



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 9085 del 1998 proposto da Draeger Medical Italia s.p.a. (gia' Draeger Italiana Spa) in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Riccardo Carboni, Lucio Solazzi e Carlo Visconti, con domicilio eletto nello studio di quest'ultimo in Roma, via Michelini  
Tocci, 50;  
Ati S.r.l. Sorima Group, Ati S.r.l. Hospimed, Ati S.p.A. di Vincenzo Dino;

***contro***

A.S.L. di Chieti in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Antonella Bosco, con domicilio eletto presso Maria Stefania Masini in Roma, via della Vite N.7; S.P.A. Comesa, S.P.A. Siemens;

***nei confronti di***

s.r.l. Proger in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Giulio Cerceo, con domicilio eletto presso Maria Stefania Masini in Roma, via della Vite N.7; s.p.a. Iteon in persona del legale rappresentante *pro tempore* Capogruppo Ati, rappresentata e difesa dagli avv. Tommaso Marchese e Mario Sanino, con domicilio eletto nello studio di quest'ultimo in Roma, viale

Parioli 180; Ati Omas, Ati Soxil, S.P.A. Comesa Capogruppo Ati, Ati Ohmeda, Commiss.Giudic.Gara Appalto Fornit.Attr.San."S.S.Annunziata";

*per la riforma*

della sentenza del TAR ABRUZZO, PESCARA n. 00524/1998;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 febbraio 2010 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Cupitò, su delega dell'avv. Carboni, Masini, su delega degli avv.ti avv. Cerceo e Bosco, e Sanino, per sè e su delega dell'avv. Marchese;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al TAR Abruzzo, sede di Pescara, notificato il 16.12.1997 la Draeger Italiana s.p.a., quale capogruppo e mandataria dell'ATI Draeger Italiana s.p.a./Sorima Group s.r.l./Hospimed s.r.l./Di Vincenzo Dino & s.p.a. aveva proposto gravame avverso il provvedimento del 20.11.1997 della commissione giudicatrice della gara di appalto per la fornitura e l'installazione di attrezzature sanitarie e completamento delle opere civili corpo F e corpi D-E livello 9 del P.O."SS. Annunziata" di Chieti con il quale era stata disposta la esclusione del suddetto raggruppamento dalla gara per la riscontrata mancata allegazione del certificato del Casellario Giudiziario relativo all'allora Presidente del Consiglio di Amministrazione della Draeger Italiana s.r.l..

La ricorrente deduceva quattro distinti motivi rispettivamente individuati nell'eccesso di potere e violazione di legge in relazione all'art. 10 della legge 4.1.1968 n.15, nell'eccesso di potere e violazione e falsa applicazione dell'art.2 del DPCM 19.3.1994 n.281, nell'eccesso di potere e violazione e falsa applicazione

dell'art.13 della legge 8.8.1977 n.584 come modificato nell'art. 27 della legge 3.1.1978 n.1 ed infine nell'eccesso di potere e nella carenza di motivazione .

L'Azienda USL di Chieti (oggi ASL di Chieti) con memoria del 12.1.1998 contestava la ammissibilità e la fondatezza del ricorso .

Si costituiva la Proger s.p.a. concessionaria della gara .

Il TAR Abruzzo, sede di Pescara, nella camera di consiglio del 15.1.1998, accoglieva con ordinanza n.18/1998 l'istanza di sospensiva della a.t.i. ricorrente e per l'effetto la ammetteva alla gara di appalto.

La Commissione giudicatrice, nella seduta del 22.4.1998, procedeva alla aggiudicazione provvisoria della fornitura oggetto dell'appalto. Vincitrice della gara risultava la società Draeger.

Con la sentenza appellata n.11/1998 il TAR tuttavia disponeva il rigetto del ricorso compensando le spese del giudizio

La Proger in ottemperanza alla decisione riformulava la graduatoria conferendo l'appalto alla Comesa s.r.l. ed alla ati ITEON s.p.a..

Avverso la pronunzia del TAR produceva appello la società Draeger con atto del 25.9.1998, notificato il successivo 26.9.1998.

Si costituiva nel giudizio la Proger s.p.a. chiedendo il rigetto del gravame .

Con ordinanza n.2165/1998 il Consiglio di Stato, Sezione quinta, respingeva la richiesta di sospensiva avanzata dalla appellante.

La causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione all'udienza del 2.2.2010.

## DIRITTO

1. Il Collegio ritiene di superare le eccezioni di inammissibilità avanzate dalle appellate in quanto l'appello nel merito deve essere respinto.

2. In linea preliminare va osservato che la lettera invito relativa alla gara di cui trattasi, richiedeva al punto 8.2.2. lett. b) e b3) che tra la documentazione di gara dovesse ricomprendersi il "certificato generale del casellario giudiziale di data non

anteriore a sei mesi da quella fissata per la licitazione o dichiarazione sostitutiva autenticata con le modalità di cui all'art. 20 della legge 15/68 riferito a tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza”.

Risulta pacifico che il signor Botho Opperman, cittadino tedesco residente in Svizzera, Presidente del Consiglio di Amministrazione della società appellante, munito come tale dei poteri di rappresentanza della società, non abbia prodotto nella documentazione di gara il certificato del Casellario Giudiziario ovvero una dichiarazione sostitutiva *ex lege* n.15/1968.

E' evidente che la mancata inserzione nella busta contenente la documentazione amministrativa della società del certificato del casellario giudiziale o di altro attestato equivalente o sostitutivo relativo al suddetto sig, Botho Oppermann ha comportato la violazione di norme relative alla gara. Al riguardo si sottolinea che il certificato del casellario giudiziale costituisce elemento necessario per comprovare il possesso dei requisiti di moralità professionale necessari per legittimare la contrattazione tra la pubblica amministrazione ed il privato. Detto onere è prescritto allo scopo di consentire all'amministrazione l'immediato accertamento della idoneità morale del contraente evitando di esperire indagini di ufficio ovvero di chiedere la documentazione idonea in un momento successivo. Proprio con riferimento alla mancata produzione del certificato di cui è questione la giurisprudenza ha rilevato che è legittimo il provvedimento di esclusione adottato nei confronti della impresa inottemperante (Cons. Stato sez. IV, 8 ottobre 2007 n.5220).

Sostiene l'appellante che nella lettera di invito non sussisterebbe con inequivoca chiarezza una esplicita previsione di esclusione dalla gara e che, al fine di dimostrare la previsione di tale esclusione, il primo giudice sarebbe stato costretto a seguire un percorso tortuoso e sostanzialmente erroneo.

3. Il ragionamento seguito dal TAR è tuttavia esente dalle critiche di parte appellante.

Al riguardo il TAR pescarese ha richiamato le prescrizioni del paragrafo 13 della lettera di invito dove è stabilito che nel giorno e nell'ora fissati, dichiarata aperta la gara, il presidente della commissione di gara :“..procederà in seduta pubblica alla verifica ed all'apertura dei plichi ricevuti dai singoli concorrenti e successivamente delle buste (7.1.1.A.) contenenti la documentazione amministrativa di cui al precedente paragrafo 8”. “Verificata la documentazione presentata da ciascun concorrente, il presidente della commissione dichiarerà ammesse alle successive fasi della procedura di gara i soli concorrenti che avranno inoltrato i plichi e presentato la documentazione in modo conforme alle prescrizioni della lettera di invito”.

Emerge dunque che le clausole di cui sopra, oltre a porre a carico delle concorrenti l'obbligo di presentare la documentazione richiesta dalla lettera di invito, stabiliscono anche che le società che non avessero presentato una documentazione conforme a quanto prescritto e nel tempo indicato, non sarebbero state ammesse alle successive fasi della procedura e cioè, come esattamente rilevato dal primo giudice, che sarebbero state escluse dalle fasi successive della gara.

La circostanza che nella disposizione in parola non si rinvenga il termine esclusione non lascia spazio a dubbio in ordine alla volontà che la Stazione appaltante ha inteso manifestare essendo ben chiaro l'intendimento di precludere a qualsivoglia impresa partecipante di accedere alla successiva fase concorsuale ove fossero state riscontrate nella documentazione difformità rispetto a quanto richiesto.

Con l'effetto che contrariamente a quanto sostenuto dalla appellante sia nel primo che negli altri motivi di appello la commissione di gara non aveva né la facoltà né

l'obbligo di attivarsi per l'acquisizione del certificato che era risultato mancante tra i documenti amministrativi presentati dalla appellata.

Giustamente la commissione ha ritenuto che la circostanza costituiva omissione di documento essenziale donde la conseguente applicazione della esclusione prevista dal paragrafo 13) della lettera di invito sopra citato.

La giurisprudenza ha più volte chiarito che il formalismo che connota le gare pubbliche risponde ad esigenze di celerità e di rispetto dei principi di imparzialità e di *par condicio* tra i concorrenti: solo in presenza di disposizioni ambigue, di non pacifica interpretazione è consentita un'interpretazione che consenta la più ampia ammissione dei concorrenti o una regolarizzazione postuma di una documentazione mancante.

La portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento. Da tale principio discende che, qualora il bando commini l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento e l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva o ancora sulla congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2003, n. 357).

4. Assume ancora la appellante che la richiesta contenuta nella lettera di invito doveva ritenersi pleonastica tenuto conto che in sede di prequalifica l'amministratore delegato della società aveva attestato che la concorrente non versava in alcuna delle situazioni di esclusione dalla partecipazione previste dall'art.

11 del d.l.gvo n.358/1992; in ogni caso l'amministrazione avrebbe dovuto procedere ad un accertamento d'ufficio ex art. 10 della legge n.15/1968 e pertanto la richiesta del certificato da parte della lettera di invito, secondo la appellante, era tale da aggravare proprio in ragione della sua inutilità, il procedimento amministrativo.

5. In ordine al primo rilievo va sottolineato che se è vero che in sede di prequalificazione era stata attestata dall'amministratore delegato della concorrente l'insussistenza di situazioni ostative alla partecipazione alla gara, detta dichiarazione sostitutiva non era stata resa dal soggetto interessato come espressamente richiesto dal citato art. 11 cosicché risultava comunque necessario che nella successiva fase di selezione venisse prodotto il certificato rilasciato dall'ufficio competente ovvero prodotta una dichiarazione resa direttamente dal sig. Botho Opperman in ossequio a quanto espressamente richiesto dalla legge speciale della gara.

6. Quanto al secondo rilievo deve sottolinearsi l'inapplicabilità al caso di specie delle disposizioni contenute nell'art.10 della legge 15 del 1968.

La norma sopradetta infatti è superata dalle previsioni contenute nel d.l.vo n.358/1992 sulla cui base la gara è stata bandita ed espletata. L'art. 11, 2° comma del citato decreto legislativo prevede espressamente che l'assenza delle situazione ostative elencate al 1° comma venga comprovata attraverso la produzione di un certificato rilasciato dall'ufficio competente ovvero di una dichiarazione rilasciata dal concorrente nelle forme di cui alla legge n.15/1968. La norma in parola, conformemente all'art.20 della Direttiva Comunitaria n.36/93 del 13.6.1993, non parla di acquisizione da parte della stazione appaltante bensì di produzione da parte dell'interessato per cui l'onere di comprovare il possesso dei requisiti soggettivi di idoneità morale incombeva esclusivamente sulle concorrenti.

D'altro canto emerge dal dettato letterale del comma in parola che l'art. 10, 1° comma della legge n.15 del 1968 non si applica alle procedure concorsuali nelle

quali la stazione appaltante deve verificare la sussistenza di requisiti ma non deve emettere alcun provvedimento come invece previsto dal dettato letterale della norma invocata dalla ricorrente.

7. Con la seconda censura la società appellante sostiene che non sarebbe stato nemmeno possibile in base alle disposizioni dell'art.2 del DPCM 19.3.1994 n.28, secondo cui "è fatto divieto agli uffici di accettare certificati di casellario giudiziale rilasciati a richiesta delle persone stesse alle quali le iscrizioni si riferiscono", che l'amministrazione acquisisse direttamente dai concorrenti le certificazioni di provenienza dai casellari giudiziari; in ogni caso per la ambiguità della normativa l'amministrazione non avrebbe dovuto procedere alla esclusione dell'appellante.

8. Come esattamente rilevato da TAR la certificazione di cui si discute è chiaramente diretta all'accertamento del possesso di un requisito di ammissione alla gara e l'obbligo della sua presentazione è stato posto a carico dei concorrenti con specifica prescrizione contenuta nella lettera di invito. Ne consegue che la contestazione formulata, ove ritenuta lesiva degli interessi della concorrente, andava diretta anche nei confronti della lettera di invito che costituisce la *lex specialis* della gara.

La mancata impugnazione *in parte qua* della lettera di invito preclude che la ricorrente possa dolersi della sua esclusione permanendo la prescrizione che imponeva la presentazione del documento.

Si ricorda che se è vero che per giurisprudenza costante non sono ritenute immediatamente impugnabili le clausole della lettera di invito che non impediscano la partecipazione alla procedura di gara, è altrettanto vero che dette clausole devono essere comunque impugnate unitamente all'atto applicativo allorquando, attraverso quest'ultimo, estrinsecano la loro portata pregiudizievole. Nel lamentare la presunta violazione dell'art.2 del DPCM 281/1994 la appellante sostanzialmente ha eccepito la illegittimità della lettera di invito per violazione di legge cosicchè

correttamente, con la sentenza impugnata, è stato rilevato sotto tale aspetto, un profilo di inammissibilità del gravame.

9. Con il terzo motivo l'appellante ribadisce la possibilità da parte della stazione appaltante di procedere direttamente ad una verifica della situazione penale del medesimo.

Con il quarto motivo si sostiene che l'amministrazione avrebbe dovuto tenere conto della peculiare qualificazione soggettiva dell'Oppermann e della circostanza della sua residenza nella Confederazione Elvetica, paese che non aderisce alla CEE, circostanze queste che hanno impedito la presentazione della attestazione analoga a quella indicata nel bando di gara. In ogni caso l'attestato non doveva essere presentato entro un termine perentorio a pena di esclusione ed il mancato rispetto della normativa poteva costituire solo una mera irregolarità.

Anche tali doglianze sono infondate.

Al riguardo si ribadisce che la produzione del certificato del casellario giudiziario, essendo richiesta dalla lettera di invito a pena di esclusione dalla gara, precludeva la possibilità di configurare la esistenza di un obbligo o di una facoltà a carico della commissione di acquisire direttamente e successivamente il richiesto certificato.

In ogni caso si noti che l'art. 11, 3° comma del d.l.vo n.358/1992, nel prevedere espressamente l'ipotesi che la legislazione di paesi stranieri non contempli il rilascio di alcuni dei documenti previsti dalla legislazione nazionale italiana, consente la loro sostituzione a mezzo di una dichiarazione giurata o solenne resa dinanzi alla autorità competente ad attestarne la autenticità; in virtù di tale disposizione il signor Oppermann avrebbe potuto produrre tempestivamente ed agevolmente la dichiarazione sostitutiva volta a comprovare anche in capo alla sua persona il possesso dei requisiti di moralità richiesti dalla normativa vigente.

Nel caso di specie contrariamente a quanto sostenuto non era possibile avvalersi del disposto dell'art. 15 del d.lgvo 358/1992 e consentire l'inoltro tardivo della

documentazione richiesta: ed infatti a prescindere dalla circostanza che per quanto emerge dal dettato letterale della norma detta possibilità costituisce una facoltà e non un obbligo della Stazione appaltante il potere di integrazione è collegato alla documentazione che il concorrente ha prodotto per dimostrare anche in via temporanea le proprie capacità professionali.

Conseguentemente la mancata allegazione di un documento probatorio della sussistenza in concreto del requisito non può certamente comportare il chiarimento e l'integrazione di un elemento del tutto mancante.

In conclusione l'appello deve essere respinto e la sentenza del primo giudice deve essere confermata.

Spese ed onorari seguono la soccombenza nella misura complessiva di euro 6.000,00 (seimila) da ripartire in parti uguali a favore della Proger s.r.l., della Azienda Unità Sanitaria Locale di Chieti e della società Iteon s.p.a..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, definitivamente decidendo respinge l'appello in epigrafe indicato.

Condanna l'appellante alle spese ed onorari del giudizio che liquida nella misura complessiva di euro 6.000 (seimila) da dividere in parti uguali a favore di ciascuna delle parti resistenti oltre ai dovuti accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Cesare Lamberti, Presidente FF

Aldo Scola, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/03/2010

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

Il Dirigente della Sezione