



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9882 del 2011, proposto da Ferrotramviaria s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Gentile, con domicilio eletto presso Massimo Gentile in Roma, via Sebino, n. 29;

contro

Stadler Bussnang Ag, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Vito Aurelio Pappalepore, Maria Labianca, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, n. 104;

nei confronti di

Caf - Construcciones Y Auxiliar De Ferrocarriles Sa, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Crisci, Alessandra Quattrini, Benedetto Giovanni Carbone, con domicilio eletto presso Stefano Crisci in Roma, via Giulio

Caccini, n. 1;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI, SEZIONE I n. 1712/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO FORNITURA DI N° 2 ELETTROTRENI.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Stadler Bussnang Ag e di Caf - Construcciones Y Auxiliar De Ferrocarriles Sa;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 maggio 2012 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti gli avvocati Bonaccio (per delega dell'avv. Gentile), Labianca, Pappalepore, Carbone, Crisci e Quattrini;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Ferrotramviaria s.p.a. ha indetto, con bando pubblicato il 14 dicembre 2010, una procedura aperta per l'appalto di fornitura di due elettrotreni (con opzione per la fornitura aggiuntiva di ulteriori due elettrotreni), omologati per l'esercizio sulla rete nazionale ed autorizzati per l'esercizio sulla rete delle Ferrovie del Nord Barese, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di importo a base di gara pari ad euro 13.000.000,00.

La Stadler Bussnang AG è stata esclusa, nella seduta pubblica del 16

febbraio 2011 (cfr. pag. 8 del verbale), perché i suoi amministratori avrebbero omesso la dichiarazione di non aver subito condanne con il beneficio della non menzione, ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 e del paragrafo II.2.1. del disciplinare di gara.

2. Con ricorso al Tar della Puglia - Bari la Stadler Bussnang AG ha impugnato il provvedimento di esclusione, deducendo violazione della *lex specialis* di gara, violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 48 del d.P.R. n. 445 del 2000 ed eccesso di potere per difetto d'istruttoria e travisamento, deducendo che l'ing. Maurizio Oberti, procuratore speciale incaricato di predisporre l'offerta e sottoscrivere gli atti per conto della società, avrebbe reso una dichiarazione autocertificata del tutto rispondente a quanto richiesto dal disciplinare di gara e dalla legge, riferita all'intera compagine societaria e ad ogni tipologia di fattispecie delittuosa.

3. Il Tar adito, con la sentenza in epigrafe (Tar Puglia – Bari, sez. I, 15 novembre 2011 n. 1712) ha accolto il ricorso osservando che:

- 1) nelle dichiarazioni rese dai singoli soggetti della compagine societaria, manca il riferimento a condanne penali per cui si è usufruito della non menzione;
- 2) tuttavia tale carenza è supplita dalla dichiarazione resa dal procuratore speciale Maurizio Oberti, e riferita a tutti detti soggetti;
- 3) dal disciplinare di gara non può farsi discendere la sanzione dell'esclusione, peraltro riferibile alla sola residuale ipotesi delle condanne con non menzione nel casellario, qualora il procuratore speciale dell'impresa abbia reso la dichiarazione onnicomprensiva

anche per conto degli altri amministratori e direttori, nominativamente indicati;

4) né incombeva sulla società ricorrente l'onere di impugnare immediatamente, per tale parte, il bando di gara perché il paragrafo II.2.1. del disciplinare di gara, correttamente inteso, consentiva la presentazione della dichiarazione autocertificata anche per conto di soggetti terzi, amministratori e direttori dotati di poteri di rappresentanza all'interno della società.

Il Tar ha condannato sia la stazione appaltante che la società controinteressata al pagamento delle spese di lite, ciascuna nella misura di euro 20.000.

4. Ha proposto appello principale la stazione appaltante, Ferrotramviaria s.p.a..

4.1. Ha proposto appello incidentale di analogo tenore la società controinteressata.

4.2. Si lamenta con le due impugnazioni che:

1) la *lex specialis* sarebbe chiarissima nel senso che la dichiarazione relativa all'assenza di condanne penali, ivi comprese quelle con il beneficio della non menzione, doveva essere resa da tutti i soggetti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006;

2) la dichiarazione dei singoli soggetti sarebbe invalida perché dichiara l'assenza di condanne penali genericamente, senza specificare l'assenza anche di condanne che hanno beneficiato della non menzione;

3) la dichiarazione resa dal procuratore speciale Oberti non potrebbe

supplire perché resa solo per sé stesso e per il sig. Spuhler;

4) pertanto mancherebbe la prescritta dichiarazione per altri 14 soggetti;

5) superfluo sarebbe invocare il principio del *favor participationis* a fronte di inequivoca prescrizione del bando imposta espressamente a pena di esclusione;

6) il procuratore speciale non potrebbe rendere la dichiarazione per altri soggetti;

7) la condanna alle spese sarebbe eccessiva nell'*an* e nel *quantum*.

5. L'appello principale e incidentale devono essere respinti.

6. Nella parte di interesse, il bando e il disciplinare di gara così dispongono:

a) bando di gara: *“I concorrenti, a pena di esclusione, devono comprovare il possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 s.m.i. nel pieno rispetto di quanto indicato nel disciplinare di gara, al quale si rinvia integralmente”*.

b) disciplinare di gara, paragrafo II.2.1) punto n. 3: *“dichiarazione sostitutiva (...)resa e sottoscritta dal legale rappresentante del soggetto concorrente (...)con la quale il legale rappresentante: attesti di non trovarsi in alcuna delle situazioni di cui all'art. 38, c. 1, dalla lett. a) alla lett. m-ter, D.Lgs. 163/2006 s.m.i.; tale dichiarazione limitatamente alle ipotesi di cui all'art. 38 cit. lett. b), c) ed m-ter dovrà essere resa anche da tutti i soggetti da queste ultime disposizioni indicati (...)”*.

6.1. L'esclusione della Stadler Bussnang AG è stata così motivata dalla stazione appaltante:

a) il presidente e legale rappresentante della società, Peter Spuhler, ha prodotto la dichiarazione di insussistenza a proprio carico delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, ma non ha attestato di non aver subito condanne penali con beneficio della non menzione, così come richiesto dal secondo comma dell'art. 38 del codice e dal paragrafo II.2.1. del disciplinare di gara;

b) gli amministratori e direttori tecnici della società, Urs Bernhard Wieser, Hans Peter Schwald, Anton August Zimmermann, Renè Frischknecht, Klaus Potocnik, Matthias Keller, Jurg Gygax, Peter Jenelten, Vincenza Trivigno, Markus Bernsteiner, Jurg Schoning, Christian Konig, Peter Fehr, Christoph Keller Knellwolf ed Hans Rudolf Geel, sono incorsi in identica omissione, tutti avendo omesso di specificare, nelle rispettive dichiarazioni autocertificate, l'assenza a loro carico di condanne penali con beneficio della non menzione.

6.2. L'ing. Maurizio Oberti, procuratore speciale della Stadler Bussnang AG, ha allegato all'offerta una dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000 nella quale ha tra l'altro attestato:

- che “né la società Stadler Bussnang AG, in persona del suo presidente e legale rappresentante pro-tempore, sig. Peter Spuhler, né il direttore tecnico, ing. Matthias Keller, né il direttore finanziario – CFO, dott. Hans Rudolf Geel, e né il sottoscritto, unitamente a tutti membri della compagine sociale di seguito indicati (segue, al successivo capoverso, l'elenco comprendente tutti gli amministratori e procuratori sopra nominati), si trovano nelle condizioni di esclusione di partecipazione alla gara di cui all'art. 38 c. 1 del D.lgs. n. 163/06 e s.m.i. lett. a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m-ter), m-quater) e c. 2 del D.Lgs. n.

163/06 e s.m.i. e da qualsiasi altra disposizione legislativa e regolamentare secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alla gara e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti ivi indicati. In particolare dichiara:”;

(...)

- c) né nei confronti della società (...) in persona del suo presidente e legale rappresentante pro tempore sig. Peter Spuhler, e né del sottoscritto in proprio e nella qualità è stata pronunciata sentenza di condanna (...) e nei loro confronti non sono state pronunciate eventuali condanne per le quali abbiano beneficiato della non menzione”.

Nella precedente lett. b) di tale dichiarazione si fornisce l'elenco di 16 soggetti le cui cariche sono rilevanti ai sensi dell'art. 38 lett. b) e lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 e di cui sono state allegate dichiarazioni singole.

6.3. Nelle singole dichiarazioni autocertificate, effettivamente manca l'esplicito riferimento alle condanne penali con beneficio della non menzione, secondo quanto richiesto dal paragrafo II.2.1. del disciplinare di gara.

Ma per tale carenza, che la commissione di gara ha giudicato essenziale ai fini dell'esclusione, supplisce, come correttamente ha ritenuto il Tar, la dichiarazione del procuratore speciale ing. Oberti, che ha attestato, per sé e per i soggetti indicati all'art. 38, primo comma – lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 l'assenza di qualsivoglia precedente penale, anche con il beneficio della non menzione, dovendo a questa stregua interpretarsi i due periodi della dichiarazione sopra testualmente trascritti.

Infatti la prima parte della dichiarazione, oltre a menzionare nominativamente tre soggetti (e cioè il presidente Peter Spuhler, il direttore tecnico Matthias Keller ed il direttore finanziario Hans Rudolf Geel), fa riferimento anche “a tutti i membri della compagine sociale di seguito indicati” ed elencati nella lett. b) della dichiarazione, con effetto anche per la successiva lett. c) della dichiarazione medesima.

E' per tutti tali soggetti che la dichiarazione del procuratore speciale non solo dichiara l'assenza di condanne ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), codice appalti, ma espressamente menziona l'assenza di cause ostative dell'art. 38, comma 2, medesimo codice; il che significa assenza di condanne con il beneficio della non menzione.

Pertanto, se la lett. c) di tale dichiarazione fa riferimento solo al procuratore speciale dichiarante e al sig. Peter Spuhler, per dire espressamente che non hanno riportato condanne con la non menzione, per tutti gli altri soggetti è sufficiente, già di per sé sola, la prima parte della dichiarazione, dove si fa riferimento, esaustivo ancorché sintetico, all'art. 38, comma 2, codice appalti, che è la disposizione che impone di rendere la dichiarazione delle condanne penali che hanno beneficiato della non menzione.

Vi è dunque, agli atti, una dichiarazione del procuratore speciale che rende la dichiarazione dell'art. 38, comma 2, codice appalti, per tutti gli altri soggetti rilevanti.

6.4. Si tratta ora di stabilire se tale dichiarazione, resa in rappresentanza, fosse o no sufficiente.

Secondo i principi generali in tema di rappresentanza, anche una dichiarazione di scienza può essere resa a mezzo di rappresentante.

In tal senso, con specifico riferimento alle dichiarazioni di cui all'art. 38, codice appalti, la giurisprudenza di questo Consesso ha affermato che:

- la mancata sottoscrizione delle dichiarazioni di cui all'art. 38 da parte di entrambi gli amministratori della società partecipante alla gara pubblica non integra alcun vizio ove la dichiarazione sia stata resa da uno dei legali rappresentanti della società aventi poteri di amministrazione con firma disgiunta ed è idonea ad impegnare la società, considerato che l'obbligo per l'impresa partecipante ad una gara pubblica di rendere le prescritte dichiarazioni può essere legittimamente assolto dal suo rappresentante legale anche avuto riguardo ai terzi, inclusi altri amministratori muniti di poteri di rappresentanza (Cons. St., sez. V, 27 maggio 2011, n. 3200);
- 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» (Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7524; Id. 27 gennaio 2009, n. 521, ord.).

6.5. Nel caso specifico, la “legge” speciale di gara non osta all'applicazione di tale principio generale, ben prestandosi ad essere interpretata in coerenza con esso, anche alla luce del principio che le fonti subordinate (quale è una “legge” di gara) devono, ove possibile, e in ossequio al principio di conservazione, essere interpretate in

senso coerente con le fonti di rango superiore.

Secondo il disciplinare di gara, nella parte rilevante, paragrafo II.2.1) punto n. 3, occorre produrre : *“dichiarazione sostitutiva (...)resa e sottoscritta dal legale rappresentante del soggetto concorrente (...)con la quale il legale rappresentante: attesti di non trovarsi in alcuna delle situazioni di cui all’art. 38, c. 1, dalla lett. a) alla lett. m-ter, D.Lgs. 163/2006 s.m.i.; tale dichiarazione limitatamente alle ipotesi di cui all’art. 38 cit. lett. b), c) ed m-ter dovrà essere resa anche da tutti i soggetti da queste ultime disposizioni indicati (...)”*.

Laddove il disciplinare afferma che la dichiarazione sostitutiva dovrà essere resa anche da tutti i soggetti indicati dall’art. 38, comma 1, lett. c), codice appalti, esso va interpretato nel senso che esige la dichiarazione anche con riferimento a tutti tali soggetti, ma non nel senso di escludere la possibilità di rendere dichiarazione a mezzo rappresentante, in deroga al principio generale che le dichiarazioni di scienza possono essere rese a mezzo di rappresentante.

6.6. E tanto a maggior ragione ove si consideri che:

- in punto di fatto, nessuno dei sedici soggetti in questione ha condanne penali;
- la maggior parte dei sedici soggetti in questione appartiene ad ordinamenti giuridici stranieri, nei quali è ancora da verificare se esistano o meno istituti analoghi a quello italiano della condanna con beneficio della non menzione;
- l’ordinamento giuridico italiano si è evoluto, successivamente ai fatti di causa, nel senso della tassatività delle cause di esclusione dalle gare

e della irrilevanza delle violazioni meramente formali.

6.7. In conclusione, deve ritenersi illegittima l'esclusione della società appellata dalla gara di appalto e *in parte qua* la sentenza di primo grado va confermata, e gli appelli incidentale e principale vanno respinti.

7. Merita rigetto anche il motivo di appello principale e incidentale che contesta la misura della condanna alle spese.

La misura di euro 20.000 non è eccessiva, se si ha riguardo al valore della lite (13 milioni di euro) e, soprattutto, alla circostanza che è stato fatto malgoverno sia dei poteri della stazione appaltante, sia del diritto al processo, insistendosi in una tesi formalistica palesemente inossequiosa dei principi dell'ordinamento italiano e comunitario in materia di pubblici appalti.

8. Anche nel presente giudizio le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in euro 22.000 a carico di ciascuna delle parti soccombenti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello principale e incidentale, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna le parti soccombenti alle spese del presente grado di giudizio nella misura di euro 22.000 ciascuna.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 maggio

2012 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Aldo Scola, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/06/2012

IL SEGRETARIO

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