

Applicabilità delle modifiche alla lett. m) dell'art. 38 del d.lgs. n163/06, introdotte con il d.lgs. n. 113/07

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

E' doverosa l'esclusione di un'impresa per non avere correttamente reso la dichiarazione dovuta in relazione al punto m) dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/06; in particolare la dichiarazione resa non conterrebbe la precisazione dell'assenza di provvedimenti interdettivi di cui all'art. 36 bis comma 1 del D.L. 4.7.2006 n. 223 convertito in legge 4.8.2006 n. 248, necessaria in virtù delle modifiche introdotte, all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/06, con il D. Lgs. 31.7.2007 n. 113?anche i soggetti che non fanno più parte dell'organico della ditta partecipante, devono espressamente dichiarare la mancanza di cause di esclusione?

Sul punto questa Sezione ha già recentemente avuto modo di precisare che ove la dichiarazione resa ai sensi della lett. m) dell'art. 38 del D. Lgs. N. 163/06 sia di portata talmente ampia da comprendere qualsiasi ipotesi di decadenza dalla possibilità di contrarre con la P.A. - e quindi in ultima analisi ricomprenda anche l'assenza dei

provvedimenti interdettivi di cui all'art. 36 bis comma 1 del D.L. 4.7.2006 n. 223 convertito in legge 4.8.2006 n. 248 - seppur

non

espressamente menzionati - la dichiarazione deve ritenersi comunque idonea ad integrare il requisito normativamente richiesto a pena di esclusione e, conseguentemente, risulta legittima la determinazione della stazione appaltante di non escludere l'impresa che ha reso tale dichiarazione. Invero da un punto di vista letterale le norme di legge che vengono in rilievo non depongono nel senso di richiedere necessariamente la produzione di dichiarazioni provenienti da soggetti che non fanno più parte dell'azienda; e da un punto di vista logico appare ingiustificatamente oneroso richiedere che una azienda, per poter partecipare ad una gara di appalto, acquisisca e produca dichiarazioni di soggetti con i quali plausibilmente non intrattiene più alcun tipo di rapporto

Merita di essere segnalata la sentenza numero 1175 del 19 settembre 2008 emessa dal Tar Sicilia, Palermo

< Passando quindi all'esame del ricorso principale, con il primo motivo assume parte ricorrente che la controinteressata sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara de qua per non avere correttamente reso la dichiarazione dovuta in relazione al punto m) dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/06; in particolare la dichiarazione resa non conterrebbe la precisazione dell'assenza di provvedimenti interdettivi di cui all'art. 36 bis comma 1 del D.L. 4.7.2006 n. 223 convertito in legge 4.8.2006 n. 248, necessaria in virtù delle modifiche introdotte, all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/06, con il D. Lgs. 31.7.2007 n. 113.

La censura non è fondata.

Sul punto questa Sezione ha già recentemente avuto modo di precisare che ove la dichiarazione resa ai sensi della lett. m) dell'art. 38 del D. Lgs. N. 163/06 sia di portata talmente ampia da comprendere qualsiasi ipotesi di decadenza dalla possibilità di contrarre con la P.A. - e quindi in ultima analisi ricomprenda anche l'assenza dei

provvedimenti interdettivi di cui all'art. 36 bis comma 1 del D.L. 4.7.2006 n. 223 convertito in legge 4.8.2006 n. 248 - seppur

non

espressamente menzionati - la dichiarazione deve ritenersi comunque idonea ad integrare il requisito normativamente richiesto a pena di esclusione e, conseguentemente, risulta legittima la determinazione della stazione appaltante di non escludere l'impresa che ha reso tale dichiarazione (T.A.R. Sicilia, Palermo, III, n. 817/08).

Alla luce di tale condivisibile ricostruzione, dalla quale il Collegio non ritiene di doversi discostare, il primo motivo di ricorso è pertanto infondato, indipendentemente dalla applicabilità nella presente fattispecie delle modifiche alla lett. m) dell'art. 38 del D.Lgs. n.163/06, introdotte con il D.Lgs. n. 113/07, contestata dalla controinteressata.>

Ma vi è di più

< Invero il disciplinare di gara dopo avere indicato quali dichiarazioni debbano essere rese dai rappresentanti legali dei partecipanti, precisa che le dichiarazioni di cui al punto 4) lettera a) [limitatamente alle lettere b) e c) dell'art. 38 comma 1 del D. Lgs. 163/06 e s. m. i.] e punto 4) lett. b) e c) del presente disciplinare devono essere rese a pena di esclusione anche dai soggetti previsti dall'art. 38, comma 1 lett b) e c) del D. Lgs. 163/06 e s.m.i. (direttori tecnici); al successivo comma precisa che la stessa dichiarazione deve essere resa per i soggetti cessati dalla carica.

Il Collegio rileva che mentre per i soggetti attualmente in carica vengono specificate le dichiarazioni richieste, per i soggetti cessati dalla carica manca analogha specificazione ed inoltre la disposizione fa riferimento ad una dichiarazione, a fronte delle diverse dichiarazioni indicate nel precedente comma.

In definitiva la norma del disciplinare risulta costruita male e non tale da richiedere, con assoluta certezza, pena la comminatoria dell'esclusione, che per i soggetti cessati dalla carica debbano essere rese le dichiarazioni previste dal punto 4) lett. b) e c), dichiarazioni non prescritte per legge.

E' evidente poi che l'obbligo di tale dichiarazione, pena l'esclusione dalla gara, non potrebbe trovare fondamento nel modulo predisposto dall'amministrazione per la partecipazione alla gara per cui è causa.>

A cura di *****

N.1175/08
Reg. Sent.

N.272

Reg. Gen.

ANNO

2008

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso R.G. n. 272/08,
Sezione III, proposto dall'Impresa ALFA s.r.l., in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI con l'Impresa ALFA1 s.r.l., in persona dell'Amministratore unico e direttore tecnico, rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e *****, presso il cui studio di Palermo, via Libertà n.171 è elettivamente domiciliata,

C O N T R O

- il COMUNE di SCIACCA, in persona del Sindaco
pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti ***** ed *****, ed elettivamente
domiciliato in Palermo, Via Noto n.12, presso lo studio del primo;

- l'***** - Sez. Provinciale di Agrigento, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui uffici di via A. ***** 81 è domiciliato;

E NEI CONFRONTI

- dell'Impresa BETA S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'*****ò, elettivamente domiciliato in Palermo, Via Sciuti n. 45, presso lo studio dell'avv. *****;

PER L'ANNULLAMENTO

- del verbale di gara dei 14-15-16-22-29 novembre 2007 relativo all'appalto dei lavori di "ottimizzazione della rete idrica ed intervento di miglioramento della qualità delle acque - 1° stralcio", nella parte in cui è stata ammessa anziché esclusa l'Impresa BETA;

- in subordine, nella parte in cui non sono state escluse l'ATI GAMMA Costruzioni s.r.l. - C.L.G. Costruzioni Lavori Generali s.r.l., nonché l'impresa DELTA Salvatore;

- nonché di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Sciacca;

Vista la costituzione in giudizio dell'Avvocatura dello Stato;

Vista la costituzione in giudizio dell'*****ò, per la BETA s.p.a. e visto il ricorso incidentale dalla stessa proposto;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 303/08, riformata in appello dal C.G.A., con ordinanza n. 268/08;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Designato relatore alla pubblica udienza dell'11 luglio 2008 il Primo Referendario avv.to *****;

Uditi gli avv.ti ***** e ***** per la ricorrente, l'avv. ***** , per il comune di Sciacca, l'avv. dello Stato ***** e l'avv. ***** , in sostituzione dell'avv. *****ò, per la controinteressata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 25.1.2008, e depositato il successivo 30.1, la società ricorrente ha impugnato: il verbale di gara dei 14-15-16-22-29 novembre 2007 relativo all'appalto dei lavori di "ottimizzazione della rete idrica ed intervento di miglioramento della qualità delle acque - 1° stralcio", nella parte in cui è stata ammessa anziché esclusa l'Impresa BETA; in subordine, nella parte in cui non sono state escluse l'ATI GAMMA Costruzioni s.r.l. - C.L.G. Costruzioni Lavori Generali s.r.l., e l'impresa DELTA Salvatore.

In tale gravame vengono articolate le censure di: 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 lett. m) del D.Lgs. n. 163/06 come modificato corretto ed integrato dal D.Lgs. n. 113/2007 in relazione all'art. 4 lett. A) ed art. 10 ultimo capoverso del disciplinare; 2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 comma 1° lett. c) del D.Lgs. n. 163/06; 3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 4, lett. A) limitatamente alle lettere b) e c) dell'art. 38 comma 1° del D.Lgs. n. 163/06 e s. m. i., e punto 4) lett. b) e c) ed art. 10, penultimo comma del disciplinare; 4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del disciplinare, dell'art. 19, comma 12 bis del "Testo Coordinato" e dell'art. 3 del disciplinare di gara.

