispetto ai quali, al contrario, assume rilievo l'effettività del possesso del requisito (cfr., ex pluribus, TAR Veneto, I, 20.11.2012 n. 1422). Nel caso di specie, dunque, sarebbe stato corretto e ragionevole il ricorso del concessionario al potere di integrazione documentale di cui all'art. 46 cit., atteso che le dichiarazioni antimafia rese dalle imprese partecipanti al costituendo raggruppamento erano non già del tutto mancanti ma, piuttosto, incomplete e, quindi, suscettibili di essere completate. Ma la disposta esclusione dalla gara viola anche l'art. 46, comma I-bis del codice, che 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”: nessuna norma del codice dei contratti e del connesso regolamento, del codice antimafia o di altra legge impone, infatti, ai concorrenti di una gara di appalto di produrre l'autocertificazione antimafia con riferimento ai componenti dei collegi sindacale e dei revisori ed ai rispettivi familiari;

che, dunque, il ricorso è fondato e va accolto, le spese potendo essere compensate in ragione della particolarità della controversia, escluso il contributo unificato che va posto a carico delle parti resistenti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate, eccetto il contributo unificato che va posto a carico dei resistenti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere, Estensore

Roberto Vitanza, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2014

IL SEGRETARIO

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