

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 06/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29344-la-soluzione-prescelta-appare-conforme-al-principio-del-favor-participationis-che-impone-un-interpretazione-restrittiva-delle-cause-di-esclusione-laddove-il-bando-nulla-prescriva-l-incorporazione>

Autore: Lazzini Sonia

La soluzione prescelta appare conforme al principio del favor participationis, che impone un'interpretazione restrittiva delle cause di esclusione laddove il bando nulla prescriva, l'incorporazione sia precedente la presentazione dell'offerta, e non sia

Tar Lombardia, Milano, 23.03.2010 n. 705

La soluzione prescelta appare conforme al principio del favor participationis, che impone un'interpretazione restrittiva delle cause di esclusione

laddove il bando nulla prescriva, l'incorporazione sia precedente la presentazione dell'offerta, e non sia emerso nessun precedente penale a carico degli amministratori della società incorporata, sia illegittima la l'esclusione della concorrente incorporante, che non abbia rilasciato le dichiarazioni di moralità anche relativamente agli amministratori della società incorporata.

L'esclusione del concorrente che abbia omesso una dichiarazione non espressamente richiesta, dalla normativa e dalla *lex specialis*, non risulterebbe pertanto in linea con l'evoluzione del panorama giurisprudenziale, nel quale si trovano anche le predette interpretazione particolarmente restrittive delle cause di esclusione invece già espressamente previste.

Con il motivo sub B) il ricorrente deduce che GAMMA S.p.a., seconda classificata, nel triennio antecedente la pubblicazione del bando relativo all'appalto per cui è causa, ha incorporato per fusione, in forza di una delibera del consiglio di amministrazione datata 18.08.2007, le società ALFA S.r.l., BETA S.r.l. e DELTA S.r.l. Illegittimamente GAMMA S.p.a. non ha reso alcuna dichiarazione relativa all'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 c. 1 lett. c) D.Lgs. n. 163/06, con riferimento ai legali rappresentanti e ai direttori tecnici delle imprese incorporate. L'art. 38 cit. prevede infatti che "l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara", non distinguendo la cessazione per dimissioni volontarie, da quella dipendente da vicende legate agli assetti societari della concorrente. Nel caso di che trattasi non è comunque emersa l'esistenza di alcuna condanna in capo alle persone interessate.

Il Collegio è quindi chiamato a decidere se, in caso di fusione per incorporazione avvenuta nel triennio precedente la pubblicazione del bando, il concorrente che non abbia rilasciato le dichiarazioni relative all'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 c. 1 lett. c) D.Lgs. n. 163/06, riferite ai legali rappresentanti dell'impresa incorporata, debba o meno essere escluso, nel caso in cui il bando di gara nulla preveda sul punto, e qualora i predetti rappresentanti non abbiano comunque riportati reati.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Sul punto la giurisprudenza non è unanime.

Secondo un primo orientamento, "in tema di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, la posizione dei soggetti titolari o direttori tecnici di imprese, le cui aziende, o rami di azienda, abbiano formato oggetto di cessione ad un'impresa partecipante ad una gara d'appalto, è del tutto assimilabile a quella dei soggetti cessati dalle cariche all'interno della stessa impresa, sicché anche per tali soggetti valgono gli oneri dichiarativi previsti dall'art. 38 lett. c), D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (T.A.R. Sicilia Palermo Sez. III 19 maggio 2009 n. 943; C.G.A. Sez. giurisd. 23 luglio 2008 n. 685; 29 maggio 2008 n. 471; 6 maggio 2008 n. 389). L'orientamento, in passato seguito anche dalla Sezione, ritiene che la ratio insita nell'art. 38 c. 1 lett. c) D.Lgs. n. 163/'06 sia quella di evitare che un concorrente, le cui persone fisiche siano incorse nella violazione dei precetti penali rilevanti ai fini della partecipazione alle procedure d'appalto, possa sic et simpliciter porre nel nulla la rilevanza di tali fatti, cessando i rapporti con le persone fisiche interessate. Al contrario, in base all'art. 38 cit., il disvalore connesso al compimento di determinati reati, nel limite del triennio, estende i suoi effetti alla compagine societaria a prescindere dalla perduranza del rapporto tra persona fisica e concorrente, ad eccezione del caso in cui quest'ultimo abbia dato prova di "dissociazione" da tali condotte, la cui concreta sussistenza è configurata dalla giurisprudenza con un certo rigore. Non potrebbero pertanto introdursi distinzioni in ordine al motivo della cessazione, artatamente distinguendo, ad esempio, tra dimissioni volontarie, o per il caso che la cessazione dipenda da vicende legate agli assetti societari della concorrente (T.A.R. Lombardia, Sez. I 28.05.2008 n. 1861).

