



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5974 del 2011, proposto da:
Castellano Costruzioni Generali S.r.l. in proprio e nella qualità di
capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo con GEA
S.r.l. - Geologia Energia Ambiente e da GEA S.r.l. in proprio e quale
mandante del raggruppamento, rappresentate e difese dagli avvocati
Vito Agresti e Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo
Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

la Provincia di Matera, rappresentata e difesa dall'avv. Rosina
D'Onofrio, con domicilio eletto presso Monica Basta in Roma, via
Cicerone 49;

nei confronti di

RO.MAL.COS. S.p.a. in proprio e nella qualità di capogruppo del
costituendo raggruppamento temporaneo con CE.ME.A. S.r.l.,

rappresentata e difesa dall'avv. Felice Eugenio Lorusso, presso il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Cola di Rienzo 271;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. BASILICATA - POTENZA: SEZIONE I n. 00360/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA GARA APPALTO LAVORI DI COLLEGAMENTO "ROTONDELLA - SINNICA". - MCP

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Matera e della RO.MAL.COS. S.p.a nella qualità in atti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2012 il Consigliere di Stato Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Vito Agresti, Angelo Clarizia, Rosina D'Onofrio e Felice Eugenio Lorusso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con bando del 7 ottobre 2010, la Provincia di Matera indiceva una gara per l'affidamento dei lavori del "collegamento Rotondella - Sinnica – recupero della traversa di S. Laura sul Fiume Sinni".

L'importo a base di gara era di euro 6.000.000,00.

Il metodo di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Presentavano offerta otto concorrenti, tra le quali, l'a.t.i. tra RO.MAL.COS. s.p.a. e Ce.Me.A. s.r.l. (d'ora innanzi solamente Romalcos) e l'a.t.i. tra Castellano Costruzioni Generali s.r.l. e GEA s.r.l. (d'ora innanzi solamente Castellano).

Quest'ultima conseguiva il punteggio più elevato di 71,299 e veniva dichiarata aggiudicataria con determinazione n. 893 del 30 marzo 2011.

Romalcos, seconda graduata con il punteggio di 65,467, con ricorso al TAR Basilicata, impugnava la suddetta determinazione di aggiudicazione della gara, deducendo violazioni della *lex* di gara e del d. lgv. n. 163 del 2006, sotto diversi profili.

L'a.t.i. Castellano proponeva ricorso incidentale, con cui deduceva l'illegittima ammissione alla procedura dell'a.t.i. ricorrente per carenze documentali.

Con sentenza resa in forma breve ai sensi dell'art. 60 c.p.a., il TAR Basilicata respingeva tutti i motivi del ricorso incidentale proposto dall'a.t.i. Castellano e accoglieva il ricorso principale proposto da Romalcos, ritenendo fondata la censura relativa alla asserita omessa dichiarazione di due condanne penali passate in giudicato da parte del direttore tecnico dell'associata GEA.

2.- Castellano e GEA hanno proposto l'appello qui in esame, con il quale chiedono l'annullamento o la riforma della sentenza del TAR Basilicata perché erronea per vizio *in iudicando*, in relazione a tutte le doglianze proposte con il ricorso incidentale e riproposte con l'atto di appello.

La Provincia di Matera si è costituita in giudizio ed ha chiesto la riforma della sentenza appellata, condividendo, in adesione alla prospettazione delle appellanti, l'erroneità della sentenza, nella parte in cui ha ritenuto fondato il motivo dedotto da Romalcs. e accolto dal TAR, relativo alla omessa dichiarazione da parte di GEA delle sentenze di condanna riportate dal suo direttore tecnico.

Si è costituita in giudizio l'a.t.i. Ro.Mal.Cos. s.p.a. – Ce.Me.A. s.r.l. che ha chiesto il rigetto dell'appello.

Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e, alla pubblica udienza del 31 gennaio 2012, il giudizio è stato assunto in decisione.

3.- L'appello è infondato e va respinto.

4.- Con il primo motivo di appello è dedotta la violazione della *lex specialis* di gara e dell'art. 38, comma 1, lett. m –*quater* e comma 2 del d. lgv. n. 163 del 2006, in quanto Romalcos avrebbe omesso di dichiarare di non trovarsi in una situazione di controllo ex art. 2359 cod. civ. nei confronti di altra partecipante alla medesima procedura.

La censura è infondata.

Romalcos, utilizzando l'apposito modello allegato A/1 al bando, oltre a barrare la casella predisposta sul punto, ha dichiarato “*di trovarsi rispetto ad altro soggetto non partecipante alla gara in una situazione di controllo, come controllante (...) e quindi di aver formulato l'offerta autonomamente e che il soggetto con cui sussiste tale situazione è Corso Italia s.c.a.r.l.....*”.

La totale completezza della dichiarazione e l'assoluta conformità alle disposizioni di legge, toglie pregio alla censura dell'appellante che si

manifesta in tutta la sua pretestuosità.

Non è esatto, quindi, l'assunto dell'appellante, secondo cui il TAR avrebbe colmato la lacuna della dichiarazione, deducendo da essa che il rapporto con la Corso Italia s.c.a.r.l. costituisse l'unico rapporto di controllo, poiché al contrario la dichiarazione risulta formulata in maniera esaustiva e chiara.

5.- Con il secondo motivo, si assume che l'a.t.i. Romalcos avrebbe violato le disposizioni dell'art. 38, comma 1, lett. b e comma 2 del d. lgv. n. 163 del 2006 e delle disposizioni del bando, in quanto l'associata Ce.Me.A. avrebbe circoscritto la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lettere b) e c) dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la partecipazione alla gara, al solo periodo in cui i soggetti destituiti rivestivano cariche societarie.

Trattasi di circostanza erronea in fatto, come già rilevato dal TAR.

Ce.Me.A., infatti, non solo ha dichiarato l'assenza di sentenze penali di condanna nei confronti dei procuratori destituiti nel periodo in cui ricoprivano cariche societarie, ma ha anche precisato che *“nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando non vi sono soggetti cessati dalle cariche societarie indicate dall'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgv. 12.04.2006, n. 163..”*.

Orbene, l'art. 38, comma 1, lettere b) e c), per le società di capitali, nell'enumerare i soggetti, compresi quelli cessati dalla carica nel triennio precedente, la cui presenza determina l'esclusione dalla gara qualora siano destinatari di sentenze di condanna penali e procedimenti per l'applicazione di misure di sicurezza, fa espresso

riferimento agli amministratori muniti di potere di rappresentanza, nonché ai direttori tecnici, tralasciando del tutto i procuratori, cui, invece, fa riferimento parte appellante.

Il bando di gara riproduce tale disposizione, con unica variante di estendere l'obbligo della dichiarazione ai *“procuratori qualora sottoscrittori delle dichiarazioni costituenti la documentazione amministrativa e/o l'offerta”*.

Ne consegue la corrispondenza della dichiarazione resa da Ce.Me.A. a quanto espressamente richiesto dal bando di gara.

Né può essere condivisa la tesi dell'appellante, secondo la quale la disposizione del bando concretizzerebbe un obbligo astratto desumibile dalla legge di indicazione della posizione dei procuratori, non sussistendo alcuna disposizione di legge in tal senso.

Quanto al richiamo al precedente giurisprudenziale di cui alla sentenza della sesta sezione del Consiglio di Stato n. 3655 del 2011, essa si riferisce a situazione di fatto diversa da quella qui in esame, in cui i procuratori della società partecipanti alla gara erano titolari di poteri rappresentativi e gestionali di notevole ampiezza. Addirittura, essi avevano sottoscritto l'offerta tecnica ed economica e risposto personalmente ad alcuni chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante.

Trattasi, quindi, di situazione priva di attinenza con quella in esame, in cui la disposizione del bando indicava tassativamente i soggetti obbligati alla dichiarazione ex art. 38, comma 1, lettere b) e c). Tale disposizione del bando, peraltro, non è stata impugnata dall'appellante.

5.- Privo di pregio è anche l'assunto delle appellanti, secondo il quale la sentenza del TAR sarebbe erronea nella parte in cui ha ritenuto che *“pur prescindendo dalla circostanza che l'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgv. n. 163/2006 con riferimento alle società di capitali, riferisce il requisito di ordine generale, di non aver riportato condanne per reati che incidono sulla moralità professionale, soltanto agli amministratori muniti di potere di rappresentanza ed ai Direttori Tecnici e non anche ai procuratori ...va rilevato che l'a.t.i. ricorrente non poteva essere esclusa dalla gara...ma l'Amministrazione committente doveva invitare la Ce.Me.A. a presentare una nuova dichiarazione sostitutiva, attestante l'assenza di condanne per reati, incidenti sulla moralità professionale, a carico dei soggetti, cessati dalle cariche nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, anche nel periodo in cui tali soggetti non avevano rivestito cariche societarie”*.

L'inciso riportato dal Giudice, infatti, non fa riferimento ai procuratori per i quali – come chiarito, né le norme del bando, né quelle di legge richiedevano e richiedono una precisa menzione.

Fa riferimento, invece, a quei soggetti, cessati dalle cariche nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, anche relativamente al periodo in cui tali soggetti non avevano rivestito cariche societarie, purché si tratti (o si sia trattato) di amministratori muniti di poteri di rappresentanza, nonché di direttori tecnici. A tutto concedere il riferimento può riguardare i procuratori purché sottoscrittori della documentazione amministrativa o dell'offerta.

Solo relativamente a questi ultimi, allora, l'amministrazione, secondo il TAR, avrebbe potuto richiedere la documentazione integrativa,

qualora quella prodotta, non avesse recato la dichiarazione di cui all'art. 38, del d. lgv. n. 163 del 2006.

Si tratta però di una possibilità che non sussiste nel caso in esame, avendo Ce.Me.A. illustrato compiutamente la situazione relativa ai soggetti titolari di cariche societarie.

6.- Si assume da parte appellante che la dichiarazione del pregiudizio penale relativo ai soggetti cessati dalla carica, sarebbe, comunque, lacunoso perché il legale rappresentante della Ce.Me.A. avrebbe reso la dichiarazione, senza esplicitare *“per quanto a propria conoscenza”* e senza specificare le circostanze che avrebbero reso eccessivamente gravosa la produzione della dichiarazione da parte dei soggetti interessati, così contravvenendo ad un preciso parere dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici e ad un filone giurisprudenziale che riterrebbe necessario l'inciso *“per quanto a propria conoscenza”*.

Invero, sia l'Autorità che le pronunce giurisprudenziali alle quali fa riferimento parte appellante si riferiscono alla ipotesi di dichiarazione relativa agli amministratori e direttori tecnici cessati dalla carica nel triennio precedente e non già ai procuratori.

7.- Quanto ai profili di merito dell'offerta, differentemente da quanto assumono gli appellanti, l'a.t.i. Romalcos ha osservato le disposizioni del bando di gara.

Invero, è pienamente soddisfatta la prescrizione del punto B.III.2 del bando di gara (Computo Metrico Estimativo), che richiedeva un *“dettagliato computo metrico di tutto il progetto, distinguendolo tra le quantità e le voci non variate e le quantità e le voci variate rispetto al computo metrico posto a*

base di gara”.

Infatti, dal computo prodotto da Romalcos si rileva che le super categorie dalla n. 1 alla n. 8 sono relative alle lavorazioni del *progetto della Stazione Appaltante così come posto a base di gara*; la super categoria n. 9 attiene alle “*varianti in modifica al progetto esecutivo a base di gara*” e la super categoria n. 10 alle “*varianti in aggiunta al progetto esecutivo a base di gara*”.

Il computo metrico è, inoltre, corredato degli importi di ogni singola voce e delle relative incidenze percentuali, con conseguente rispetto di quanto prescritto dal secondo periodo del punto B.III.2 del disciplinare.

Romalcos ha, quindi, prodotto un dettagliato computo metrico estimativo, che riporta al suo interno anche l’indicazione dei lavori a corpo e di quelli a misura e il quadro delle incidenze percentuali delle singole categorie, malgrado il disciplinare non prescrivesse alcun obbligo di suddivisione tra lavori a misura e lavori a corpo, ma soltanto la produzione di dettagliato computo metrico estimativo.

Si tratta, in conclusione, come affermato dal TAR, di censure non corredate da appropriata documentazione e meramente apodittiche.

Non è dato nemmeno rinvenire gli asseriti errori nelle cifre del computo.

8.- Assume ancora parte appellante che l’a.t.i. Romalcos avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara a causa dell’indeterminatezza della proposta, avendo esplicitato e rappresentato le caratteristiche degli interventi previsti nella proposta tecnica presentata, solamente nella

relazione tecnica.

In disparte la circostanza che tale ipotesi non rientra tra le cause di esclusione, le caratteristiche tecniche degli interventi previsti nella proposta si ricavano anche da altri documenti, tra i quali la tavola VC Descrizione Prezzi nuove Lavorazioni Offerte e dalla tavola VD Computo Metrico non estimativo di variante.

A tale ultimo proposito, va evidenziato quanto prescritto dalla *lex specialis* di gara “*si precisa, infine, che, in caso di discordanza, tra gli elaborati costituenti l’offerta tecnica, verranno valutate prioritariamente le indicazioni desumibili dai computi metrici non estimativi, in subordine quelle desumibili dagli elaborati grafici, ed infine, quelle desumibili dai rimanenti elaborati*”.

9.- Va, a tal punto, esaminata la parte del gravame con cui è censurata la sentenza di primo grado, laddove ha ritenuto fondato il primo motivo del ricorso proposto da Romalcos, sulla violazione del punto B.1.3 lettera e) del disciplinare di gara, in relazione alla circostanza che il Direttore tecnico di G.E.A. (associata della Castellano), nell’attestare il possesso dei requisiti di ordine generale, avrebbe omesso di dichiarare due sentenze di condanna pronunciate nei propri confronti, una dal Tribunale di Matera in data 10 giugno 2002) e l’altra dalla Corte di Appello di Potenza il 23 febbraio 2003.

Si assume dalla parte appellante che il bando di gara richiedeva soltanto una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione dell’art. 38, con la conseguenza che sarebbe legittima, da parte del concorrente, una valutazione aprioristica circa la minore o maggiore gravità di eventuali condanne emesse a proprio carico.

Dello stesso avviso è anche la difesa della Provincia di Potenza.

La doglianza è infondata.

Come rilevato dal TAR, il comma 2 dell'art. 38 del d.lgv. n. 163 del 2008 va interpretato nel senso che i concorrenti ad una procedura ad evidenza pubblica devono attestare con apposita autodichiarazione, oltre alla mancanza delle sentenze di condanna definitiva che vengono indicate nel certificato del casellario giudiziale a richiesta dei privati, anche l'assenza di tutti gli altri provvedimenti giurisdizionali non riportati ai sensi dell'art. 689, comma 2, del c.p.p. nel certificato del casellario giudiziale, atteso che l'art. 38, comm1, lett. c) e 2 del d.lgv. n. 163 del 2006, fa espresso riferimento anche alle sentenze patteggiate ex art. 444 c.p.p., ai decreti penali di condanna divenuti irrevocabili e alle sentenze di condanna con il beneficio della non menzione, che, come è noto, non sono indicati nel certificato del casellario giudiziale richiesto dai privati.

Per altro verso, la rilevanza o meno dei reati sulla moralità professionale non può essere rimessa all'apprezzamento soggettivo dei concorrenti, sicché la citata disposizione di cui all'art. 38 va interpretata nel senso suddetto.

Ne consegue che le imprese che partecipano ad una procedura ad evidenza pubblica hanno l'obbligo di autodichiarare tutte le sentenze riportate dai direttori tecnici e dagli amministratori con poteri di rappresentanza, al fine di consentire alla stazione appaltante di effettuare tutte le valutazioni intorno all'effettiva incidenza di tali condanne sulla moralità professionale delle imprese concorrenti (cfr.

sul punto, Cons. Stato, sez. V, n. 782 del 2011; n. 4520 del 2010; sez. IV, 10 febbraio 2009, n. 740; sez. V, n. 6221 del 2009).

Invero, la omessa dichiarazione da parte del Direttore tecnico della GEA delle sentenze penali a suo carico, ha reso impossibile per la stazione appaltante valutarne la rilevanza nell'ambito del rapporto di interesse.

Essa rileva non solo in quanto non consente una completa valutazione dell'affidabilità del concorrente, ma anche e soprattutto in quanto interrompe il nesso fiduciario che necessariamente deve presiedere ai rapporti tra pubblica amministrazione e soggetto aggiudicatario del contratto.

In tale ottica, del tutto irrilevante è la circostanza che mancasse una specifica clausola del bando in tal senso, atteso che l'obbligo della dichiarazione nei sensi anzidetti riviene direttamente dalla legge e prescinde da una specifica disposizione del bando di gara.

Di tanto era perfettamente consapevole la Castellano, tant'è che il legale rappresentante di essa società ha dichiarato due sentenze di condanna a suo carico, molto lievi che beneficiavano della non menzione.

In conclusione, per tutte le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/05/2012

IL SEGRETARIO

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