Sostiene parte ricorrente che la controinteressata sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara per cui è causa per l'incompletezza della dichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 lett. m del D. Lgs. N. 163/06, nonché in considerazione delle condanne penali subite dai soggetti cessati dalle cariche nell'ultimo triennio; inoltre, sul presupposto che la stessa ricorrente diverrebbe comunque aggiudicataria in caso di contemporanea esclusione dell'ATI GAMMA e della DELTA s.p.a, sostiene che l'ATI GAMMA sarebbe dovuta essere esclusa per l'irregolarità delle dichiarazioni rese con riguardo ai soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio, mentre la DELTA s.p.a. per avere prodotto in sede di gara un DURC privo di efficacia, in quanto scaduto.

Si è costituito l'UREGA; nonchè il Comune intimato, che con memoria ha replicato alle argomentazioni contenute nel ricorso e chiesto il suo rigetto.

Si è inoltre costituita la controinteressata BETA s.p.a. che ha anche proposto ricorso incidentale con il quale sostiene che la ricorrente principale sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara de qua in considerazione del reato di cui è stato ritenuto responsabile il suo amministratore unico, ***** ed in quanto ha subito la revoca dell'attestazione SOA.

Con ordinanza cautelare n. 303/08 questa Sezione ha respinto la domanda di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati, mentre, in sede di appello, il C.G.A., con ordinanza n. 268/08, ha accolto tale domanda cautelare, anche per gli effetti di cui all'art. 23 bis, commi 3 e 5 della legge n. 1034/1971.

Alla pubblica udienza di discussione i procuratori delle parti hanno insistito nelle rispettive tesi difensive ed il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

In via preliminare sembra necessario esaminare le censure articolate con il ricorso incidentale che ha carattere potenzialmente paralizzante del gravame principale.

Con riguardo al primo motivo di tale gravame incidentale rileva il Collegio che deve ritenersi certamente sussistente l'interesse a ricorrere in capo alla ALFA s.r.l., indipendentemente dal fatto che dall'ipotetico accoglimento del gravame derivi l'aggiudicazione della gara alla stessa ricorrente ovvero l'obbligo, da parte dell'amministrazione resistente, di ripetere le operazioni di sorteggio.

Anche in quest'ultima ipotesi non può infatti negarsi l'interesse della ricorrente all'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata, che le consentirebbe di avere un'ulteriore possibilità di aggiudicazione.

Non risulta fondato neanche il secondo motivo del ricorso incidentale secondo il quale l'odierna ricorrente non possederebbe i requisiti di qualificazione morale per la partecipazione alla gara per cui è causa.

Invero la sussistenza di un carico pendente in capo all'amministratore unico, sig. *****, non costituisce motivo di esclusione dalla gara, come sostiene il ricorrente incidentale, che invero non indica la norma che prevederebbe tale esclusione.

Infine, sulla base della documentazione prodotta dalla ALFA s.r.l., risulta infondata, in punto di fatto, la circostanza che la società ricorrente avrebbe subito la revoca dell'attestazione SOA; ricostruzione posta a fondamento della terza censura articolata con il ricorso incidentale.

In conclusione il ricorso incidentale è privo di fondamento.

Passando quindi all'esame del ricorso principale, con il primo motivo assume parte ricorrente che la controinteressata sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara de qua per non avere correttamente reso la dichiarazione dovuta in relazione al punto m) dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/06; in particolare la dichiarazione resa non conterrebbe la precisazione dell'assenza di provvedimenti interdettivi di cui all'art. 36 bis comma 1 del D.L. 4.7.2006 n. 223 convertito in legge 4.8.2006 n. 248, necessaria in virtù delle modifiche introdotte, all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/06, con il D. Lgs. 31.7.2007 n. 113.

La censura non è fondata.

Sul punto questa Sezione ha già recentemente avuto modo di precisare che ove la dichiarazione resa ai sensi della lett. m) dell'art. 38 del D. Lgs. N. 163/06 sia di portata talmente ampia da comprendere qualsiasi ipotesi di decadenza dalla possibilità di contrarre con la P.A. - e quindi in ultima analisi ricomprenda anche l'assenza dei

provvedimenti interdettivi di cui all'art. 36 bis comma 1 del D.L. 4.7.2006 n. 223 convertito in legge 4.8.2006 n. 248 - seppur

non

espressamente menzionati - la dichiarazione deve ritenersi comunque idonea ad integrare il requisito normativamente richiesto a pena di esclusione e, conseguentemente, risulta legittima la determinazione della stazione appaltante di non escludere l'impresa che ha reso tale dichiarazione (T.A.R. Sicilia, Palermo, III, n. 817/08).

Alla luce di tale condivisibile ricostruzione, dalla quale il Collegio non ritiene di doversi discostare, il primo motivo di ricorso è pertanto infondato, indipendentemente dalla applicabilità nella presente fattispecie delle modifiche alla lett. m) dell'art. 38 del D.Lgs. n.163/06, introdotte con il D.Lgs. n. 113/07, contestata dalla controinteressata.

Con il secondo motivo di ricorso sostiene la ALFA che la controinteressata sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara per cui è causa "perché i soggetti cessati dal triennio, ***** e ***** erano stati condannati con sentenza irrevocabile.....".

In ordine a tale censura sembra opportuno precisare che negli scritti difensivi successivi al ricorso la ricorrente sembra che abbia modificato la censura articolata, assumendo che la determinazione assunta in merito dalla stazione appaltante sarebbe illegittima per non avere fornito alcuna debita motivazione circa le ragioni per le quali ha ritenuto che i reati commessi dai

soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio, non incidessero sulla moralità professionale della controinteressata, comportandone la sua esclusione dalla gara.

Prescindendo da qualsiasi valutazione sulla necessità che la decisione di una stazione appaltante di non escludere un partecipante ad una gara debba essere supportata da specifica motivazione, il Collegio non può non rilevare che la prospettazione difensiva degli scritti difensivi appare significativamente diversa rispetto a quella contenuta nel ricorso, che costituisce l'unico strumento attraverso il quale possono essere ritualmente introdotti i motivi di gravame.

Nel ricorso invero è indiscutibile che viene prospettata la censura di violazione di legge per la mancata esclusione della controinteressata, che sarebbe dovuta essere disposta in conseguenza dei reati commessi dai soggetti cessati dalla carica; censura diversa dalla ipotetica illegittimità che inficerebbe i provvedimenti impugnati per non avere la stazione appaltante debitamente motivato la mancata esclusione di tale società, nonostante i reati commessi dai soggetti cessati dalla carica.

Precisato che il Collegio non può che prendere in considerazione la censura sviluppata con il ricorso introduttivo, nei termini ivi prospettati, il motivo di ricorso non è fondato.

Invero è incontestato tra le parti che la società controinteressata, in sede di gara non ha omesso l'esistenza di precedenti penali a carico dei soggetti cessati dalla carica, e la stazione appaltante li ha ritenuti non preclusivi alla partecipazione alla gara.

Ciò considerato, poiché è pacifico che l'amministrazione ha il potere discrezionale di valutare se la commissione di reati da parte dei soggetti cessati dalla carica determini il venir meno dei requisiti di affidabilità morale in capo all'impresa che chiede di partecipare ad una gara, non può ritenersi tout court illegittima la decisione assunta nel caso in specie dalla stazione appaltante, di non escludere la BETA s.p.a. dalla gara in esame, come sostenuto da parte ricorrente.

Il secondo motivo di ricorso è pertanto privo di fondamento, mentre non potrebbero non essere considerate inammissibili le articolazioni difensive contenute nelle memorie depositate da parte ricorrente, ove interpretate nel senso di voler introdurre una censura diversa da quella contenuta nel ricorso.

Con il terzo motivo sostiene parte ricorrente che anche l'A.T.I. GAMMA sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara in questione per non avere la sig.ra CU., ex amministratrice cessata dalla carica, reso le dichiarazioni prescritte dal disciplinare di gara.

Ancora una volta appare necessario precisare quale sia l'esatto tenore della censura articolata, alla luce di quanto indicato in ricorso.

Ritiene il Collegio che con tale motivo parte ricorrente abbia inteso censurare il fatto che la relativa dichiarazione non sia stata resa personalmente dalla sig.ra CU., come può inequivocabilmente desumersi dall'ultimo periodo del motivo di ricorso.

Correttamente inteso, in tali termini, il motivo di ricorso è infondato.

Questa Sezione, pur consapevole che sul punto in questione si è sviluppata un'interpretazione giurisprudenziale non univoca, ha già avuto recentemente modo di aderire all'orientamento che esclude l'infedeltà, ai fini della partecipazione ad una gara, di dichiarazioni provenienti da soggetti non facenti parte dell'attuale organigramma aziendale (T.A.R. Sicilia, sez. di Catania n. 1109/06).

Invero da un punto di vista letterale le norme di legge che vengono in rilievo non depongono nel senso di richiedere necessariamente la produzione di dichiarazioni provenienti da soggetti che non fanno più parte dell'azienda; e da un punto di vista logico appare ingiustificatamente oneroso richiedere che una azienda, per poter partecipare ad una gara di appalto, acquisisca e produca dichiarazioni di soggetti con i quali plausibilmente non intrattiene più alcun tipo di rapporto (T.A.R. Sicilia, Palermo, III, R.G. n. 2156/07).

Peraltro, negli scritti difensivi successivi al ricorso, parte ricorrente sembra sviluppare diversamente il motivo articolato, sostenendo che le dichiarazioni rese con riguardo alla sig.ra CU. sarebbero incomplete in quanto mancanti della dichiarazione sostitutiva di cui all'art. 4 lett. b) e c) del disciplinare di gara.

Anche ad ammettere che tale articolazione difensiva possa ritenersi compresa nel motivo articolato con il ricorso, e non costituisca un nuovo motivo, non ritualmente introdotto in giudizio, la censura non è fondata.

Invero il disciplinare di gara dopo avere indicato quali dichiarazioni debbano essere rese dai rappresentanti legali dei partecipanti, precisa che le dichiarazioni di cui al punto 4) lettera a) [limitatamente alle lettere b) e c) dell'art. 38 comma 1 del D. Lgs. 163/06 e s. m. i.] e punto 4) lett. b) e c) del presente disciplinare devono essere rese a pena di esclusione anche dai soggetti previsti dall'art. 38, comma 1 lett b) e c) del D. Lgs. 163/06 e s.m.i. (direttori tecnici); al successivo comma precisa che la stessa dichiarazione deve essere resa per i soggetti cessati dalla carica.

Il Collegio rileva che mentre per i soggetti attualmente in carica vengono specificate le dichiarazioni richieste, per i soggetti cessati dalla carica manca analogha specificazione ed inoltre la disposizione fa riferimento ad una dichiarazione, a fronte delle diverse dichiarazioni indicate nel precedente comma.

In definitiva la norma del disciplinare risulta costruita male e non tale da richiedere, con assoluta certezza, pena la comminatoria dell'esclusione, che per i soggetti cessati dalla carica debbano essere rese le dichiarazioni previste dal punto 4) lett. b) e c), dichiarazioni non prescritte per legge.

E' evidente poi che l'obbligo di tale dichiarazione, pena l'esclusione dalla gara, non potrebbe trovare

fondamento nel modulo predisposto dall'amministrazione per la partecipazione alla gara per cui è causa.

In conclusione, considerata la poca chiarezza e precisione della clausola del disciplinare su cui dovrebbe trovare fondamento l'esclusione della A.T.I. GAMMA, ritiene il Collegio che, anche volendo ammettere la ritualità della censura nei termini specificati nelle memorie difensive,

tale censura non potrebbe essere ritenuta fondata.

In considerazione dell'infondatezza del terzo motivo risulta inammissibile il quarto motivo di ricorso che, isolatamente considerato, non potrebbe fare conseguire a parte ricorrente alcuna utilità.

In conclusione sono infondati e devono essere respinti sia il ricorso principale che quello incidentale.

Le spese del giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e vanno poste a carico della ricorrente, secondo la liquidazione in dispositivo, a favore dell'Amministrazione resistente, mentre sussistono giusti motivi, in considerazione della complessità delle questioni trattate, per compensarle tra le altre parti.

P. Q. M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione terza,
respinge il ricorso in epigrafe, respinge il ricorso incidentale.

Pone a carico del ricorrente le spese del giudizio, che liquida, in favore dell'amministrazione intimata in €. 2.000,00, oltre I.V.A. e c.p.a.; compensa tra le altre parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Palermo, nella Camera di Consiglio dell'11 luglio 2008 , con l'intervento dei Sigg.ri Magistrati:

-

Presidente

-

Primo Referendario Estensore

***** _

Referendario

_____ Presidente

_____ Estensore

_____ Segretario

Depositata in Segreteria il 19 settembre 2008

Il Direttore Sezione

<https://www.diritto.it/applicabilita-delle-modifiche-alla-lett-m-dell-art-38-del-d-lgs-n16306-introdotte-con-il-d-lgs-n-11307/>