

La falsità dell'autodichiarazione resa è fatto da sé sufficiente a sostenere la revoca dell'affidamento dei lavori e di conseguenza l'escussione della cauzione provvisoria

con la prescrizione di cui all'art. 5.2 lett. b) 4 del bando non è stata disposta una clausola di esclusione ulteriore rispetto a quelle stabilite dal citato art. 38 del Codice, con la previsione cioè di fattispecie, stati o reati, integranti requisiti di ordine generale diversi da quelli ivi contemplati, ma una causa di esclusione funzionalmente del tutto distinta, in quanto prevista a sanzione dell'obbligo di rendere alla stazione appaltante la dichiarazione indispensabile per la verifica dei requisiti suddetti, con riguardo in particolare alla sussistenza dei reati di cui alla prima parte della lettera c) del comma 1 del detto articolo;

-la causa di esclusione prevista è perciò determinata, in correlazione con la sopra vista statuizione del comma 2 dell'art. 38 del Codice, dal fatto, anteriore e pregiudiziale, di non aver reso la dichiarazione richiesta, o averla resa non veritiera, precludendo così alla stazione appaltante la possibilità di conoscere quanto necessario per l'applicazione, posteriore e consequenziale, dell'art. 38, ed incidendo sulla regolarità della essenziale fase della verifica dei requisiti generali richiesti dalla legge, nonché sulla funzionalità dell'intero procedimento, che ne risulta aggravato, come nella specie, per la necessità di intervenire nuovamente pur dopo l'aggiudicazione;

-non rileva perciò se il reato inizialmente non conosciuto dalla stazione appaltante sia o meno estinto, dovuto a fatto risalente ovvero di tenue gravità, né la soggettiva considerazione di tutto ciò da parte del concorrente alla gara, ma il solo fatto, in sé, di aver reso una dichiarazione obiettivamente non veritiera, non rispondente cioè alla espressa e puntuale prescrizione del bando di indicare tutte le pronunce relative a precedenti penali, inclusi i decreti di condanna irrevocabili; né rileva, quindi, la valutazione che la stazione appaltante abbia ritenuto di fare dell'incidenza sull'affidabilità professionale della concorrente del reato poi conosciuto, che è elemento ulteriore e distinto dall'accertamento della previa inadempienza all'obbligo della dichiarazione;

-non a caso nel provvedimento impugnato correttamente si specifica, di conseguenza,, che esso è motivato “dalla sussistenza di una falsa dichiarazione nella documentazione presentata”, che “Tale comportamento contrasta incontrovertibilmente con le prescrizioni poste dagli atti di gara” e che “la falsità dell'autodichiarazione resa è fatto da sé sufficiente a sostenere la revoca dell'affidamento dei lavori”, precisandosi così che la valutazione di incidenza del precedente penale sull'affidabilità professionale della concorrente, che pure si è ritenuto di fare da parte della stazione appaltante e di porre ad ulteriore ragione del provvedimento, costituisce motivo aggiuntivo rispetto al precedente che conserva la sua autonomia e sufficienza a sostegno della legittimità del provvedimento stesso.

1. L'ITEA S.p.a. ha indetto, il 31 maggio 2007, una gara per “Lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili di proprietà di ITEA S.p.a. e ad essa affidati in gestione siti nella Zona R, lotto S255”, nel cui bando, tra le dichiarazioni successivamente verificabili “rese da persona abilitata ad impegnare legalmente il soggetto concorrente ai sensi e secondo le modalità di cui al D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445,” si richiede quella per cui “nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale” (punto 5.2., lettera b. 4).

A conclusione della gara, essendo intervenuto l'annullamento della originaria aggiudicazione, la ITEA ha comunicato alla controinteressata Costruzioni S.a.s., di aver proceduto all'appalto a suo favore quale seconda classificata (nota n. 11905 del 13 novembre 2007).

Ad esito delle successive verifiche delle dichiarazioni, L'ITEA:

-con nota n. 12387 del 13 dicembre 2007, ha comunicato alla detta società, assegnandole un termine per eventuali osservazioni, di aver acquisito un certificato del casellario giudiziale recante l'iscrizione a carico della legale rappresentante, di un decreto penale del G.I.P. del Tribunale di Trento, n. 861 del 21.05.2002, esecutivo il 19.10.2002, per il reato di cui all'art. 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646 ("Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazione alle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia") integrato dalla stipula di un contratto di subappalto senza previa autorizzazione dell'ente pubblico committente;

-con nota n. 700 del 24.1.2008, essendo state giudicate insufficienti le osservazioni pervenute e ritenuto i motivi della falsità della dichiarazione resa e della incidenza del precedente penale riscontrato sull'affidabilità professionale della concorrente, ha comunicato alla stessa società l'annullamento dell'aggiudicazione insieme con l'incameramento della cauzione provvisoria depositata per la partecipazione alla gara, l'esclusione della concorrente dalle gare in corso e l'interdizione da quelle da indirsi da ITEA S.p.a. per un periodo di 3 mesi, la segnalazione del fatto sia all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici sia alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento:

Con ricorso, n. 67 del 2008 proposto al TAR per il per il Trentino Alto Adige – Sede di Trento, la detta Società ha chiesto l'annullamento: della citata nota dell'I.T.E.A. S.p.a., n. 700 del 24.1.2008; dell'aggiudicazione dell'appalto; di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente.

2. Il TAR, con sentenza n. 317 del 2008, ha accolto il ricorso, con condanna della ITEA S.p.a. al pagamento delle spese del giudizio.

Qual è il parere dell'adito giudice di appello del Consiglio di Stato?

Nella sentenza di primo grado si afferma:

-la mancanza riferita alla legale rappresentante della ricorrente di primo grado configura una ragione di preclusione dalle gare che, ai sensi dell'art. 38 del d.lgs n. 163 del 2006 (d'ora in poi "Codice") disciplinante i "Requisiti di ordine generale", come interpretato nel quadro dell'art. 45 direttiva n. 2004/18/CE, deve ritenersi facoltativa e non obbligatoria, e perciò da valutare in rapporto alla potenziale contrattazione con le Amministrazioni pubbliche ed al rischio di compromissione degli interessi pubblici da queste perseguiti, non potendo i bandi di gara, in ogni caso, prevedere in materia di esclusione dalla gara disposizioni più restrittive di quelle della direttiva e del Codice, con arbitraria limitazione, altrimenti, della platea dei concorrenti;

-al momento della dichiarazione resa dalla ricorrente il reato contravvenzionale oggetto del decreto di condanna era estinto per decorrenza dei termini ai sensi dell'art. 460, comma 5, c.p.p., potendo perciò la ricorrente legittimamente ritenere che non fosse necessario indicare reati estinti e non configurandosi quindi la fattispecie della dichiarazione non veritiera;

-non si riscontra l'incidenza del reato commesso sulla affidabilità morale e professionale dell'imprenditore, richiesta dall'art. 75 del d.P.R. n.554 del 1999 ("Regolamento di attuazione della L. 11 febbraio 1994, n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni") relativo alle cause di esclusione dalle gare di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici -incidenza che spetta alla stazione appaltante valutare- considerati, nel caso di specie, la natura contravvenzionale del reato, la tenuità della pena pecuniaria irrogata (Euro 3411,00 per lavori in subappalto di lire 12.636.000), l'elemento psicologico e il decorso di 9 anni dalla data del fatto;

-la mancata indicazione del reato da parte della ricorrente potrebbe comunque configurare errore scusabile, considerato che la Società ricorrente di primo grado aveva assunto da parte della ITEA S.p.a, con contratto stipulato nel 2004, un appalto triennale per lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria di immobili all'esito di positiva verifica del possesso dei requisiti di ordine generale

condotta attraverso l'acquisizione del certificato del casellario relativo alla signora g., già allora rappresentante dell'impresa.

2. Nell'appello si censura la sentenza impugnata, in quanto:

-il reato non può dirsi estinto se non vi è il provvedimento del giudice competente previsto dall'art. 676 c.p.p., né è sufficiente il decorso del tempo perché la stazione appaltante possa considerare avvenuta l'estinzione;

-nel bando è stabilito l'obbligo di dichiarare l'esistenza dei precedenti penali, e non di cause di esclusione, indipendentemente perciò dalla valutazione personale sulla eventuale estinzione del reato e con riferimento a qualsiasi reato;

-la dichiarazione resa risulta di conseguenza non veritiera con il conseguente obbligo della stazione appaltante di procedere all'esclusione, stante la tassativa previsione del bando che prescrive la dichiarazione di tutti i decreti di condanna divenuti irrevocabili, ed incidendo tale circostanza sulla moralità professionale del concorrente, considerato anche che il reato in questione è attinente alla materia degli appalti.

Negli appelli incidentali sono dedotte avverso la sentenza impugnata censure sostanzialmente conformi.

3. Le censure sono fondate.

Nell'art. 5.2 lett. b) 4 del bando di gara:

-si dispone, "a pena di esclusione", che la persona abilitata ad impegnare legalmente il soggetto concorrente deve rendere dichiarazione, "successivamente verificabile", attestante (come previsto dall'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice) che "nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale", per cui "Fatta salva la valutazione delle singole fattispecie di reato, saranno ritenuti ostativi alla partecipazione alla gara i reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati dall'art. 45, par. 1, direttiva CE 2004/18";

-si sottolinea, quindi, che "ai sensi dell'art. 38 comma 2 del Codice, i concorrenti dovranno indicare tutti i precedenti penali, anche ove ci sia stato il beneficio della non menzione sul Casellario giudiziale (indicando: tipologia della pronuncia, data della condanna, data del passaggio in giudicato, titolo del reato e data della sua consumazione, entità e natura della pena), in quanto la valutazione dell'incidenza del reato sull'affidabilità morale, rientra nella valutazione discrezionale della Stazione Appaltante", e che "A nulla potrà valere allegare alla documentazione anche il certificato del Casellario giudiziale, in quanto tale documento, quando rilasciato ai privati, non riporta tutti i precedenti penali".

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 7642 del 4 dicembre 2009, emessa dal Consiglio di Stato

N. ____/____ REG.DEC.

N. 01143/2009 REG.RIC.

N. 01044/2009 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 Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 1143 del 2009, proposto da: Autorita' per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del presidente pro tempore, , rappresentata e difesa dall'Avvocatura Gen.Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi 12;

contro

ALFA Costruzioni di G. Miriam & C. Sas;
e nei confronti di
dell'Istituto trentino per l'edilizia abitativa S.p.a., (I.T.E.A.) in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv Paolo Stella Richter con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, viale Mazzini 11, appellante
incidentale;

e

del Consorzio BETA Soc. Coop. in Pr. e Nq. Cpg Rti, DELTA Srl in Pr. e Nq. Mandante Rti, rappresentati e difesi dagli avv. Monica Carlin, Paolo Dematte', Rosanna Serafini, con domicilio eletto presso Rosanna Serafini in Roma, viale Mazzini, 11;

Sul ricorso numero di registro generale 1044 del 2009, proposto da: Consorzio BETA Soc. Coop. in P. e Q. Capog. Ati, rappresentato e difeso dagli avv. Monica Carlin, Paolo Dematte', Rosanna Serafini, con domicilio eletto presso Rosanna Serafini in Roma, viale Mazzini, 11; Ati - DELTA S.r.l. e in P.;

contro

Impresa ALFA Costruzioni di G. Miriam & C. S.a.s., rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Manzi, Karl Zeller, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5; e nei confronti dell'Istituto trentino per l'edilizia abitativa S.p.a., (I.T.E.A.) in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv Paolo Stella Richter con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, viale Mazzini 11, e della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del presidente pro tempore, non costituita;

per la riforma

quanto al ricorso n. 1044 del 2009:

della sentenza del T.r.g.a. – Trento, n. 317/2008, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER LAVORI DI MANUTENZIONE IMMOBILI - RIS. DANNI.

quanto al ricorso n. 1143 del 2009:

della sentenza del T.r.g.a. – Trento, n. 317/2008, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER LAVORI DI MANUTENZIONE IMMOBILI.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2009 il Consigliere di Stato Maurizio Meschino e uditi per le parti gli avvocati Serafini, Luigi Manzi, Paolo Stella Richter, e l'avvocato dello Stato A. Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. L'ITEA S.p.a. ha indetto, il 31 maggio 2007, una gara per "Lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili di proprietà di ITEA S.p.a. e ad essa affidati in gestione siti nella Zona R, lotto S255", nel cui bando, tra le dichiarazioni successivamente verificabili "rese da persona abilitata ad impegnare legalmente il soggetto concorrente ai sensi e secondo le modalità di cui al D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445," si richiede quella per cui "nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale" (punto 5.2., lettera b. 4).

A conclusione della gara, essendo intervenuto l'annullamento della originaria aggiudicazione a favore della Bauflex Italiana S.r.l. di Trento, la ITEA ha comunicato alla ALFA Costruzioni di G. Miriam & C. S.a.s., di aver proceduto all'appalto a suo favore quale seconda classificata (nota n. 11905 del 13 novembre 2007).

Ad esito delle successive verifiche delle dichiarazioni, L'ITEA:

-con nota n. 12387 del 13 dicembre 2007, ha comunicato alla detta ALFA, assegnandole un termine per eventuali osservazioni, di aver acquisito un certificato del casellario giudiziale recante l'iscrizione a carico della legale rappresentante, signora Miriam G., di un decreto penale del G.I.P. del Tribunale di Trento, n. 861 del 21.05.2002, esecutivo il 19.10.2002, per il reato di cui all'art. 21 della legge 13

settembre 1982, n. 646 (“Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazione alle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia”) integrato dalla stipula di un contratto di subappalto senza previa autorizzazione dell’ente pubblico committente;

-con nota n. 700 del 24.1.2008, essendo state giudicate insufficienti le osservazioni pervenute e ritenuto i motivi della falsità della dichiarazione resa e della incidenza del precedente penale riscontrato sull’affidabilità professionale della concorrente, ha comunicato alla stessa ALFA l’annullamento dell’aggiudicazione insieme con l’incameramento della cauzione provvisoria depositata per la partecipazione alla gara, l’esclusione della concorrente dalle gare in corso e l’interdizione da quelle da indirsi da ITEA S.p.a. per un periodo di 3 mesi, la segnalazione del fatto sia all’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici sia alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento:

-ha disposto quindi l’aggiudicazione dell’appalto all’ATI fra CONSORZIO BETA Soc. coop. e DELTA S.r.l..

2. Con ricorso, n. 67 del 2008 proposto al TAR per il per il Trentino Alto Adige – Sede di Trento, la detta Società ALFA ha chiesto l’annullamento: della citata nota dell’I.T.E.A. S.p.a., n. 700 del 24.1.2008; dell’aggiudicazione dell’appalto alla CONSORZIO BETA Soc. coop. e DELTA S.r.l.; di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente.

2. Il TAR, con sentenza n. 317 del 2008, ha accolto il ricorso, con condanna della ITEA S.p.a. al pagamento delle spese del giudizio.

3. Con gli appelli in epigrafe è stato chiesta la riforma della sentenza di primo grado, con domanda cautelare di sospensione proposta con l’appello n. 1044 del 2009. La ITEA S.p.a ha presentato impugnazione della sentenza di primo grado nella forma di appelli incidentali, con riguardo all’appello principale n. 1044/99,

“poiché proposta bensì tempestivamente, ma successivamente all’appello del Consorzio BETA soc. Coop. e della Trentina Calore s.r.l. rubricato sub N.R.G. 1044/09”, e con riguardo all’appello principale n. 1143/09, “poiché proposta, per ragioni di economia processuale, nell’ambito dell’appello già proposto dall’Autorità e rubricato 1143/09”, in cui si chiede l’annullamento della sentenza impugnata; la ALFA s.a.s ha depositato memoria difensiva nel giudizio instaurato con l’appello n. 1044 del 2009.

4. All’udienza del 23 giugno 2009 le cause sono state trattenute per la decisione.

DIRITTO

1. Gli appelli in epigrafe devono essere riuniti e decisi congiuntamente in quanto riguardanti la medesima sentenza.

2. Nella sentenza di primo grado si afferma:

-la mancanza riferita alla legale rappresentante della ALFA configura una ragione di preclusione dalle gare che, ai sensi dell’art. 38 del d.lgs n. 163 del 2006 (d’ora in poi “Codice”) disciplinante i “Requisiti di ordine generale”, come interpretato nel quadro dell’art. 45 direttiva n. 2004/18/CE, deve ritenersi facoltativa e non obbligatoria, e perciò da valutare in rapporto alla potenziale contrattazione con le Amministrazioni pubbliche ed al rischio di compromissione degli interessi pubblici da queste perseguiti, non potendo i bandi di gara, in ogni caso, prevedere in materia di esclusione dalla gara disposizioni più restrittive di quelle della direttiva e del Codice, con arbitraria limitazione, altrimenti, della platea dei concorrenti;

-al momento della dichiarazione resa dalla ricorrente il reato contravvenzionale oggetto del decreto di condanna era estinto per decorrenza dei termini ai sensi dell’art. 460, comma 5, c.p.p., potendo perciò la ricorrente legittimamente ritenere che non fosse necessario indicare reati estinti e non configurandosi quindi la fattispecie della dichiarazione non veritiera;

-non si riscontra l'incidenza del reato commesso sulla affidabilità morale e professionale dell'imprenditore, richiesta dall'art. 75 del d.P.R. n.554 del 1999 ("Regolamento di attuazione della L. 11 febbraio 1994, n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni") relativo alle cause di esclusione dalle gare di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici -incidenza che spetta alla stazione appaltante valutare- considerati, nel caso di specie, la natura contravvenzionale del reato, la tenuità della pena pecuniaria irrogata (Euro 3411,00 per lavori in subappalto di lire 12.636.000), l'elemento psicologico e il decorso di 9 anni dalla data del fatto;

-la mancata indicazione del reato da parte della ricorrente potrebbe comunque configurare errore scusabile, considerato che la Società ALFA aveva assunto da parte della ITEA S.p.a, con contratto stipulato nel 2004, un appalto triennale per lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria di immobili all'esito di positiva verifica del possesso dei requisiti di ordine generale condotta attraverso l'acquisizione del certificato del casellario relativo alla signora Miriam G., già allora rappresentante dell'impresa.

2. Nell'appello si censura la sentenza impugnata, in quanto:

-il reato non può dirsi estinto se non vi è il provvedimento del giudice competente previsto dall'art. 676 c.p.p., né è sufficiente il decorso del tempo perché la stazione appaltante possa considerare avvenuta l'estinzione;

-nel bando è stabilito l'obbligo di dichiarare l'esistenza dei precedenti penali, e non di cause di esclusione, indipendentemente perciò dalla valutazione personale sulla eventuale estinzione del reato e con riferimento a qualsiasi reato;

-la dichiarazione resa risulta di conseguenza non veritiera con il conseguente obbligo della stazione appaltante di procedere all'esclusione, stante la tassativa previsione del bando che prescrive la dichiarazione di tutti i decreti di condanna divenuti irrevocabili, ed incidendo tale circostanza sulla moralità professionale del

concorrente, considerato anche che il reato in questione è attinente alla materia degli appalti.

Negli appelli incidentali sono dedotte avverso la sentenza impugnata censure sostanzialmente conformi.

3. Le censure sono fondate.

Nell'art. 5.2 lett. b) 4 del bando di gara:

-si dispone, "a pena di esclusione", che la persona abilitata ad impegnare legalmente il soggetto concorrente deve rendere dichiarazione, "successivamente verificabile", attestante (come previsto dall'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice) che "nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale", per cui "Fatta salva la valutazione delle singole fattispecie di reato, saranno ritenuti ostativi alla partecipazione alla gara i reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati dall'art. 45, par. 1, direttiva CE 2004/18";

-si sottolinea, quindi, che "ai sensi dell'art. 38 comma 2 del Codice, i concorrenti dovranno indicare tutti i precedenti penali, anche ove ci sia stato il beneficio della non menzione sul Casellario giudiziale (indicando: tipologia della pronuncia, data della condanna, data del passaggio in giudicato, titolo del reato e data della sua consumazione, entità e natura della pena), in quanto la valutazione dell'incidenza del reato sull'affidabilità morale, rientra nella valutazione discrezionale della Stazione Appaltante", e che "A nulla potrà valere allegare alla documentazione anche il certificato del Casellario giudiziale, in quanto tale documento, quando rilasciato ai privati, non riporta tutti i precedenti penali".

In questo quadro, richiamato che l'art. 38, comma 2, del decreto legislativo n.163/2006 prescrive che "Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione", si deve osservare:

-con la prescrizione di cui all'art. 5.2 lett. b) 4 del bando non è stata disposta una clausola di esclusione ulteriore rispetto a quelle stabilite dal citato art. 38 del Codice, con la previsione cioè di fattispecie, stati o reati, integranti requisiti di ordine generale diversi da quelli ivi contemplati, ma una causa di esclusione funzionalmente del tutto distinta, in quanto prevista a sanzione dell'obbligo di rendere alla stazione appaltante la dichiarazione indispensabile per la verifica dei requisiti suddetti, con riguardo in particolare alla sussistenza dei reati di cui alla prima parte della lettera c) del comma 1 del detto articolo;

-la causa di esclusione prevista è perciò determinata, in correlazione con la sopra vista statuizione del comma 2 dell'art. 38 del Codice, dal fatto, anteriore e pregiudiziale, di non aver reso la dichiarazione richiesta, o averla resa non veritiera, precludendo così alla stazione appaltante la possibilità di conoscere quanto necessario per l'applicazione, posteriore e consequenziale, dell'art. 38, ed incidendo sulla regolarità della essenziale fase della verifica dei requisiti generali richiesti dalla legge, nonché sulla funzionalità dell'intero procedimento, che ne risulta aggravato, come nella specie, per la necessità di intervenire nuovamente pur dopo l'aggiudicazione;

-non rileva perciò se il reato inizialmente non conosciuto dalla stazione appaltante sia o meno estinto, dovuto a fatto risalente ovvero di tenue gravità, né la soggettiva considerazione di tutto ciò da parte del concorrente alla gara, ma il solo fatto, in sé, di aver reso una dichiarazione obiettivamente non veritiera, non rispondente cioè

alla espressa e puntuale prescrizione del bando di indicare tutte le pronunce relative a precedenti penali, inclusi i decreti di condanna irrevocabili; né rileva, quindi, la valutazione che la stazione appaltante abbia ritenuto di fare dell'incidenza sull'affidabilità professionale della concorrente del reato poi conosciuto, che è elemento ulteriore e distinto dall'accertamento della previa inadempienza all'obbligo della dichiarazione;

-non a caso nel provvedimento impugnato correttamente si specifica, di conseguenza,, che esso è motivato “dalla sussistenza di una falsa dichiarazione nella documentazione presentata”, che “Tale comportamento contrasta incontrovertibilmente con le prescrizioni poste dagli atti di gara” e che “la falsità dell'autodichiarazione resa è fatto da sé sufficiente a sostenere la revoca dell'affidamento dei lavori”, precisandosi così che la valutazione di incidenza del precedente penale sull'affidabilità professionale della concorrente, che pure si è ritenuto di fare da parte della stazione appaltante e di porre ad ulteriore ragione del provvedimento, costituisce motivo aggiuntivo rispetto al precedente che conserva la sua autonomia e sufficienza a sostegno della legittimità del provvedimento stesso.

3. Per quanto considerato le censure sono fondate e gli appelli devono perciò essere accolti.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese dei due gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, riuniti gli appelli in epigrafe, li accoglie.

Compensa tra le parti le spese dei due gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Giuseppe Barbagallo, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Luciano Barra Caracciolo, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il _____

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

Il Dirigente della Sezione

N. ____/____ REG.DEC.

N. 01143/2009 REG.RIC.

N. 01044/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 1143 del 2009, proposto da: Autorita' per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del presidente pro tempore, , rappresentata e difesa dall'Avvocatura Gen.Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi 12;

contro

ALFA Costruzioni di G. Miriam & C. Sas;
e nei confronti di
dell'Istituto trentino per l'edilizia abitativa S.p.a., (I.T.E.A.) in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv Paolo Stella Richter con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, viale Mazzini 11, appellante incidentale;

e

del Consorzio BETA Soc. Coop. in Pr. e Nq. Cpg Rti, DELTA Srl in Pr. e Nq. Mandante Rti, rappresentati e difesi dagli avv. Monica Carlin, Paolo Dematte', Rosanna Serafini, con domicilio eletto presso Rosanna Serafini in Roma, viale Mazzini, 11;

Sul ricorso numero di registro generale 1044 del 2009, proposto da: Consorzio BETA Soc. Coop. in P. e Q. Capog. Ati, rappresentato e difeso dagli avv. Monica Carlin, Paolo Dematte', Rosanna Serafini, con domicilio eletto presso Rosanna Serafini in Roma, viale Mazzini, 11; Ati - DELTA S.r.l. e in P.;

contro

Impresa ALFA Costruzioni di G. Miriam & C. S.a.s., rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Manzi, Karl Zeller, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5; e nei confronti dell'Istituto trentino per l'edilizia abitativa S.p.a., (I.T.E.A.) in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv Paolo Stella Richter con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, viale Mazzini 11, e della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del presidente pro tempore, non costituita;

per la riforma

quanto al ricorso n. 1044 del 2009:

della sentenza del T.r.g.a. – Trento, n. 317/2008, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER LAVORI DI MANUTENZIONE IMMOBILI - RIS. DANNI.

quanto al ricorso n. 1143 del 2009:

della sentenza del T.r.g.a. – Trento, n. 317/2008, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER LAVORI DI MANUTENZIONE IMMOBILI.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2009 il Consigliere di Stato Maurizio Meschino e uditi per le parti gli avvocati Serafini, Luigi Manzi, Paolo Stella Richter, e l'avvocato dello Stato A. Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. L'ITEA S.p.a. ha indetto, il 31 maggio 2007, una gara per "Lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili di proprietà di ITEA S.p.a. e ad essa affidati in gestione siti nella Zona R, lotto S255", nel cui bando, tra le dichiarazioni successivamente verificabili "rese da persona abilitata ad impegnare legalmente il soggetto concorrente ai sensi e secondo le modalità di cui al D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445," si richiede quella per cui "nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale" (punto 5.2., lettera b. 4).

A conclusione della gara, essendo intervenuto l'annullamento della originaria aggiudicazione a favore della Bauflex Italiana S.r.l. di Trento, la ITEA ha comunicato alla ALFA Costruzioni di G. Miriam & C. S.a.s., di aver proceduto all'appalto a suo favore quale seconda classificata (nota n. 11905 del 13 novembre 2007).

Ad esito delle successive verifiche delle dichiarazioni, L'ITEA:

-con nota n. 12387 del 13 dicembre 2007, ha comunicato alla detta ALFA, assegnandole un termine per eventuali osservazioni, di aver acquisito un certificato del casellario giudiziale recante l'iscrizione a carico della legale rappresentante, signora Miriam G., di un decreto penale del G.I.P. del Tribunale di Trento, n. 861 del 21.05.2002, esecutivo il 19.10.2002, per il reato di cui all'art. 21 della legge 13

settembre 1982, n. 646 (“Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazione alle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia”) integrato dalla stipula di un contratto di subappalto senza previa autorizzazione dell’ente pubblico committente;

-con nota n. 700 del 24.1.2008, essendo state giudicate insufficienti le osservazioni pervenute e ritenuto i motivi della falsità della dichiarazione resa e della incidenza del precedente penale riscontrato sull’affidabilità professionale della concorrente, ha comunicato alla stessa ALFA l’annullamento dell’aggiudicazione insieme con l’incameramento della cauzione provvisoria depositata per la partecipazione alla gara, l’esclusione della concorrente dalle gare in corso e l’interdizione da quelle da indirsi da ITEA S.p.a. per un periodo di 3 mesi, la segnalazione del fatto sia all’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici sia alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento:

-ha disposto quindi l’aggiudicazione dell’appalto all’ATI fra CONSORZIO BETA Soc. coop. e DELTA S.r.l..

2. Con ricorso, n. 67 del 2008 proposto al TAR per il per il Trentino Alto Adige – Sede di Trento, la detta Società ALFA ha chiesto l’annullamento: della citata nota dell’I.T.E.A. S.p.a., n. 700 del 24.1.2008; dell’aggiudicazione dell’appalto alla CONSORZIO BETA Soc. coop. e DELTA S.r.l.; di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente.

2. Il TAR, con sentenza n. 317 del 2008, ha accolto il ricorso, con condanna della ITEA S.p.a. al pagamento delle spese del giudizio.

3. Con gli appelli in epigrafe è stato chiesta la riforma della sentenza di primo grado, con domanda cautelare di sospensione proposta con l’appello n. 1044 del 2009. La ITEA S.p.a ha presentato impugnazione della sentenza di primo grado nella forma di appelli incidentali, con riguardo all’appello principale n. 1044/99,

“poiché proposta bensì tempestivamente, ma successivamente all’appello del Consorzio BETA soc. Coop. e della Trentina Calore s.r.l. rubricato sub N.R.G. 1044/09”, e con riguardo all’appello principale n. 1143/09, “poiché proposta, per ragioni di economia processuale, nell’ambito dell’appello già proposto dall’Autorità e rubricato 1143/09”, in cui si chiede l’annullamento della sentenza impugnata; la ALFA s.a.s ha depositato memoria difensiva nel giudizio instaurato con l’appello n. 1044 del 2009.

4. All’udienza del 23 giugno 2009 le cause sono state trattenute per la decisione.

DIRITTO

1. Gli appelli in epigrafe devono essere riuniti e decisi congiuntamente in quanto riguardanti la medesima sentenza.

2. Nella sentenza di primo grado si afferma:

-la mancanza riferita alla legale rappresentante della ALFA configura una ragione di preclusione dalle gare che, ai sensi dell’art. 38 del d.lgs n. 163 del 2006 (d’ora in poi “Codice”) disciplinante i “Requisiti di ordine generale”, come interpretato nel quadro dell’art. 45 direttiva n. 2004/18/CE, deve ritenersi facoltativa e non obbligatoria, e perciò da valutare in rapporto alla potenziale contrattazione con le Amministrazioni pubbliche ed al rischio di compromissione degli interessi pubblici da queste perseguiti, non potendo i bandi di gara, in ogni caso, prevedere in materia di esclusione dalla gara disposizioni più restrittive di quelle della direttiva e del Codice, con arbitraria limitazione, altrimenti, della platea dei concorrenti;

-al momento della dichiarazione resa dalla ricorrente il reato contravvenzionale oggetto del decreto di condanna era estinto per decorrenza dei termini ai sensi dell’art. 460, comma 5, c.p.p., potendo perciò la ricorrente legittimamente ritenere che non fosse necessario indicare reati estinti e non configurandosi quindi la fattispecie della dichiarazione non veritiera;

-non si riscontra l'incidenza del reato commesso sulla affidabilità morale e professionale dell'imprenditore, richiesta dall'art. 75 del d.P.R. n.554 del 1999 ("Regolamento di attuazione della L. 11 febbraio 1994, n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni") relativo alle cause di esclusione dalle gare di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici -incidenza che spetta alla stazione appaltante valutare- considerati, nel caso di specie, la natura contravvenzionale del reato, la tenuità della pena pecuniaria irrogata (Euro 3411,00 per lavori in subappalto di lire 12.636.000), l'elemento psicologico e il decorso di 9 anni dalla data del fatto;

-la mancata indicazione del reato da parte della ricorrente potrebbe comunque configurare errore scusabile, considerato che la Società ALFA aveva assunto da parte della ITEA S.p.a, con contratto stipulato nel 2004, un appalto triennale per lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria di immobili all'esito di positiva verifica del possesso dei requisiti di ordine generale condotta attraverso l'acquisizione del certificato del casellario relativo alla signora Miriam G., già allora rappresentante dell'impresa.

2. Nell'appello si censura la sentenza impugnata, in quanto:

-il reato non può dirsi estinto se non vi è il provvedimento del giudice competente previsto dall'art. 676 c.p.p., né è sufficiente il decorso del tempo perché la stazione appaltante possa considerare avvenuta l'estinzione;

-nel bando è stabilito l'obbligo di dichiarare l'esistenza dei precedenti penali, e non di cause di esclusione, indipendentemente perciò dalla valutazione personale sulla eventuale estinzione del reato e con riferimento a qualsiasi reato;

-la dichiarazione resa risulta di conseguenza non veritiera con il conseguente obbligo della stazione appaltante di procedere all'esclusione, stante la tassativa previsione del bando che prescrive la dichiarazione di tutti i decreti di condanna divenuti irrevocabili, ed incidendo tale circostanza sulla moralità professionale del

concorrente, considerato anche che il reato in questione è attinente alla materia degli appalti.

Negli appelli incidentali sono dedotte avverso la sentenza impugnata censure sostanzialmente conformi.

3. Le censure sono fondate.

Nell'art. 5.2 lett. b) 4 del bando di gara:

-si dispone, "a pena di esclusione", che la persona abilitata ad impegnare legalmente il soggetto concorrente deve rendere dichiarazione, "successivamente verificabile", attestante (come previsto dall'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice) che "nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale", per cui "Fatta salva la valutazione delle singole fattispecie di reato, saranno ritenuti ostativi alla partecipazione alla gara i reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati dall'art. 45, par. 1, direttiva CE 2004/18";

-si sottolinea, quindi, che "ai sensi dell'art. 38 comma 2 del Codice, i concorrenti dovranno indicare tutti i precedenti penali, anche ove ci sia stato il beneficio della non menzione sul Casellario giudiziale (indicando: tipologia della pronuncia, data della condanna, data del passaggio in giudicato, titolo del reato e data della sua consumazione, entità e natura della pena), in quanto la valutazione dell'incidenza del reato sull'affidabilità morale, rientra nella valutazione discrezionale della Stazione Appaltante", e che "A nulla potrà valere allegare alla documentazione anche il certificato del Casellario giudiziale, in quanto tale documento, quando rilasciato ai privati, non riporta tutti i precedenti penali".

In questo quadro, richiamato che l'art. 38, comma 2, del decreto legislativo n.163/2006 prescrive che "Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione", si deve osservare:

-con la prescrizione di cui all'art. 5.2 lett. b) 4 del bando non è stata disposta una clausola di esclusione ulteriore rispetto a quelle stabilite dal citato art. 38 del Codice, con la previsione cioè di fattispecie, stati o reati, integranti requisiti di ordine generale diversi da quelli ivi contemplati, ma una causa di esclusione funzionalmente del tutto distinta, in quanto prevista a sanzione dell'obbligo di rendere alla stazione appaltante la dichiarazione indispensabile per la verifica dei requisiti suddetti, con riguardo in particolare alla sussistenza dei reati di cui alla prima parte della lettera c) del comma 1 del detto articolo;

-la causa di esclusione prevista è perciò determinata, in correlazione con la sopra vista statuizione del comma 2 dell'art. 38 del Codice, dal fatto, anteriore e pregiudiziale, di non aver reso la dichiarazione richiesta, o averla resa non veritiera, precludendo così alla stazione appaltante la possibilità di conoscere quanto necessario per l'applicazione, posteriore e consequenziale, dell'art. 38, ed incidendo sulla regolarità della essenziale fase della verifica dei requisiti generali richiesti dalla legge, nonché sulla funzionalità dell'intero procedimento, che ne risulta aggravato, come nella specie, per la necessità di intervenire nuovamente pur dopo l'aggiudicazione;

-non rileva perciò se il reato inizialmente non conosciuto dalla stazione appaltante sia o meno estinto, dovuto a fatto risalente ovvero di tenue gravità, né la soggettiva considerazione di tutto ciò da parte del concorrente alla gara, ma il solo fatto, in sé, di aver reso una dichiarazione obiettivamente non veritiera, non rispondente cioè

alla espressa e puntuale prescrizione del bando di indicare tutte le pronunce relative a precedenti penali, inclusi i decreti di condanna irrevocabili; né rileva, quindi, la valutazione che la stazione appaltante abbia ritenuto di fare dell'incidenza sull'affidabilità professionale della concorrente del reato poi conosciuto, che è elemento ulteriore e distinto dall'accertamento della previa inadempienza all'obbligo della dichiarazione;

-non a caso nel provvedimento impugnato correttamente si specifica, di conseguenza,, che esso è motivato “dalla sussistenza di una falsa dichiarazione nella documentazione presentata”, che “Tale comportamento contrasta incontrovertibilmente con le prescrizioni poste dagli atti di gara” e che “la falsità dell'autodichiarazione resa è fatto da sé sufficiente a sostenere la revoca dell'affidamento dei lavori”, precisandosi così che la valutazione di incidenza del precedente penale sull'affidabilità professionale della concorrente, che pure si è ritenuto di fare da parte della stazione appaltante e di porre ad ulteriore ragione del provvedimento, costituisce motivo aggiuntivo rispetto al precedente che conserva la sua autonomia e sufficienza a sostegno della legittimità del provvedimento stesso.

3. Per quanto considerato le censure sono fondate e gli appelli devono perciò essere accolti.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese dei due gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, riuniti gli appelli in epigrafe, li accoglie.

Compensa tra le parti le spese dei due gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Giuseppe Barbagallo, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Luciano Barra Caracciolo, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il _____

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

Il Dirigente della Sezione