

N. 06271/2013REG.PROV.COLL.

N. 04115/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 4115 del 2013, proposto da:

Ingegneria Biomedica Santa Lucia S.p.A. Società a socio unico, in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento con CME - Prima Vera S.p.A, Thermo Fisher Scientific S.p.A., Dionex S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Andrea Zanetti, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Regione Emilia Romagna;
Intercent - ER Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Telematici, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Lollì e Aristide Police, con domicilio eletto presso Aristide Police in Roma, piazza Adriana, 20;

nei confronti di

Perkin Elmer Italia S.p.A. in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con H.C. Hospital Consulting, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Greco, Manuela Muscardini e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele 349;
Agenzia Regionale per la Protezione Ambientale (ARPA) per il Piemonte;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA ROMAGNA – Bologna, Sezione II n. 322/2013, resa tra le parti, concernente affidamento dei servizi di manutenzione delle apparecchiature di analisi ambientale –mcp.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Intercent –ER Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Telematici e di Perkin Elmer Italia S.p.A. nella qualità in atti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2013 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Zanetti, Police e Sandulli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con bando di gara pubblicato sulla GURI il 2 gennaio 2012, Intercent – ER indicava una procedura aperta suddivisa in quattro lotti, per la stipula della convenzione quadro per l'affidamento dei servizi di manutenzione delle apparecchiature di analisi ambientale valevole per alcune agenzie regionali per la protezione ambientale.

La durata della convenzione era fissata in 12 mesi, rinnovabili per altri 12 mesi.

All'esito della gara, i lotti 1 e 2 venivano aggiudicati al costituendo raggruppamento formato da Perkin Elmer Italia s.p.a. e Hospital Consulting s.p.a.

2.- Ingegneria Biomedica, che già svolgeva il servizio di manutenzione delle apparecchiature di analisi ambientale per l'ARPA Piemonte (lotto 1), collocatasi per entrambi i lotti 1 e 2 al secondo posto con un punteggio inferiore di 0,58 punti rispetto all'aggiudicataria, con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione del lotto 1, lamentando violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Perkin Elmer Italia proponeva ricorso incidentale con il quale deduceva l'illegittima ammissione alla gara della ricorrente principale per non aver presentato la dichiarazione del pregiudizio penale di Rollo Maurizio, amministratore della società cessato dalla carica successivamente alla pubblicazione del bando di gara.

3.- Il TAR con sentenza n. 322 del 2013 accoglieva il ricorso incidentale e dichiarava improcedibile il ricorso principale, con condanna della ricorrente principale al pagamento di euro 8.000,00 per spese di giudizio in favore dell'amministrazione e della ricorrente incidentale.

Secondo il giudice di primo grado, l'obbligo della dichiarazione del pregiudizio penale ex art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 sussiste anche per l'amministratore munito di poteri di rappresentanza che sia cessato dalla carica nello spazio temporale tra la pubblicazione del bando di gara e la presentazione dell'offerta, non rilevando che la fattispecie non sia espressamente prevista, rispondendo alla *ratio* della disposizione che è quella di escludere dalla partecipazione le società i cui soggetti che abbiano o abbiano avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale nella società di appartenenza siano privi dei requisiti di moralità.

Non rileverebbe nemmeno che dal certificato del casellario giudiziale (prodotto successivamente) non risultino iscritte condanne, in quanto la previsione normativa della esclusione per il caso di omessa dichiarazione renderebbe insanabile la mancata presentazione del documento.

4.- Ingegneria Biomedica ha proposto appello per l'annullamento o la riforma della suddetta sentenza, assumendone l'erroneità in fatto e diritto, non essendo previsto dalla legge l'obbligo della dichiarazione del pregiudizio penale per l'amministratore cessato dalla carica dopo la pubblicazione del bando di gara e in data antecedente la presentazione dell'offerta e trattandosi di omissione comunque sanabile.

Ha concluso per l'accoglimento del ricorso di primo grado di cui ha riproposto i motivi non esaminati dal TAR.

Si è costituita in giudizio Intercent – ER Agenzia regionale per lo sviluppo dei mercati telematici che ha chiesto il rigetto dell'appello, precisando, comunque, che non vi sarebbe alcun profilo di colpevolezza nel comportamento da essa tenuto, atteso l'obbligo di esaminare e valutare solo gli atti e i documenti depositati tra i quali non figurerebbe quello oggetto di contestazione.

Si è costituita in giudizio Perkin Elmer Italia che ha chiesto il rigetto dell'appello, riproponendo anche il secondo motivo del ricorso incidentale, non esaminato dal TAR, relativo alla mancanza della dichiarazione di pregiudizio penale da parte di alcuni procuratori speciali delle società associate di Ingegneria Biomedica.

Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e alla pubblica udienza dell'8 ottobre 2013, il giudizio è stato assunto in decisione.

5.- L'appello è infondato e deve essere respinto.

6.- La questione controversa riguarda l'obbligo della dichiarazione del pregiudizio penale per l'amministratore munito di poteri di rappresentanza che sia cessato dalla carica nel periodo intercorrente tra la data di pubblicazione del bando e la presentazione dell'offerta.

Secondo la società appellante, l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, nel prevedere per i soggetti cessati dalla carica l'obbligo della dichiarazione del pregiudizio penale, farebbe riferimento ai soli soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando e, trattandosi di norme di stretta interpretazione, ne sarebbe consentita solo l'interpretazione letterale.

L'assunto è infondato.

Deve ritenersi che rispetto agli obblighi di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, la data della pubblicazione del bando di gara costituisce il discrimine temporale che definisce sia i soggetti in carica sia quelli cessati, imponendo le dichiarazioni di rito ad entrambe le categorie con riferimento quindi tanto alla situazione esistente a quella data quanto a quella antecedente.

Tale onere dichiarativo rimane quindi indifferente al mutamento, dopo il giorno di pubblicazione dell'atto indittivo, delle persone nelle cariche sociali e negli incarichi previsti dalla norma (in termini cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 6 luglio 2011, n. 1022; TAR Puglia, sezione distaccata di Lecce, 23 giugno 2012, n. 1134).

Ne consegue che è priva di consistenza giuridica la tesi dell'appellante secondo la quale il soggetto cessato dalla carica nel periodo tra l'indizione del bando e la presentazione dell'offerta non sarebbe tenuto a rendere la dichiarazione del pregiudizio penale.

Tale prospettazione presuppone l'esistenza di una *vacatio* tra l'indizione del bando e la presentazione dell'offerta, una specie di zona neutra che non trova ragione né nella *ratio* della norma né nell'interpretazione letterale, atteso che la norma non individua i soggetti tenuti alla dichiarazione del pregiudizio penale esclusivamente in coloro che sono amministratori muniti di poteri rappresentativi al momento dell'offerta, sicché non può che farsi riferimento alla data di indizione del bando.

Ne consegue che la società appellante avrebbe dovuto presentare la dichiarazione di moralità dell'amministratore cessato dalla carica dopo la pubblicazione del bando di gara, dovendosi interpretare il richiamo all'art. 38 operato dal disciplinare di gara come comprensivo di tale obbligo.

Parimenti priva di fondamento è la tesi difensiva con cui controparte sostiene che l'omessa dichiarazione potesse essere sanata dalla produzione in giudizio del certificato del casellario giudiziale nel quale non risultano annotate condanne a carico del suddetto amministratore.

La teoria del c.d. "falso innocuo", cui fa riferimento l'appellante, non può operare laddove trattasi di assenza di dichiarazioni previste dalla legge e dal bando a pena di esclusione.

D'altra parte non è ravvisabile nella *lex* di gara alcuna carenza che possa aver indotto in errore circa l'obbligo della dichiarazione, sì da giustificare una tardiva produzione documentale.

Invero la ricorrente si sofferma sulla disposizione della *lex* di gara riguardante la dichiarazione dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando e non considera i soggetti in carica alla data di pubblicazione del bando, tra i quali rientra per l'appunto il signor Rollo.

Sono di conseguenza non pertinenti i richiami contenuti in ricorso a quella giurisprudenza che ammette l'integrazione delle dichiarazioni rese in conformità del bando e dei moduli da essa predisposti, riguardando fattispecie del tutto diverse da quella qui in questione.

7.1- Sotto altro profilo non può essere sottovalutata la differenza sostanziale tra il certificato dei carichi pendenti e la dichiarazione ex l. n. 445 del 2000 di inesistenza del pregiudizio penale, atteso che il certificato del casellario giudiziale rilasciato ai privati non contiene tutte le condanne eventualmente comminate all'interessato, mancando quelle per le quali è prevista la non menzione, tra le quali le condanne di tipo contravvenzionale per le violazioni delle norme di sicurezza sul lavoro, che sono normalmente rilevanti nella materia dei pubblici appalti.

7.2- Per le ragioni esposte l'appello deve essere respinto, con conferma della sentenza di primo grado, anche per quanto

attiene la statuizione di improcedibilità del ricorso principale.

Quanto alle spese di giudizio, sussistono giusti motivi, anche in considerazione della novità della questione, per disporre la compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/12/2013

IL SEGRETARIO

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