Secondo un contrapposto orientamento, a cui la Sezione ha più recentemente aderito (T.A.R. Lombardia, Sez. I 23.09.2009 n. 4722) “nel caso in cui la cessione del ramo di azienda intervenga prima della presentazione dell'offerta da parte del cessionario, i requisiti per la partecipazione alla gara vanno verificati con riferimento all'impresa cessionaria” (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 04 novembre 2008 n. 19218).

Ritiene il Collegio che laddove il bando nulla prescriva, l'incorporazione sia precedente la presentazione dell'offerta, e non sia emerso nessun precedente penale a carico degli amministratori della società incorporata, sia illegittima la l'esclusione della concorrente incorporante, che non abbia rilasciato le dichiarazioni di moralità anche relativamente agli amministratori della società incorporata.

La soluzione prescelta appare conforme al principio del favor participationis, che impone un'interpretazione restrittiva delle cause di esclusione (T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 15 luglio 2004 n. 3100). Un recente indirizzo del Consiglio di Stato, in adesione al predetto principio, si è spinto a ritenere che il partecipante nel rendere la dichiarazione ben può operare un giudizio di rilevanza delle singole condanne, e ritenere che i relativi fatti non incidano sulla moralità professionale, senza incorrere nel mendacio (C.S. Sez. V 08.09.2008 n. 4244). L'esclusione del concorrente che abbia omesso una dichiarazione non espressamente richiesta, dalla normativa e dalla lex specialis, non risulterebbe pertanto in linea con l'evoluzione del panorama giurisprudenziale, nel quale si trovano anche le predette interpretazione particolarmente restrittive delle cause di esclusione invece già espressamente previste.

L'adesione all'indirizzo giurisprudenziale sopra riportato è quindi dovuta all'esigenza di privilegiare la massima partecipazione, a fronte di una normativa che non impone espressamente il rilascio delle dichiarazioni di moralità, anche con riferimento ai rappresentanti delle imprese incorporate. Ciò non toglie che del tutto legittimamente le stazioni appaltanti possano opportunamente inserire nella lex specialis obblighi specifici in tal senso, come nel caso di specie avvenuto da parte dell'Azienda resistente, successivamente alla procedura per cui è causa. Tale circostanza di mero fatto, non può tuttavia ritenersi di alcuna rilevanza ai fini del decidere, come invece sostenuto dalla difesa della ricorrente.

Essendo il secondo motivo di ricorso infondato, viene conseguentemente meno l'interesse a scrutinare il primo.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 705 del 23 marzo 2010 pronunciata dal Tar Lombardia, Milano

**N. 00705/2010 REG.SEN.
N. 01830/2009 REG.RIC.**



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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1830 del 2009, proposto da:
Ricorrente S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Massimo Colicchia, Giuseppe Fuda, Claudia Sarrocco, con domicilio eletto presso Giuseppe Fuda in Milano 4840af, piazza Velasca 4;

contro

Metropolitana Milanese S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Luca Griselli, Manuela Muscardini, con domicilio eletto presso Guido Greco in Milano, P.Le Lavater, 5;

nei confronti di

Cooperativa Controinteressata Strade e Cave A R.L. e Coop. di Costruzioni Controinteressata DUE P.A., rappresentato e difeso dagli avv. Susanna Corsini, Alessandro Maniaci, con domicilio eletto presso Alessandro Maniaci in Milano 5918af, via Podgora, 12/B;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

per l'annullamento, previa sospensione e richiesta di decreto cautelare ante causam:

- 1) del verbale di CDA del 25 giugno 2009 di aggiudicazione a favore del costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе tra la Cooperativa Controinteressata Strade e Cave a rl e la Cooperativa di Costruzioni Controinteressata DUE p.a.(doc.1);
- 2) del verbale di CTIA del 15 giugno 2009 contenente la proposta di aggiudicazione;

3) per quanto occorra del verbale di gara del 4 febbraio 2008 (doc. 3) nonchè del bando di gara nonchè di qualsiasi altro atto preordinato, connesso e/o consequenziale, ancorchè non noto;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Metropolitana Milanese S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cooperativa Controinteressata Strade e Cave A R.L. e Coop. di Costruzioni Controinteressata DUE P.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17/03/2010 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con bando di gara datato 05.12.2008 l'azienda resistente indicava una procedura per l'affidamento in appalto "della realizzazione delle opere di assistenza alla manutenzione ordinaria e al pronto intervento, anche in condizioni di emergenza, a seguito di danneggiamenti, rotture o modifiche impiantistiche, delle reti dell'acquedotto di Milano".

L'attuale ricorrente si è classificata al terzo posto in graduatoria, dietro a GAMMA S.p.a. (seconda classificata) e al raggruppamento temporaneo di imprese costituito da Cooperativa Controinteressata Strade e Cave, e la Cooperativa di Costruzioni Controinteressata DUE (aggiudicataria).

Con il presente gravame si lamenta la mancata esclusione delle prime due classificate, con la conseguente aggiudicazione a favore della ricorrente.

A) Con il primo motivo si censura l'illegittima ammissione della prima classificata, che avrebbe invece dovuto essere esclusa per le seguenti ragioni:

A1) Omessa indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento temporaneo di imprese, da parte di ciascuna delle due imprese facenti parte del medesimo;

A2) Omessa presentazione delle dichiarazioni di cui all'art. 38 c. 1 lett. c) D.Lgs. n. 163/06, riferite ai legali rappresentanti di un'impresa incorporata da parte della concorrente, nel triennio precedente alla pubblicazione del bando di gara;

A3) A fronte della condanna subita dal direttore amministrativo e dal legale rappresentante della società prima classificata, la stessa non avrebbe adottato misure sufficienti ad integrare la dissociazione.

B) Con il secondo motivo si censura l'illegittima ammissione della seconda classificata, che avrebbe invece dovuto essere esclusa per le medesime ragioni dedotte nel motivo sub A2) già esposto.

Preliminarmente il Collegio osserva come, ai fini della sussistenza dell'interesse a ricorrere, lo scrutinio del primo motivo (sub A) diviene possibile solo successivamente all'eventuale accoglimento del secondo (sub B). Il rigetto del motivo di ricorso con il quale si chiede l'esclusione della seconda classificata, priverebbe infatti il ricorrente, terzo classificato, dell'interesse ad ottenere l'esclusione della prima, non potendo in ogni caso conseguire alcuna utilità da una siffatta pronuncia.

Con il motivo sub B) il ricorrente deduce che GAMMA S.p.a., seconda classificata, nel triennio antecedente la pubblicazione del bando relativo all'appalto per cui è causa, ha incorporato per fusione, in forza di una delibera del consiglio di amministrazione datata 18.08.2007, le società ALFA S.r.l., BETA S.r.l. e DELTA S.r.l. Illegittimamente GAMMA S.p.a. non ha reso alcuna dichiarazione relativa all'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 c. 1 lett. c) D.Lgs. n. 163/06, con riferimento ai legali rappresentanti e ai direttori tecnici delle imprese incorporate. L'art. 38 cit. prevede infatti che "l'esclusione e il divieto operano

anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara”, non distinguendo la cessazione per dimissioni volontarie, da quella dipendente da vicende legate agli assetti societari della concorrente. Nel caso di che trattasi non è comunque emersa l’esistenza di alcuna condanna in capo alle persone interessate.

Il Collegio è quindi chiamato a decidere se, in caso di fusione per incorporazione avvenuta nel triennio precedente la pubblicazione del bando, il concorrente che non abbia rilasciato le dichiarazioni relative all’insussistenza delle cause di esclusione di cui all’art. 38 c. 1 lett. c) D.Lgs. n. 163/06, riferite ai legali rappresentanti dell’impresa incorporata, debba o meno essere escluso, nel caso in cui il bando di gara nulla preveda sul punto, e qualora i predetti rappresentanti non abbiano comunque riportato reati.

Sul punto la giurisprudenza non è unanime.

Secondo un primo orientamento, “in tema di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, la posizione dei soggetti titolari o direttori tecnici di imprese, le cui aziende, o rami di azienda, abbiano formato oggetto di cessione ad un'impresa partecipante ad una gara d'appalto, è del tutto assimilabile a quella dei soggetti cessati dalle cariche all'interno della stessa impresa, sicché anche per tali soggetti valgono gli oneri dichiarativi previsti dall'art. 38 lett. c), D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (T.A.R. Sicilia Palermo Sez. III 19 maggio 2009 n. 943; C.G.A. Sez. giurisd. 23 luglio 2008 n. 685; 29 maggio 2008 n. 471; 6 maggio 2008 n. 389). L’orientamento, in passato seguito anche dalla Sezione, ritiene che la ratio insita nell’art. 38 c. 1 lett. c) D.Lgs. n. 163/’06 sia quella di evitare che un concorrente, le cui persone fisiche siano incorse nella violazione dei precetti penali rilevanti ai fini della partecipazione alle procedure d’appalto, possa sic et simpliciter porre nel nulla la rilevanza di tali fatti, cessando i rapporti con le persone fisiche interessate. Al contrario, in base all’art. 38 cit., il disvalore connesso al compimento di determinati reati, nel limite

del triennio, estende i suoi effetti alla compagine societaria a prescindere dalla perduranza del rapporto tra persona fisica e concorrente, ad eccezione del caso in cui quest'ultimo abbia dato prova di "dissociazione" da tali condotte, la cui concreta sussistenza è configurata dalla giurisprudenza con un certo rigore. Non potrebbero pertanto introdursi distinzioni in ordine al motivo della cessazione, artatamente distinguendo, ad esempio, tra dimissioni volontarie, o per il caso che la cessazione dipenda da vicende legate agli assetti societari della concorrente (T.A.R. Lombardia, Sez. I 28.05.2008 n. 1861).

Secondo un contrapposto orientamento, a cui la Sezione ha più recentemente aderito (T.A.R. Lombardia, Sez. I 23.09.2009 n. 4722) "nel caso in cui la cessione del ramo di azienda intervenga prima della presentazione dell'offerta da parte del cessionario, i requisiti per la partecipazione alla gara vanno verificati con riferimento all'impresa cessionaria" (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 04 novembre 2008 n. 19218).

Ritiene il Collegio che laddove il bando nulla prescriva, l'incorporazione sia precedente la presentazione dell'offerta, e non sia emerso nessun precedente penale a carico degli amministratori della società incorporata, sia illegittima la l'esclusione della concorrente incorporante, che non abbia rilasciato le dichiarazioni di moralità anche relativamente agli amministratori della società incorporata.

La soluzione prescelta appare conforme al principio del favor participationis, che impone un'interpretazione restrittiva delle cause di esclusione (T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 15 luglio 2004 n. 3100). Un recente indirizzo del Consiglio di Stato, in adesione al predetto principio, si è spinto a ritenere che il partecipante nel rendere la dichiarazione ben può operare un giudizio di rilevanza delle singole condanne, e ritenere che i relativi fatti non incidano sulla moralità professionale, senza incorrere nel mendacio (C.S. Sez. V 08.09.2008 n. 4244). L'esclusione del

concorrente che abbia omissis una dichiarazione non espressamente richiesta, dalla normativa e dalla *lex specialis*, non risulterebbe pertanto in linea con l'evoluzione del panorama giurisprudenziale, nel quale si trovano anche le predette interpretazione particolarmente restrittive delle cause di esclusione invece già espressamente previste.

L'adesione all'indirizzo giurisprudenziale sopra riportato è quindi dovuta all'esigenza di privilegiare la massima partecipazione, a fronte di una normativa che non impone espressamente il rilascio delle dichiarazioni di moralità, anche con riferimento ai rappresentanti delle imprese incorporate. Ciò non toglie che del tutto legittimamente le stazioni appaltanti possano opportunamente inserire nella *lex specialis* obblighi specifici in tal senso, come nel caso di specie avvenuto da parte dell'Azienda resistente, successivamente alla procedura per cui è causa. Tale circostanza di mero fatto, non può tuttavia ritenersi di alcuna rilevanza ai fini del decidere, come invece sostenuto dalla difesa della ricorrente.

Essendo il secondo motivo di ricorso infondato, viene conseguentemente meno l'interesse a scrutinare il primo.

Il ricorso va respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, in considerazione dei contrasti giurisprudenziali richiamati nel corso della presente sentenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo per la Lombardia – Sezione Prima – respinge il ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 17/03/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Elena Quadri, Presidente FF

Mauro Gatti, Referendario, Estensore

Laura Marzano, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/03/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO