Soccorso istruttorio e discrezionalità della stazione appaltante sull'incisività del reato

di Michele Di Donna

Data di pubblicazione: 4-7-2016

- 1. Il difetto di sottoscrizione della domanda di partecipazione a una gara d'appalto, tenuto conto della funzione cui essa attende, risulta sanabile ex art. 46, comma 1 ter, D.Lgs. n. 163/2006 (1).
- 2. La valutazione in ordine all'incidenza sulla moralità professionale delle sentenze di condanna riportate dai soggetti partecipanti a una gara d'appalto, è affidata alla discrezionalità della stazione appaltante (2).
- (1) Conforme Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4595. Difforme, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 17 gennaio 2013, n. 368.
- (2) Conforme T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 14 gennaio 2016, n. 208; *idem*, Sez. VI, 19 novembre 2015, 5359. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2015, n. 927. Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Guida alla lettura

La sentenza del T.A.R. di Roma qui segnalata ha incentrato il suo scrutinio su due questioni:

- l'esperibilità del soccorso istruttorio in caso di mancanza della sottoscrizione della domanda di partecipazione a una gara d'appalto;
- la riconducibilità al potere discrezionale della stazione appaltante della valutazione dell'incidenza sulla moralità professionale del partecipante alle gare d'appalto delle condanne definitive dal medesimo riportato.

Affrontando la prima questione (sul sostegno di Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2012, n. 726),

ha premesso opportunamente il Collegio che i vizi relativi alla domanda di partecipazione a una gara d'appalto, pertengono il piano della sua **efficacia** e non della validità.

La loro sanabilità, in linea generale, è perseguibile con un approccio di tipo sostanzialistico; infatti, com'è noto, dall'**interpretazione combinata** dell'art. 38, comma 2 *bis* e 46, comma 1 *ter*, D.Lgs. n. 163/2006, la mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e dichiarazioni da produrre da parte dei concorrenti in base alla legge, tra cui quello della sottoscrizione (che non evidenzino un'incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta) è sanabile e dà luogo al pagamento della **sanzione pecuniaria** prevista dal bando.

È intuibile, dunque, la *ratio* di evitare l'esclusione da una gara per questioni solo inerenti a circostanze relative alla forma e al contenuto delle dichiarazioni (T.A.R. Roma, sez. II, 22.1.2016, n. 798); d'altro canto, non inutile è precisare che il riferimento a ogni incompletezza documentale della domanda di partecipazione deve ritenersi limitato alla fase dichiarativa dei requisiti per l'ammissione alla gara, non già al successivo controllo sulla persistenza degli requisiti sostanziali già accertati (T.A.R. Liguria, sez. II, 2.12.2015, n. 976).

La sentenza in esame, pertanto, in applicazione del suesposto principio, ha respinto l'interposto gravame assumendo che, pur essendo la sottoscrizione della domanda di partecipazione un elemento essenziale che pertiene propriamente alla manifestazione di volontà di partecipazione alla procedura selettiva, la eventuale carenza deve ritenersi sanabile.

Con il D.Lgs. 50/2016, nuovo Codice dei contratti pubblici, ha inteso riaffermare la irregolarità delle offerte non conformi a quanto prescritto nei documenti di gara *ex* art. 59, comma 3; in particolare, confermando come le carenze di qualsivoglia elemento formale della domanda di partecipazione e del documento di gara unico europeo (novità quest'ultima), possono essere sanate mercé il soccorso istruttorio, che obbliga il concorrente al pagamento di una sanzione pecuniaria, sempre stabilita dal bando, ma non superiore a Euro 5.000.

Quanto alla seconda questione al suo vaglio, il T.A.R. capitolino ha osservato, come sia lasciata alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione circa l'idoneità incisiva sulla moralità professionale *ex* art. 38, comma 1, lett. c), D.Lgs. 163/2006, delle condanne passate in giudicato a carico dei soggetti che partecipano alle procedure di affidamento (Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2015, n. 927 e *idem*, sez. III, 3 dicembre 2015, n. 5481).

Il Collegio ha cosi stabilito che due sentenze di condanna definitiva (per violazione dell'art. 44, comma 1, lettera c) del D.P.R. 380/2001 e per il reato di cui all'art. 95, D.P.R. 380/2001), non potevano indurre l'esclusione dell'aggiudicataria, in quanto non incisive, tenuto conto, altresì, della natura dei lavori appaltati. In ciò, il G.A. romano ha opportunamente prescritto, quanto al piano della motivazione della stazione appaltante, che quest'ultima non avrebbe dovuto assolvere ad alcun tipo di onere motivazionale a riguardo, potendo essa desumersi implicitamente o per facta concludentia (T.A.R. Veneto, sez. I, 1 settembre 2015, n. 953), diversamente dal caso in cui la P.A. ravvisi la gravità del reato che, invece, impone l'assolvimento di un particolare onere motivazionale (Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2013, n. 5558).

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2269 del 2016, proposto da:

Rogu Costruzioni Srl, in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e o	difesa dall'avv.	Vincenza I	Di Martino,	presso il cui	studio in

Roma, Via Pompeo Magno, 7, è elettivamente domiciliata;

contro



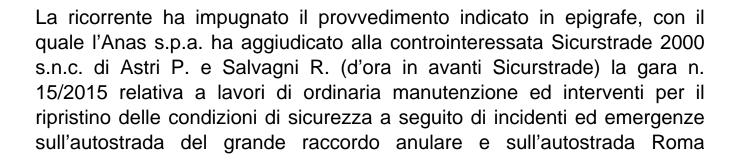
per l'annullamento

della nota prot. 0000687-p del 14.01.16 con cui l'ANAS ha comunicato l'aggiudicazione alla Sicurstrade 2000 Snc di Astri P. e Salvagni R. della gara n. 15/2015, relativa a lavori di ordinaria manutenzione interventi per il ripristino delle condizioni di sicurezza a seguito di incidenti ed emergenze - A 90 "autostrada del grande raccordo anulare" - A 91 "autostrada Roma

Aeroporto di Fiumicino"

e per il risarcimento danni.
Visti il ricorso e i relativi allegati; Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e della Sicurstrade 2000
Snc di Astri P. e Salvagni R.;

Visti tutti gli atti della causa; Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2016 la dott.ssa Roberta
Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.



Aeroporto di Fiumicino.

Ha chiesto pure il risarcimento del danno per equivalente in misura da

quantificarsi in corso di causa.

Avverso il provvedimento gravato ha articolato i seguenti motivi di

doglianza.

Mancanza della firma congiunta nella domanda di partecipazione alla gara e nell'offerta economica da parte dei soci amministratori della società aggiudicataria. Violazione e falsa applicazione degli artt. 73 e 74 del d.lgs. 163/2006. Violazione dei principi in tema di dichiarazioni e di offerta economica, violazione e falsa applicazione dell'art. 46, comma 1 bis, del

d.lgs. 163/2006.

La ricorrente rappresenta come, sebbene a norma di statuto il potere di rappresentanza della Sicurstrade fosse attribuito ai due soci amministratori con firma congiunta, la domanda di partecipazione alla gara e l'offerta economica sono state in realtà sottoscritte ciascuna da uno solo dei due amministratori, ciò che comporterebbe l'inidoneità delle due dichiarazioni a vincolare validamente la società, con conseguente illegittimità del

provvedimento di aggiudicazione.

Si verterebbe, infatti, in un'ipotesi di carenza di potere rappresentativo, vizio non sanabile dopo la presentazione dell'offerta, neanche a mezzo

Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lettera c) del d.lgs. 163/2006 e della parte I, punto 1, lett. g) e della parte II, lett. c) del disciplinare di gara, eccesso di potere per difetto di istruttoria, omessa valutazione da parte di Anas s.p.a. della moralità professionale degli

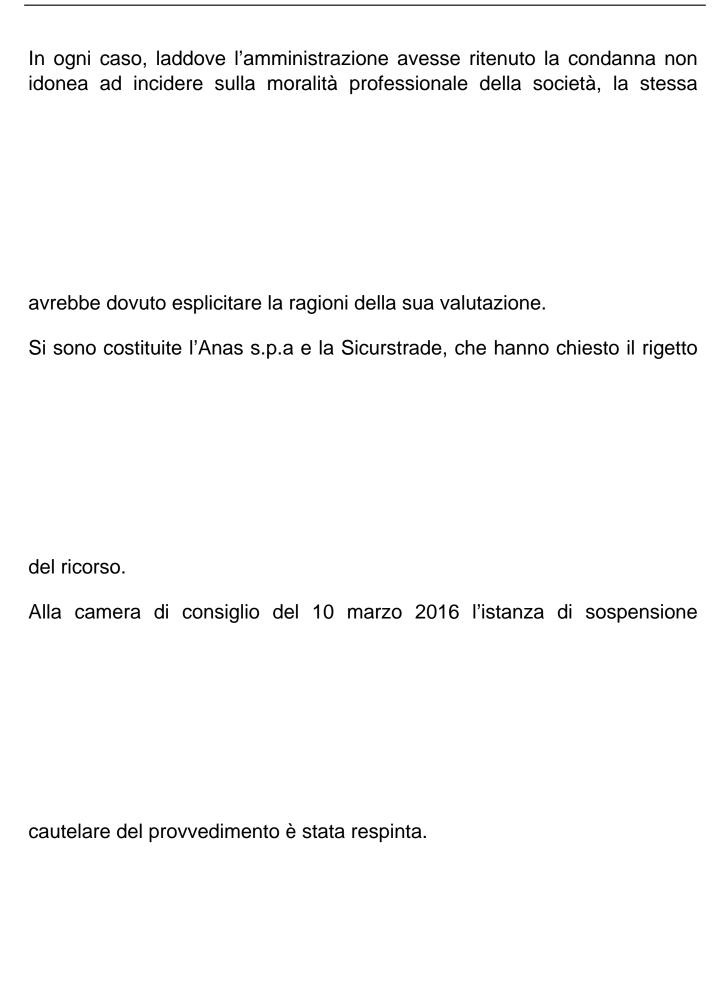
amministratori della Sicurstrade.

La ricorrente rappresenta come uno degli amministratori della società aggiudicataria ha dichiarato che nei suoi confronti erano state emesse due sentenze di condanna, una delle quali - Tribunale di Velletri del 25 febbraio 2008 - per violazione dell'art. 44, comma 1, lettera c) del d.P.R. 380/2001 e

per il reato di cui all'art. 95 del d.P.R. 380/2001.

Tale circostanza avrebbe dovuto comportare, a giudizio della ricorrente, la necessaria esclusione della società controinteressata ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici, trattandosi di reati idonei ad incidere sulla moralità professionale dell'aggiudicataria, tenuto conto che l'oggetto della gara era costituito da lavori di ordinaria manutenzione e ripristino delle

pagina 13 / 74



pagina 14 / 74



119 e 120 del codice del processo amministrativo.

In ogni caso, il collegio rileva l'infondatezza della eccezione di improcedibilità del ricorso, prospettata dalla memoria in esame sul presupposto che la ricorrente, che avrebbe impugnato la sola aggiudicazione provvisoria, non avrebbe poi impugnato con motivi aggiunti l'aggiudicazione definitiva intervenuta il 16 marzo 2016 e, dunque, in

tempo successivo alla proposizione del ricorso.

Deve infatti rilevarsi come, dal tenore letterale del provvedimento gravato, emerge indubitabilmente il fatto che l'atto impugnato è l'aggiudicazione definitiva, mentre gli atti menzionati dalla controinteressata ed intervenuti in tempo successivo all'instaurazione del giudizio attengono ad adempimenti

successivi all'aggiudicazione medesima.

Nel merito il ricorso è infondato.
Con il primo motivo di doglianza la ricorrente ha sostenuto l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata in quanto sia la domanda di partecipazione alla gara che l'offerta economica sono state sottoscritte ciascuna da uno solo dei due amministratori, in violazione dalle norme statutarie che prevedevano l'attribuzione della rappresentanza della
società ai due amministratori a firma congiunta.
La prospettazione non può essere condivisa.
L'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, vigente al momento dello svolgimento del procedimento, disponeva che "

La stazione appaltante

esclude i candidati	o i concorrent	i in caso di	i mancato	adempimento	alle

prescrizioni	previste	dal	presente	codice	е	dal	regolame	ento	е	da	altre

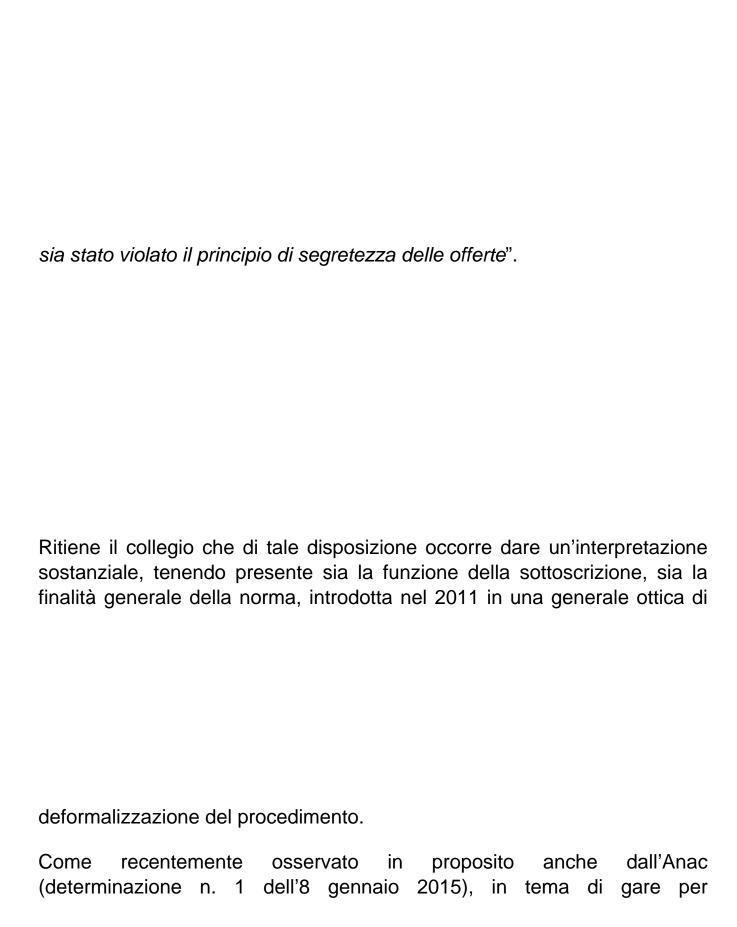
disposiz	zioni	di	legge	vigenti,	nonché	nei	casi	di	incertezza	assoluta	sul

contenuto (o sulla pr	ovenienza	dell'offerta,	per difetto	di sottoscrizi	ⁱ one o di

altri elementi ess	enziali ovvero in	caso di non int	egrità del plico	contenente

l'offe	rta	0	la	do	ma	and	la	di	pa	rted	cipa	azio	one	0	al	tre	irre	ego	lari	tà	rela	ative	? 6	alla

chiusura dei plichi,	tali da far ritenere,	, secondo le circost	anze concrete, che



l'affidamento di pubblici appalti, "la sottoscrizione dell'offerta ha la fur	nzione

di ricondui	rre al suo a	autore l'im _i	pegno di e	effettuare la	prestazione	oggetto

del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare,

contemporaneamente,	la	provenienza	, la	serietà	e	l'affidabilità	dell'offerta

stessa".

Da tale premessa, l'Autorità trae la condivisibile conseguenza che, pur essendo la sottoscrizione della domanda di partecipazione un elemento essenziale, che attiene propriamente alla manifestazione di volontà di partecipare alla gara, poiché la stessa non impatta sul contenuto e sulla segretezza dell'offerta, la sua eventuale carenza deve ritenersi sanabile. Ed, infatti, "



escluda	l'incertezza	assoluta	sulla	provenienza),	dal	combinato	disposto

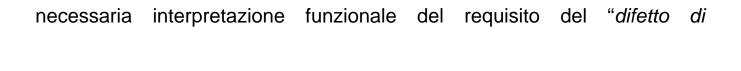
dell'art	. 38,	comi	ma 2-	bis e	46, c	omma	1-ter	del Co	odice, i	risulta	ora s	anabile

ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità (a	anche)	degli

elementi che	devono esse	re prodotti d	ai concorrent	i in base alla	legge (al

bando o al disciplinare	di gara),	ivi incluso	l'elemento	della sott	oscrizione,

la



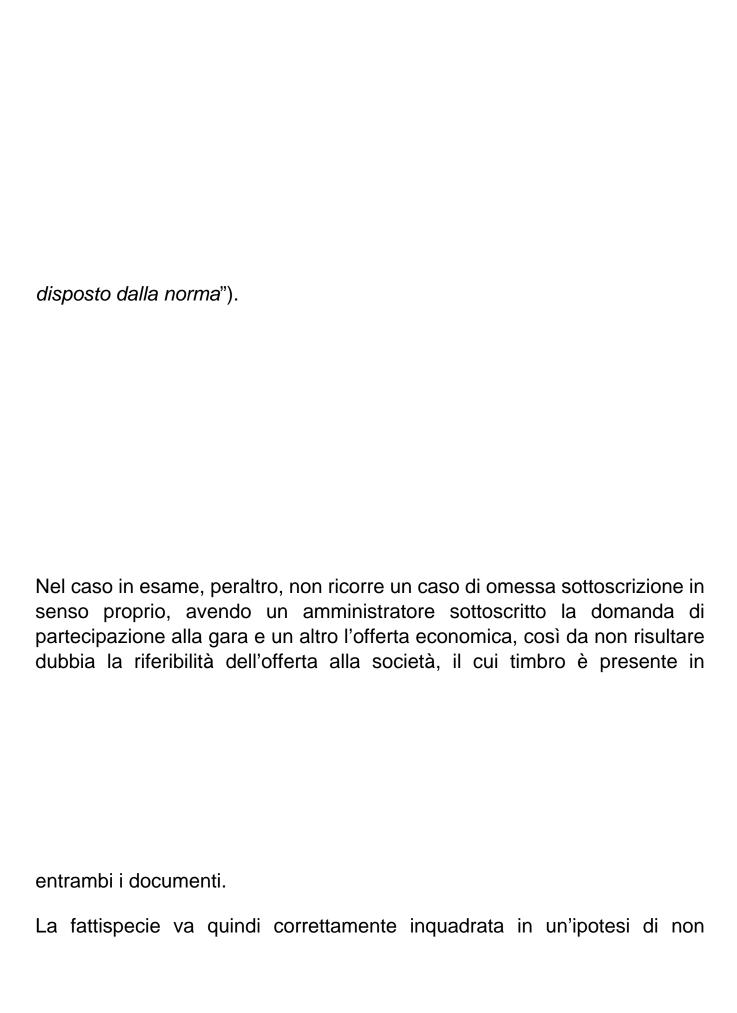
sottoscrizione", cfr.	Consiglio di S	stato, sez. V, 1	0 settembre 20)14 n. 4595,

che i	rileva	come	la	suddetta	carenza	"per	comporta	re la	necessaria	ed

automatica	esclusione	del	concorrente,	debba	determinare	"l'incertezza

assoluta	sulla	provenienza	dell'offerta",	risolvendosi	altrimenti	in	una

mancanza	di	natura	formale	inidonea	a	produrre	l'effetto	sanzionatorio





Tale tipologica di vizi, tuttavia, in forza dei principi generali, opera sul piano della efficacia e non su quello della validità (nel senso della non operatività sul piano della validità degli atti posti in essere in violazione o in carenza dei limiti del potere rappresentativo, ancorché con riferimento alle società di capitali, cfr, Consiglio di Stato, sez. V, 14 febbraio 2012, n. 726, secondo

cui in tali ipotesi non ricorre "un'invalidità del negozio deducibile dalla

controparte, n	na la mera ineffica	cia del medesin	no nei confronti a	lella società



La già rilevata peculiarità della vicenda, e cioè la circostanza per cui ciascun amministratore ha sottoscritto uno degli atti con i quali la società ha chiesto di partecipare alla gara rende, in ogni caso, inapplicabile al caso in esame il diverso indirizzo giurisprudenziale invocato dalla controinteressata - e formatosi in massima parte con riferimento a casi in cui, pur in presenza di previsioni normative o statutarie di firma congiunta, l'atto era stato firmato da uno solo dei soggetti muniti di potere rappresentativo – atteso che non vengono qui in rilievo quelle esigenze di affidamento della stazione appaltante e di preventivo vaglio della serietà e validità dell'impegno a tutela delle quali sono stati affermati la efficacia viziante e la non sanabilità

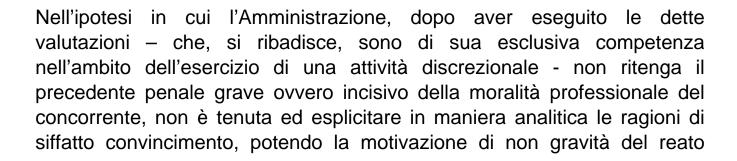
Con il secondo motivo di doglianza la ricorrente ha censurato la mancata valutazione della condanna riportata da uno degli amministratori della ricorrente quale causa di inidoneità morale della società, lamentando, in subordine, la mancata esplicitazione delle ragioni per le quali la condanna

non è stata ritenuta ostativa.

Anche tale doglianza è infondata.

E' noto che nelle gare d'appalto la valutazione in ordine alla gravità delle eventuali condanne riportate dai concorrenti e alla loro incidenza sulla moralità professionale spetta esclusivamente all'Amministrazione appaltante (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 25 febbraio 2015, n. 927), nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale ad essa attribuito e deve essere effettuata mediante la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato (Consiglio di Stato, sez. III, 03 dicembre 2015, n.

5481). pagina 48 / 74



risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione

alla	gara	dell'impresa,	mentre	è	la	valutazione	di	gravità	che	richiede

l'assolvimento di un particolare onere motivazionale (T.A.R. Veneto, sez. I

1 settembre 2015, n. 953, o	con ampi riferimenti ç	giurisprudenziali e ı	richiamo a

Consiglio di	Stato, sez.	VI, 22	novemb	re 2013,	n. 5558,	che ha	osservato

come	"Laddove	si	applicasse	in	modo	sostanzialmente	automatico

l'esclusione dalle gare di cui al citato art. 38, comma 1 del cod	lice dei

contratti,	fuori	dei	casi	previs	sti, (ovver	o a	pres	cinde	ere d	a ogni	i valu	tazione

circa	la	gravità	del	comportamento	colpevole	del	soggetto,	il	quadro

ricostruttivo in tal r	modo delineato si ,	porrebbe in conti	rasto con l'articolo 45,

nor	2	dollo	dirattiva	2004/19/05	accondo	oui	nuò	ooooro	oooluoo	dollo
par.	2	uella	uirettiva	2004/18/CE,	Secondo	CUI	puo	essere	escius0	ualia

partecipazione alla	gara ogni opera	tore economico (quando il reato "i	incida"

sulla sua moralità professionale (lett. c) oppure quando "non sia in r	egola"

con	gli	obblighi	contributivi	(lett.	e).	L'art.	38	del	codice	dei	contratti	va

dunque	letto	nel	senso	che	costitui	scono	condizioni,	perché	l'esclusione

consegua	alla (condan	nna, la	gravità	del ı	reato e	il rifle	sso de	llo stes	so su	ılla

morai	lità profes:	sionale di	imodochè	e, al fine	di apprez	zzare il gr	ado di m	oralità

del	singolo	concorrente,	in	applicazione	del	principio	comunitario	di

proporzionalità,	assumono rile	evanza la natu	ıra del reato e	d il contenuto del

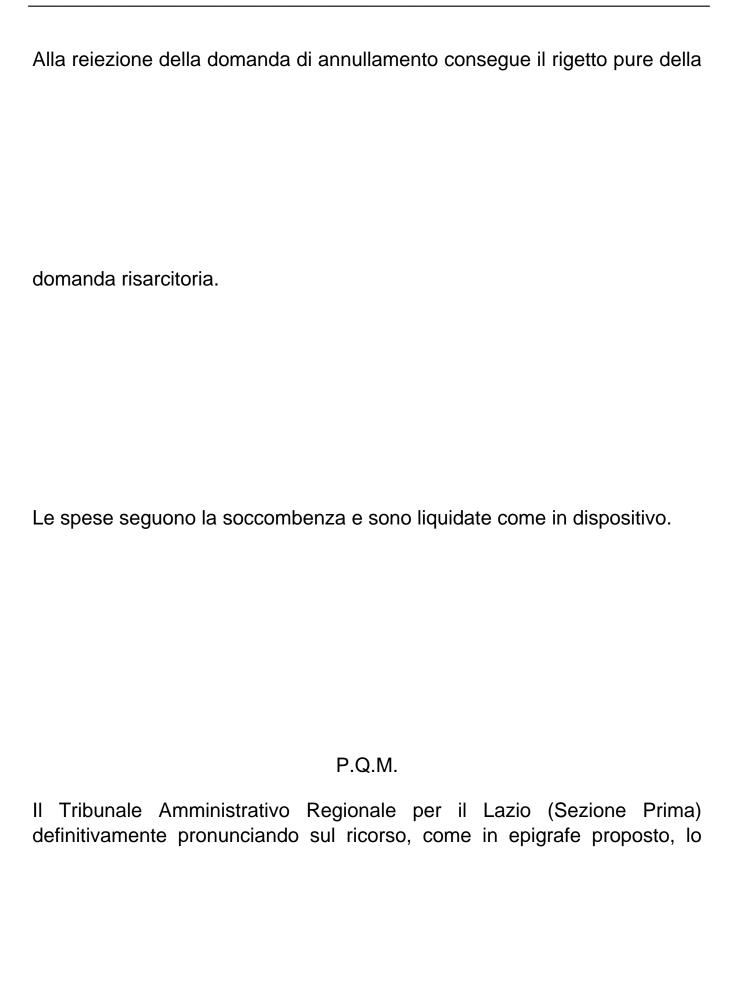
contratto	oggetto	della	gara,	senza	eccedere	quanto	è	necessario	а

garantire l'interesse dell'amministrazione di non contrarre obbligazioni d	con

soggetti	che	non	garantiscano	l'adeguata	moralità	professionale,	come

ricorre nel caso di "falso innocuo".

Nel caso in esame non è dubbio che la conoscenza dell'intervenuta condanna fosse stata acquisita agli atti del procedimento, ciò che è effettivamente imprescindibile al fine di ritenere la consapevole valutazione da parte dell'amministrazione, tanto più che la medesima valutazione di irrilevanza dei precedenti penali dichiarati da uno degli amministratori di Sicurstrade e di consequenziale sussistenza del requisito di carattere generale di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 - peraltro non illogica né irragionevole alla luce, quantomeno, del tempo trascorso dalla commissione e dell'entità della pena inflitta - era già stata compiuta dall'amministrazione in precedenti gare (cfr. documentazione versata in atti dalla



pagina 72 / 74

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore dell'amministrazione e della controinteressata, liquidate nella misura di € 1.000,00 (mille/00) per ciascuna parte e quindi in complessivi € 2.000,00
(duemila/00).
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2016 con
l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Consigliere

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore