

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III Quater, 27 agosto 2009, n.8304

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 888 del 2009, proposto da:
Soc J. Spa, rappresentato e difeso dagli avv. P.F., F.G., F.S., R.V.,
A.V., G.C., con domicilio eletto presso F.S. in Roma;

contro

Azienda Sanitaria Usl Rm/B, rappresentato e difeso dall'avv. M.M., con
domicilio eletto presso M.M. in Roma; Aut Vigilanza Contratti Pubblici
di Lavori Servizi Forniture, rappresentato e difeso dall'Avvocatura
dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, in persona del
rappresentante legale in carica, rappresentata e difesa
dall'Avvocatura Generale dello Stato, Via dei Portoghesi 12, Roma;

per l'annullamento

della delibera del direttore generale n. 1392 del 27 novembre 2008 di
esclusione della ricorrente dall'aggiudicazione di un lotto (22A)
della gara a procedura aperta per la fornitura di materiale protesico
e monouso per l'U.O.S. Emodinamica Cardiologia Interventistica
dell'Ospedale Sandro Pertini dell'AUSL Roma B; della segnalazione
dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici disposta
dall'AUSL con nota del 30 dicembre 2008 prot. 46047; del III paragrafo
dell'Allegato 1 al Capitolato speciale d'oneri nonché del III
paragrafo delle "istruzioni e norme per la compilazione" allegate allo
stesso, qualora dovessero essere interpretati nel senso di imporre ai
concorrenti l'indicazione pure delle condanne per cui è stata
riconosciuta la non menzione, sebbene estranee al requisito della
moralità professionale;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti della causa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Usl
Rm/B;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Aut Vigilanza Contratti
Pubblici di Lavori Servizi Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2009 il dott.
Linda Sandulli e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato e depositato nei termini la società J. impugna,
chiedendone l'annullamento, gli atti di esclusione dall'aggiudicazione
del lotto 22/A della gara a procedura aperta per la fornitura di
materiale protesico e materiale monouso per la UOS Emodinamica
Cardiologia Interventistica dell'ospedale Sandro Pertini- presidio
ospedaliero dell'AUSL Roma B e la segnalazione di quest'ultima
all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici nonché il paragrafo
3° delle istruzioni e norme per la compilazione dell'allegato al CSO,
intervenute dopo l'aggiudicazione in via provvisoria in suo favore
della fornitura.

Deduce i seguenti motivi:

1) Falsa applicazione degli articoli 38, comma 1, lettera c e comma 2
del D. Lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere sotto il profilo
dell'illogicità manifesta. Violazione degli articoli 3 e 431 della

Costituzione. Violazione dell'articolo 45 della direttiva CE n. 18/2004.

2) Eccesso di potere sotto il profilo della carenza di istruttoria - Violazione dell'articolo 45 del d. lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'articolo 7 della legge n. 241 del 1990.

3) Eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti, del difetto di istruttoria e dell'illogicità manifesta. Violazione dell'articolo 38, comma 1 lettera c) del predetto decreto legislativo. Violazione dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990.

Si sono costituite in giudizio sia l'Autorità di Vigilanza per il controllo sui contratti pubblici sia l'Azienda Unità Sanitaria Locale. Quest'ultima ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per omessa notificazione ad almeno uno dei controinteressati. Entrambe hanno controdedotto alle argomentazioni di parte ricorrente e chiesto il rigetto del gravame.

Con atto del 9 aprile 2009 la società ricorrente ha proposto i sottoindicati motivi aggiunti:

1) Illegittimità per relationem della comunicazione di annotazione della J. nel Casellario informatico dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, del 13 marzo 2009 (prot. 15887/UIS)

2) Violazione dell'articolo 38, comma 1, lettera h) del D. Lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'articolo 27, comma 1, lettera r) del dPR n. 34/2000. Eccesso di potere per carenza di presupposti di fatto ed illogicità.

Con ordinanza 893 del 2009 questa Sezione ha respinto la richiesta di tutela cautelare.

Con ordinanza 2164 del 2009 la Sezione V del Consiglio di Stato, tenendo conto dell'autotutela esercitata dalla stazione appaltante con effetto retroattivo nei confronti della segnalazione all'Autorità di Vigilanza, ha accolto l'appello e riformato l'ordinanza pronunciata in primo grado.

In prossimità dell'udienza di discussione della causa la società ricorrente ha depositato una memoria nella quale ha reso noto che l'Azienda intimata ha provveduto ad autoannullare l'atto di segnalazione all'Autorità di Vigilanza dell'infrazione riscontrata in sede di ammissione alla gara ed ha, conseguentemente, chiesto la declaratoria della cessazione della materia del contendere relativamente a tale punto.

All'udienza del 15 luglio 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa notifica ad almeno uno dei controinteressati, sollevata dall'Azienda Sanitaria resistente.

Assume quest'ultima che la società ricorrente avrebbe dovuto notificare il gravame ad almeno uno dei controinteressati il cui nome, a suo dire, era agevolmente conoscibile.

Osserva il Collegio che a fronte dell'impugnativa proposta contro l'esclusione da una gara ad evidenza pubblica (o da un concorso pubblico) non vi sono, in linea di massima, controinteressati ai quali occorre notificare il ricorso, non essendo onere del ricorrente seguire gli sviluppi del procedimento ed impugnare atti conseguenti ricercando i controinteressati successivi, mentre occorre notificare il ricorso almeno ad un controinteressato, a pena di inammissibilità, solo se al momento della proposizione del ricorso avverso il provvedimento di esclusione, siano noti al soggetto escluso i beneficiari della procedura, per essere intervenuto il provvedimento di aggiudicazione della gara o l'approvazione della graduatoria del

concorso. (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 11 agosto 2005, n. 10716; T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 16 gennaio 2006, n. 50; Consiglio Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5200).

Nel caso di specie essendo stata disposta, l'esclusione, subito dopo l'aggiudicazione provvisoria intervenuta in favore della medesima ricorrente, il ricorso avrebbe dovuto essere notificato al soggetto eventualmente subentrato.

Senonché dalla documentazione versata in atti risulta che l'Azienda resistente, con la deliberazione n. 1392 del 27 novembre 2008, ha stabilito, limitatamente al lotto 22A, che avrebbe successivamente proceduto "all'esperimento di una procedura negoziata ai sensi dell'articolo 57, comma 2, lettera a)..." essendo andata deserta la gara in quanto nessuna ditta è risultata seconda aggiudicataria.

Risulta pertanto dimostrato che nel caso in esame non vi è alcun controinteressato.

L'eccezione deve essere, pertanto, respinta.

Nel merito il ricorso si rivela in parte improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione, in parte infondato.

Riguardando la pretesa della ricorrente sia la sua esclusione dall'aggiudicazione della procedura di gara per cui è causa sia l'invio della comunicazione all'Autorità di Vigilanza per il controllo sui contratti dei lavori pubblici e la connessa sanzione ed essendo quest'ultima venuta meno per espresso atto di autotutela della stazione appaltante, il Collegio rileva che la questione da esaminare si limita, oramai, soltanto all'esclusione dalla gara della J.

Con determinazione n. 469 del 23 aprile 2009, infatti, l'AUSL Roma B ha annullato con effetto ex tunc la segnalazione inviata all'Autorità predetta motivando tale atto con le argomentazioni contenute nella sentenza n. 3218 del 25 marzo 2009 di questa Sezione ove è stato precisato che:

"Quando, , il requisito non posseduto dal concorrente, con riferimento al quale venga disposta la esclusione dalla procedura di gara, riguardi l'art. 38, lett. c), D. Lgs. n. 163 del 2006, esso deve ritenersi sussumibile nella categoria dei requisiti di ordine generale e ne discende che non può trovare applicazione l'art. 48, del D. Lgs. n. 163 del 2006" che è la norma riguardante l'ipotesi di non conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, da parte di un'impresa partecipante ad una gara, disciplinante l'esclusione del concorrente dalla gara, l'escussione della relativa cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11".

L'assenza di un obbligo di segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici comporta il venir meno delle sanzioni collegate alla segnalazione anzidetta atteso il collegamento che intercorre tra quest'ultima e la sanzione dell'iscrizione nel Casellario informatico della predetta Autorità di Vigilanza che è di presupposizione stretta nel senso che l'una - la segnalazione - comporta l'automatica applicazione della seconda - l'iscrizione nel casellario - così che il venir meno della prima non può che travolgere la seconda (CdS sezione VI, 23 ottobre 2007 n. 5559; TAR Campania Napoli, sezione VII, 25 marzo 2008 n. 1526).

Da qui il venir meno dell'interesse alla decisione per la questione ora esaminata posta con il secondo motivo del ricorso principale e con i due motivi aggiunti.

Resta la questione relativa all'esclusione dall'aggiudicazione della gara introdotta con il primo e terzo motivo del ricorso principale.

La ricorrente ha partecipato nell'ottobre 2006 alla gara a procedura aperta indicata in epigrafe ottenendo, nell'aprile 2008, l'aggiudicazione provvisoria del lotto 22A.

A seguito di controlli svolti dalla stazione appaltante per l'accertamento del possesso dei requisiti di cui all'articolo 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 è stata esclusa dall'aggiudicazione per aver omesso di dichiarare nella documentazione presentata in sede di gara il beneficio della non menzione "per i provvedimenti ascritti sui certificati dei casellari giudiziali relativi ad un consigliere delegato e ad un suo procuratore, in violazione di quanto prescritto in tema di autocertificazione."

In buona sostanza per aver presentato una dichiarazione asseritamente mendace per omessa indicazione della condanna subita, con il beneficio della non menzione, per violazione dell'articolo 189 del R. D. n. 1265 del 1934.

La ricorrente ritiene che una lettura sistematica dell'articolo 38, comma 1, lettera c) e comma 2 del D. Lgs. n. 163 del 2006 escluderebbe la possibilità di considerare rilevanti tutte le condanne limitando il rilievo soltanto a quelle gravi in grado di incidere sulla moralità professionale .

In buona sostanza l'obbligo di indicare le eventuali condanne sospese derivante dall'articolo 38, comma 2, del D. Lgs. n. 163 del 2006 non sarebbe illimitato ma riguarderebbe fattispecie di gravi reati.

Una diversa interpretazione porterebbe alla valutazione della moralità professionale dell'imprenditore sulla base di tutti gli elementi anche di quelli che non emergono dal certificato penale ordinario, con la necessità di un'indiscriminata indicazione di tutte le condanne anche di quelle relative a reati completamente estranei al profilo relativo alla gara interessata.

Viene richiamato, poi, l'articolo 45, commi 2 e 3, lettera c) della direttiva 2004/18.

Lo stesso articolo prevederebbe, infine, al comma 3, 2° capoverso, un onere di autocertificazione non illimitato ma strettamente funzionale alla verifica dei requisiti concernenti la moralità professionale, correttamente intesa.

L'interpretazione restrittiva dell'Amministrazione resistente si porrebbe in contrasto con il principio di ragionevolezza contenuto nell'articolo 3 della Costituzione e con l'articolo 24, comma 1, della direttiva n. 93 del 1997 contenente un elenco tassativo delle cause di esclusione da una gara pubblica per ragioni oggettive concernenti le qualità professionali di un imprenditore.

La replica alle argomentazioni appena esposte viene proprio dalla sentenza n. 3812 del 25 marzo 2009 di questa sezione nella parte in cui si precisa che: "anche le sentenze di condanna con il beneficio della non menzione nel certificato del Casellario giudiziale potrebbero incidere sulla moralità professionale e costituire ostacolo all'ammissione ad un procedimento di evidenza pubblica, sicché i concorrenti ad una gara di pubblico appalto devono attestare con apposita autodichiarazione, oltre alla mancanza delle sentenze di condanna definitiva che vengono indicate nel certificato del Casellario giudiziale a richiesta dei privati, anche l'assenza di tutte le rimanenti sentenze definitive di condanna subite, anche con il beneficio della non menzione.

Nelle gare di appalto pubblico la mancata dichiarazione dell'esistenza di queste ultime condanne penali costituisce una circostanza che ha valore autonomo e che incide sulla moralità professionale del soggetto, a prescindere da ogni valutazione circa la rilevanza del reato non dichiarato. L'impresa concorrente ad un pubblico appalto non può quindi sindacare essa stessa l'incidenza effettiva del reato compiuto sulla propria moralità professionale, avendo invece l'onere di dichiarare alla stazione appaltante tutte le condanne subite dal legale rappresentante.

La non veridicità della dichiarazione integra quindi una autonoma causa di esclusione dalla gara, a prescindere dalla valutazione in ordine all'idoneità della condanna riportata ad incidere sulla moralità professionale dell'impresa.

Il Consiglio di Stato ha, invero, di recente espresso in materia la condivisibile opinione che l'esistenza di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti, quali la mancata dichiarazione di sentenze penali di condanna, si configura come causa autonoma di esclusione dalla gara (Consiglio Stato, Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723; in termini, anche Consiglio di Stato, Sez. V, 6 giugno 2002, n. 3183) perché la valutazione circa la sussistenza del requisito della moralità professionale spetta alla stazione appaltante e non al concorrente, sicché quest'ultimo non ha il potere di anticipare tale giudizio omettendo nella sua dichiarazione dati penalmente rilevanti (Consiglio Stato, sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6221).

Le considerazioni in precedenza svolte e la circostanza che art. 38, II c., del D. Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che il concorrente deve attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in cui deve indicare anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione, comportano che non può essere condiviso il minoritario orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4244), peraltro relativo alla precedente normativa al riguardo, secondo cui il partecipante alla gara può operare un giudizio di rilevanza sulle condanne subite e ritenere che i relativi fatti non incidano sulla moralità professionale, senza incorrere nella sanzione della esclusione per dichiarazione non veritiera perché il difetto del requisito della moralità professionale non concerne tutti i reati commessi dall'imprenditore indipendentemente dal tipo e dalla gravità del reato commesso, ma solo quelli che siano in grado di incidere in concreto sull'interesse collettivo alla realizzazione dell'opera pubblica".

Esattamente in termini è la sentenza nella quale si sostiene che "anche le sentenze di condanna con il beneficio della non menzione nel certificato del Casellario giudiziale potrebbero incidere sulla moralità professionale e costituire ostacolo all'ammissione ad un procedimento di evidenza pubblica, sicché i concorrenti ad una gara di pubblico appalto devono attestare con apposita autodichiarazione, oltre alla mancanza delle sentenze di condanna definitiva che vengono indicate nel certificato del Casellario giudiziale a richiesta dei privati anche l'assenza di sentenze definitive di condanna con il beneficio della non menzione, l'assenza di sentenze patteggiate (per le quali non è stata ottenuta l'amnistia, la riabilitazione o l'estinzione e artt. 167 o 445 c.p.p. per decorso del tempo senza aver commesso un altro reato) e l'assenza di reati puniti con la sola pena pecuniaria, atteso che deve essere consentita all'Amministrazione appaltante la possibilità di effettuare una valutazione anche della rilevanza di tali condanne sull'affidabilità morale e professionale di ogni partecipante per reati che incidono sulla moralità professionale, e l'omissione va equiparata alla stregua di una falsa dichiarazione, che ai sensi dell'art. 17 comma 1, lett. m), d.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 e va sanzionata con l'esclusione dalla gara" (T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 27 giugno 2008, n. 344).

Va, inoltre, osservato che l'autodichiarazione sul possesso di propri requisiti non è una generica attestazione « de scientia », ma una dichiarazione « de veritate » su ciò che si dice e su ciò che si afferma possedere (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 10 ottobre 2007, n. 9925) con la conseguenza che ove le affermazioni in essa contenute, siano contrarie alla verità dei fatti dichiarati, l'autodichiarazione oltre a poter essere rilevante su altri piani mina il rapporto di

fiducia che deve intercorrere tra stazione appaltante ed aggiudicatario.

Nella fattispecie in esame la società ricorrente non ha prodotto una dichiarazione mendace, nel senso di aver omesso di indicare un dato rilevante, ma ha prodotto una dichiarazione non veritiera in quanto ha dichiarato cosa difforme dalla verità dei fatti.

Il legale rappresentante della società ha, infatti, dichiarato espressamente (pagina 1) "che nei propri confronti e, avendone piena conoscenza, nei confronti di tutte le persone componenti l'Organo di amministrazione non sono mai state pronunciate condanne per le quali abbiano beneficiato della non menzione".

Affermazione quest'ultima che risulta smentita dal certificato del casellario giudiziale ove si rileva che l'amministratore della società ricorrente è stato raggiunto da un decreto penale del GIP della Pretura di Pescara emesso l'8 marzo 1991 per violazione al T.U. sulla Prevenzione degli Infortuni sul lavoro (art. 46 DPR 27.4.1955 n. 547).

E', pertanto, tale circostanza, vale a dire l'aver dichiarato una circostanza contraria a quanto avvenuto, ad assumere rilievo e a giustificare l'esclusione dell'impresa ricorrente dalla gara per cui è causa, non il merito dei fatti contestati dal giudice penale che non è stato oggetto di autonoma valutazione da parte della stazione appaltante essendo stata ritenuta rilevante la dichiarazione resa e la sua non corrispondenza a quanto risultante negli atti del casellario giudiziale.

Del resto se per ragioni di speditezza il DPR 445 del 2000 consente di ricorrere all'autodichiarazione in luogo dell'esibizione di numerosi certificati al fine di attestare il possesso di determinati requisiti ciò implica che l'autodichiarante deve sentirsi obbligato a rendere le proprie dichiarazioni in modo scrupoloso e con particolare diligenza per corrispondere alla fiducia accordata e non minare la leale collaborazione che deve ispirare i comportamenti dei due possibili contraenti: stazione appaltante e concorrente.

Profili dei quali correttamente, anzi doverosamente, la stazione appaltante deve tener conto in occasione della valutazione del rapporto di fiducia che deve astringere con il concorrente aggiudicatario.

Ed invero: "Il certificato del casellario giudiziario non riporta se chiesto dai privati le condanne per le quali è stato riconosciuto il beneficio della non menzione nonché le sentenze di applicazione della pena su richiesta (patteggiamento) e neppure (art. 34 comma 4 l. n. 55 del 1990) i provvedimenti definitivi di irrogazione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale ex art. 3 l. n. 1423 del 1956; per effetto dell'entrata in vigore del t.u. del casellario giudiziario (d.P.R. 14 novembre 2002 n. 313) solo al P.M. ed all'autorità giudiziaria penale è consentita l'acquisizione del certificato integrale (in precedenza acquisibile da tutte le pubbliche amministrazioni), mentre le pubbliche amministrazioni possono ottenere solo il certificato rilasciato all'interessato; conseguentemente il bando di gara può legittimamente prescrivere, con maggior severità rispetto le previsioni di cui all'art. 75 d.P.R. n. 554 del 1999, che il concorrente, oltre a produrre il certificato del casellario giudiziale, produca altresì apposita dichiarazione di insussistenza di reati incidenti la moralità e la professionalità, dichiarazione che dovrà essere veritiera, dovendo includere anche eventuali reati non iscritti nel casellario, nonché dichiarazione relativa alle circostanze ostative ex lett. b) dell'art. 75 citato, attesa la insufficienza dei certificati in questione; deve, peraltro, essere riconosciuta alla p.a. la facoltà di individuare modalità di documentazione dei requisiti di accesso a gara ulteriori e più

restrittive di quelle di legge, ove ciò risponda a canoni di logicità, ragionevolezza, pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, e non vi è dubbio che nel caso specifico dei requisiti di cui all'art. 75 sub b) e c) l'infungibilità dei certificati prescritti al comma 2 rispetto alla prova della inesistenza delle cause preclusive di cui al comma 1 giustifica un maggior rigore" (T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 3 febbraio 2004, n. 120).

Il ricorso deve essere pertanto respinto

Le spese di giudizio, liquidate in complessivi € 2.000,00 , vengono poste a carico della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sede di Roma - Sezione III quater

Dichiara, in parte, improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione il ricorso proposto dalla S. spa, meglio specificato in epigrafe; in parte lo respinge.

Condanna l'impresa ricorrente al pagamento delle spese di lite, nella misura liquidata in motivazione, in favore dell'AUSL Roma B e dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici in ragione della metà ciascuno.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella udienza pubblica del 15 luglio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Mario Di Giuseppe, Presidente

Linda Sandulli, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere