Il T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 19 gennaio 2010, n. 76

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano,
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1041 del 2009, proposto da: T. Srl, rappresentato e difeso dall'avv. M. B., con domicilio eletto presso M.in Milano, c/o Segreteria Tar;

contro

Comune di S. S. G, rappresentato e difeso dagli avv. G. M., S. F., L. L., P. S., con domicilio eletto presso G. M. in Milano;

nei confronti di

F.Lli G. di G. V. & C. Sas, rappresentato e difeso dall'avv. C. C., con domicilio eletto in Milano;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- dei verbali della gara a procedura aperta indetta dal C. di S. S. G. per l'appalto dei lavori di riqualificazione dei giardini C., P., M., XX S., S. G., M.-C.;
- della determinazione n.17 del 26.3.2007 e dell' allegata relazione;
- del bando nella parte in cui prevede la dichiarazione del possesso dei requisiti d'ordine generale sub specie 1), 4) e 8);
- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque risalente all'ente territoriale resistente..

Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di C. di S. S. G.;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di F.Lli G. di G. V. & C. Sas;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18/12/2009 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Il C. resistente indiceva una procedura aperta per l'affidamento di lavori di riqualificazione di alcuni giardini comunali, nonché di rifacimento di percorsi e pavimentazioni, la posa di arredi e giochi, le opere a verde, sia di conservazione che di integrazione dell'esistente, e la posa di impianto di irrigazione dedicato ad alberi, arbusti e tappeti erbosi, per un importo a base di gara di Euro 377.597,67. Il termine per la presentazione delle offerte scadeva il 10.11.2008, ed il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso. In ordine ai requisiti richiesti per la partecipazione, il bando richiedeva ai concorrenti di non trovarsi nelle condizioni di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163/06, ed in particolare "che l'impresa non ha commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione dei lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara, né ha commesso alcun grave errore nell'esercizio della sua attività professionale". La procedura veniva aggiudicata all'attuale controinteressata, la ricorrente si classificava al secondo posto. Quest'ultima, in data 29.10.2007, segnalava alla stazione appaltante che il C. di B., con determinazione dirigenziale n. 1705 del 04.07.2008, aveva disposto la risoluzione per grave inadempimento contrattuale, negligenza e ritardo nell'esecuzione dei lavori del contratto d'appalto n. 2777, stipulato in data 29.10.2007, inerente la realizzazione di un nuovo campo sintetico di calcio. L'Amministrazione C. resistente riscontrava la predetta nota in data 08.02.2009, osservando come la risoluzione contrattuale disposta dal C. di B. era

stata inserita nel Casellario Informatico dell'A. di V. solo in data 26.11.2008, mentre il termine per la presentazione delle domande scadeva il 10.11.2008, dovendosi così considerare veritiera la dichiarazione rilasciata dall'attuale controinteressata. La stazione appaltante inoltre raffrontava gli atti del C. di B. e le relative osservazioni dell'attuale controinteressata, ritenendo queste ultime attendibili, in ordine all'insussistenza di un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale (la vicenda che aveva dato luogo alla risoluzione contrattuale riguardava una fornitura da posare in opera, ritenuta di qualità inferiore di quella offerta in sede di gara).
Con un unico articolato motivo in diritto, la ricorrente deduce la violazione dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/06 da parte della stazione appaltante, che avrebbe dovuto escludere la controinteressata. Quest'ultima dichiarava di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dal citato art. 38, né di aver commesso alcun grave errore nell'esercizio della attività professionale, con ciò rilasciando una dichiarazione incompleta e mendace, per non aver dato conto della citata risoluzione contrattuale subita da parte del C. di B.. Sostiene in particolare il ricorrente che tale onere sussisteva, a prescindere dalla posteriorità della relativa iscrizione sul Casellario della risoluzione contrattuale, dovendosi estendere l'obbligo di dichiarazione, a tutti quei fatti di cui l'interessato abbia una conoscenza diretta. Ciò che rileverebbe ai fini dichiarativi è l'esistenza del provvedimento di risoluzione per grave inadempimento, negligenza e ritardo nell'esecuzione dei lavori, dato che l'iscrizione nel Casellario non ha alcuna valenza certificativa, né è richiesto dalla norma ai fini della configurabilità della causa ostativa. Poiché un giudizio sulla gravità o meno dell'errore commesso da un operatore economico nell'esercizio della propria attività professionale può essere espresso dalla stazione appaltante se ed in quanto l'episodio è dichiarato, la controinteressata avrebbe dovuto segnalare la risoluzione subita, indipendentemente da ogni altra considerazione.
Si costituiva l'A. resistente e la controinteressata, osservando in particolare come, in via di fatto, quest'ultima avesse contestato il predetto provvedimento di risoluzione contrattuale disposto dal C. di B., intentando una causa civile nei confronti del predetto E. L. (R.G. n. 9249/09, pendente avanti al Tribunale di Bergamo). Inoltre la stazione appaltante avrebbe dettagliatamente esaminato le vicende che hanno dato luogo alla risoluzione contrattuale presso il C. di B., e con una valutazione puntuale e dettaglita, non ha ravvisato che i fatti in questione potessero dar luogo ad un errore grave, rilevante ai fini dell'affidamento per cui è causa. In diritto si contesta la pretesa del ricorrente, volta ad equiparare, quanto all'obbligo di segnalazione alla stazione appaltante, a pena di falsità della relativa dichiarazione, l'esistenza di un provvedimento penale, come richiesto dalla lettera c) dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/06, e di un provvedimento di risoluzione contrattuale (lett. f). L'interpretazione suggerita dalla ricorrente condurrebbe ad estendere oltremodo gli obblighi dichiarativi in capo ai concorrenti, che sarebbero tenuti a segnalare alle stazioni appaltanti, anche fatti oggettivamente indeterminati, quali l'esistenza di "errori gravi", o "gravi violazioni dei doveri professionali", la cui concreta configurabilità è particolarmente incerta, diversamente da quanto accade a fronte dell'esistenza di un reato, inequivocabilmente accertato in un provvedimento penale.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

L’art. 38 c. 1 lett. f) D.Lgs. n. 163/06 esclude dalla partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i concorrenti che, tra l’altro, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso un errore grave nell’esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova.
La causa di esclusione di cui alla citata lettera f) si pone l’obiettivo di salvaguardare l’elemento fiduciario, che deve necessariamente essere presente nei confronti dell’impresa prescelta.
In generale, si ritiene pacificamente in giurisprudenza che ai fini dell’applicazione del divieto in parola, non sia sufficiente che le prestazioni non siano state eseguite a regola d’arte ovvero in maniera non rispondente alle esigenze del committente, occorrendo, invece, una violazione del dovere di diligenza nell’adempimento, qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell’impresa. Per contro, non è richiesto alcun accertamento in sede giurisdizionale, dovendosi ritenere sufficiente la valutazione fatta dalla stessa stazione appaltante, in sede amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dall’impresa che intende partecipare alla nuova procedura di affidamento. L’accertamento dell’errore grave, su cui la stazione appaltante è tenuta ad esprimere una valutazione supportata da congrua motivazione, può avvenire con qualsiasi mezzo di prova e, quindi, può risultare sia da fatti certificati in sede amministrativa o giurisdizionale, che da fatti attestati da altre stazioni appaltanti o anche da fatti resi noti attraverso altre modalità.
La questione rilevante ai fini della presente controversi è se possa o meno configurare una falsa dichiarazione, l’omessa segnalazione alla stazione appaltante di un atto unilaterale di risoluzione contrattuale (ex art. 38 c. 1 lett. f), nel caso in cui:
-il bando di gara si limitava ad imporre l’obbligo di dichiarare di non aver commesso alcun errore grave nell’esercizio della propria attività professionale, in conformità a quanto previsto dall’art. 38 c. 1 lett. f) D.Lgs. n. 163/06, senza richiedere ai concorrenti ulteriori e più specifiche indicazioni (es. obbligo di dichiarare tutti gli atti di risoluzione contrattuale subiti);
-la segnalazione all’Autorità di Vigilanza, relativa alla risoluzione contrattuale disposta dal Comune di Bergamo in danno dell’attuale ricorrente, era successiva alla data di presentazione delle domande di partecipazione;
-il provvedimento di risoluzione contrattuale è stato contestato in sede civile, promuovendo un autonomo giudizio, successivamente ai fatti sopra descritti;
-la stazione appaltante riteneva “di non poter concludere che la risoluzione contrattuale operata dal C. di B. possa costituire circostanza configurante un accertamento di errore grave nell’esercizio della propria attività professionale, così come richiesto dall’art. 38 c. 1 lett. f)”.
Ritiene il Collegio come, ai fini della configurabilità di una falsa dichiarazione, l’aver omesso di segnalare alla stazione appaltante l’esistenza di una “sentenza di condanna passata in giudicato” (ex art. 38 c. 1 lett. c), e un atto di risoluzione contrattuale unilateralmente disposto da una precedente stazione appaltante, siano fattispecie eterogenee, e non equiparabili. Ciò di cui l’art. 38 c. 1 lett. c) richiede la segnalazione, a pena di falsità della relativa dichiarazione, è un provvedimento di estremi certi, emanato da una determinata autorità giudiziaria, in una certa data, che accerta la sussistenza di una delle fattispecie tassativamente previste dalla legge penale, ed irroga conseguentemente una determinata sanzione. Ai fini del rilascio delle relative dichiarazioni, e della loro falsità

in caso di omissione, l'aver commesso un "errore grave" nell'esercizio della propria attività professionale (art. 38 c. 1 lett. f), non è equiparabile all'aver commesso un reato, in quanto nel primo caso si è in presenza di un mero concetto giuridico indeterminato, potendo mancare l'esistenza di un provvedimento che ne dichiari la sussistenza. In altre parole, se vi è un reato, c'è un provvedimento penale che ne accerta l'esistenza, e vi è un obbligo di sua segnalazione, mentre una tale correlazione può difettare in caso di commissione di "errore grave", poiché può mancare, come nel caso di specie, un provvedimento che ne accerti la sussistenza. Ad esempio, l'atto unilaterale di risoluzione contrattuale ben potrebbe essere successivamente contestato ed annullato in sede giurisdizionale, con efficacia ex tunc, rendendo così sine titulo l'esclusione a suo tempo disposta per falsa dichiarazione, in capo al concorrente che avesse contestato con successo l'esistenza di un "grave errore professionale". Correttamente il ricorrente sostiene che la stazione appaltante può escludere il concorrente, per difetto del requisito di cui all'art. 38 c. 1 lett. f, pur in mancanza di accertamento in sede giurisdizionale, dovendosi ritenere sufficiente la valutazione fatta dalla stessa stazione appaltante, in sede amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali. La ricostruzione del ricorrente è tuttavia errata nella parte in cui confonde i presupposti richiesti per escludere un concorrente in applicazione del citato art. 38 c. 1 lett. f, da quelli richiesti per configurare una falsa dichiarazione. Un conto è ritenere che la stazione appaltante possa escludere un concorrente per aver commesso un errore grave "accertato con qualsiasi mezzo di prova", anche nel caso in cui i fatti che documentino l'esistenza di un tale errore siano contenuti in un provvedimento unilaterale di un'altra amministrazione. Diverso è ritenere "falsa", e cioè in contrasto con un fatto che si assume "vero", la dichiarazione di un concorrente che non abbia segnalato l'esistenza di una qualunque vicenda, idonea in astratto ad integrare la definizione di "errore grave", peraltro non descritta in alcun atto, normativo od amministrativo. Se non esiste un provvedimento, emanato in sede giurisdizionale, od in sede amministrativa e non contestato (T.A.R. Liguria, Sez. II 29.04.2005 n. 556), che accerti la gravità dell'errore, non può essere considerata falsa la dichiarazione che ne ometta la segnalazione, fermo restando che la stazione appaltante potrebbe giungere all'esclusione del concorrente anche in sua assenza, come desumibile dal citato art. 38 c. 1 lett. f, laddove consente alla stazione appaltante di accertare la commissione dell'errore professionale "con qualsiasi mezzo di prova". Il ricorrente aggiunge che la predetta ricostruzione sarebbe irragionevole, in quanto renderebbe impossibile alla stazione appaltante la selezione di quelle condotte idonee a integrare la commissione di un errore professionale. Non ritenendo falsa la dichiarazione del concorrente che ometta la segnalazione di qualsivoglia fattispecie in astratto idonea ad essere valutata in termini di "errore grave" da parte della stazione appaltante, si sposterebbe, sul concorrente la valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione. L'A. non potrebbe inoltre sostanzialmente dare applicazione al citato art. 38 c. 1 lett. f, non disponendo di alcun strumento in grado di documentare i fatti in astratto suscettibili di essere valutati quali gravi errori professionali. L'assunto è infondato. L'art. 27 c. 2 lett. p) del D.P.R. n. 34/2000 prevede espressamente che le stazioni appaltanti comunichino all'A., ai fini dell'inserimento nel Casellario, eventuali episodi di grave negligenza nell'esecuzione di lavori, ovvero gravi inadempienze contrattuali. L'impianto normativo consente quindi alle amministrazioni di poter

conoscere i fatti potenzialmente valutabili in termini di "grave errore professionale", tramite un obbligo di segnalazione dei predetti episodi, verificatisi in fase esecutiva, ed un obbligo di consultazione del predetto Casellario, in fase di affidamento, onde verificare l'assenza, o l'eventuale rilevanza, di fatti potenzialmente idonei a configurare il predetto grave errore professionale. Qualora la stazione appaltante ritenesse non sufficientemente tutelante un tale sistema, ben potrebbe in ogni caso imporre ai concorrenti il rilascio di una dichiarazione che non si limitasse a richiedere la sussistenza dei requisiti di cui al citato art. 38 c. 1 lett. c), ma si spingesse espressamente a pretendere, ad esempio, la segnalazione di tutti gli eventuali atti di risoluzione contrattuale subiti.
Il ricorso è respinto.
Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, in ordine alla complessità ed all'innovatività delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo per la Lombardia – Sezione Prima – respinge il ricorso.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18/12/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Piermaria Piacentini, Presidente
Hadrian Simonetti, Referendario
Mauro Gatti, Referendario, Estensore