

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6489 del 2009, proposto da:

Società Rossetti Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Piovano e Silvia Vanni, con domicilio eletto presso Marco Piovano in Roma, via Conca D'Oro, 206;

contro

Società Autostrade Per L'Italia Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Carlo Malinconico e Sergio Fidanzia, con domicilio eletto presso Carlo Malinconico in Roma, viale Bruno Buozzi, 109 ;

nei confronti di

Società Coface Assicurazioni Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianmaria Scofone e Filippo Sciuto, con domicilio eletto presso Filippo Sciuto in Roma, via E. Gianturco, 6;

per l'annullamento

previa sospensione dell'esecuzione

del provvedimento di esclusione dalla aggiudicazione provvisoria dell'appalto per la fornitura triennale di gasolio da riscaldamento e autotrazione per i siti dislocati sulle competenze della Direzione 5° Tronco Autostrada Milano-Napoli (Tratto: Fabro – Frosinone e Diramazione per Roma) Autostrada Roma-Civitavecchia (codice appalto 097/Fiano/2008) in favore dell'impresa ricorrente; del provvedimento impeditivo all'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della società ricorrente; di tutti gli atti del procedimento e, in particolare, dei verbali redatti dalla commissione nominata ed incaricata di esperire le procedure relative all'aggiudicazione della fornitura, la graduatoria finale e di ogni altro atto presupposto, connesso e, comunque, consequenziale;

e per l'accertamento

del diritto della ricorrente all'aggiudicazione

nonché per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrade Per L'Italia Spa e di Coface Assicurazioni Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2011 il I ref. Rosa Perna;

Uditi l'avv. Piovano per la ricorrente, l'avv. Fidanzia per Autostrade s.p.a. e l'avv. Barrile, in sostituzione dell'avv. Sciuto, per Coface Assicurazioni s.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato in Gazzetta Ufficiale, la direzione V Tronco – Roma di Autostrade per l'Italia s.p.a. indicava una procedura aperta ai sensi dell'art. 55 del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163, c.d. Codice degli appalti (in seguito: il Codice), per l'appalto della "Fornitura triennale di gasolio da

riscaldamento e da autotrazione presso i siti dislocati sulle competenze della Direzione V Tronco - Roma”, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

Con riferimento specifico alle dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti di capacità generale di cui all'art. 38 del d.lgs n. 163/06, al punto 3.1.3.a) del disciplinare di gara veniva stabilito l'obbligo per i concorrenti, a pena di esclusione, di presentare con la domanda di partecipazione alla gara una dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.p.r. n. 445/2000, debitamente compilata e firmata, accompagnata da copia fotostatica del documento di identità del sottoscrittore, con la quale il concorrente attesti, anche ai sensi dell'art. 38 comma 2 del Codice degli appalti, “l'insussistenza delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare d'appalto di cui all'art. 38 comma 1 del Codice, come modificato dal d.lgs n. 113/2007, indicando comunque tutte le eventuali condanne, anche quelle per le quali abbia beneficiato delle non menzione”.

La stessa disposizione del disciplinare conteneva altresì la seguente Avvertenza per i concorrenti: “il dichiarante deve indicare tutte le sentenze emesse nei propri confronti, competendo esclusivamente all'organo preposto della Stazione appaltante di valutare se il reato commesso precluda o meno la partecipazione alla procedura di gara. In particolare il dichiarante dovrà indicare le condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione, le sentenze passate in giudicato, i decreti penali di condanna divenuti irrevocabili, le sentenze di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., eventuali provvedimenti di riabilitazione, eventuali estinzioni del reato. Al fine di agevolare la predisposizione della dichiarazione relativa ai soli punti b) e c) dell'art. 38 comma 1 del Codice, si fa espresso rimando al fac-simile facente parte della documentazione di gara”.

Nel fac-simile della dichiarazione sostitutiva predisposto da Autostrade si precisava che “in ogni caso il dichiarante deve indicare tutte le sentenze emesse nei suoi confronti, anche se non compaiono nel casellario giudiziale rilasciato su richiesta dell'interessato, competendo esclusivamente alla stazione appaltante di valutare se il reato commesso precluda o meno la partecipazione all'appalto. Più specificamente dovrà indicare: le condanne per le quali si sia beneficiato della non menzione; le sentenze passate in giudicato; i decreti penali di condanna divenuti irrevocabili, le sentenze di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale; eventuali provvedimenti di riabilitazione; eventuale estinzione del reato”.

La ditta Rossetti s.p.a., azienda operante nel settore, invitata a prendere parte alla gara, provvedeva a presentare la propria offerta economica, unitamente alla ulteriore documentazione amministrativa richiesta. Inoltre, come disposto dall'apposito disciplinare di gara, la Rossetti s.p.a. si impegnava a stipulare apposita polizza fideiussoria (n. 1792878, emessa da COFACE ASS.NI S.P.A. il 15.7.2008) a garanzia dell'offerta presentata.

L'appalto veniva aggiudicato provvisoriamente all'impresa Rossetti s.p.a..

Nell'espletamento degli accertamenti propedeutici all'aggiudicazione definitiva, Autostrade acquisiva d'ufficio il certificato integrale del Casellario giudiziale del sig. Francesco Rossetti, Amministratore delegato dell'impresa risultata aggiudicataria provvisoria della gara.

Dal raffronto del certificato integrale con le affermazioni rese dal dichiarante in sede di autocertificazione, con riguardo a quelle sulla inesistenza di condanne penali passate in giudicato emesse nei suoi confronti, emergevano talune difformità, essendo risultato che il sig. Rossetti aveva riportato una sentenza definitiva di condanna della Pretura di Leonessa per lesioni colpose gravi ai sensi dell'art. 590, secondo comma, c.p.p.

La stazione appaltante, con lettera del 19 giugno 2009, informava quindi la ditta Rossetti che “Dall'acquisizione dei casellari integrali dei soggetti di cui all'art. 38 comma 1 lett. b) e c) d.lgs 163/2006, sono emerse, relativamente al sig. Francesco Rossetti, nella sua qualità di Amministratore Delegato, evidenti difformità rispetto alle dichiarazioni rese in sede di gara”, che “le suddette difformità sono tali da impedire di addivenire all'aggiudicazione definitiva” e la stazione appaltante avrebbe proceduto “agli adempimenti prescritti dalla vigente normativa, ivi comprese le dovute comunicazioni alle competenti Autorità”.

Inoltre, con lettera raccomandata in pari data, la Committente richiedeva l'escussione della polizza fideiussoria per l'importo totale di euro 24.000,00.

Successivamente la società Autostrade, con provvedimento del 22 luglio 2009, comunicato in pari data alla ricorrente, provvedeva ad annullare la gara de qua, non essendo addivenuta all'aggiudicazione definitiva nei confronti dei primi tre classificati e non avendo ritenuto conveniente il ribasso offerto dal quarto concorrente classificato.

Con il ricorso in epigrafe la ditta Rossetti ha impugnato il provvedimento di esclusione dall'aggiudicazione definitiva nonché tutti gli atti di gara presupposti, connessi e conseguenti, in quanto lesivi della sua posizione, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D.Lgs n. 163/2006; violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara; difetto di motivazione; violazione dei principi di buona fede e ragionevolezza; eccesso di potere; irrazionalità manifesta; violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 2, del D.Lgs n. 163/2006;

Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 2, del D.Lgs n. 163/2006.

Si costituiva in giudizio Autostrade per l'Italia s.p.a. per resistere al ricorso e ne chiedeva il rigetto, siccome infondato nel merito.

Si costituiva altresì Coface Assicurazioni, eccependo pregiudizialmente l'estinzione della garanzia emessa dalla Compagnia per decorso del termine e aderendo, nel merito, alle conclusioni della ricorrente.

Con ordinanza collegiale n. 5039/2009 del 29 ottobre 2009, la Sezione respingeva la domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati.

All'udienza del 24 marzo 2011 la causa è stata riservata dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo l'odierna deducente, argomentando che l'art. 38, comma 2, del Codice, richiamato al punto 3.1.3. del disciplinare di gara, non impone l'esclusione automatica del concorrente che abbia reso false dichiarazioni alla stazione appaltante, ma subordina il provvedimento di esclusione all'accertamento della gravità dei reati commessi dai soggetti che rivestono posizioni di rappresentanza nell'impresa concorrente, lamenta l'illegittimità della propria esclusione dalla aggiudicazione definitiva della gara. E invero, poiché la norma in questione fa esplicito riferimento alla commissione di reati "gravi" in danno dello Stato e della Comunità che incidano sulla moralità professionale, ne consegue che la mancata o incompleta dichiarazione non può determinare ex se l'esclusione della concorrente dalla procedura, altrimenti il riferimento sarebbe superfluo e la disposizione inapplicabile. Pertanto ad integrare la fattispecie che porta alla non partecipazione alla gara della concorrente, non sarebbe sufficiente la sola mancata dichiarazione, essendo necessario indagare se il reato per il quale si è verificata la mancata dichiarazione incida effettivamente sul requisito di affidabilità morale richiesto dal Codice per essere destinatari dell'affidamento di una commessa pubblica.

Nel caso in esame, l'Amministratore delegato della Rossetti s.p.a. era stato condannato nel lontano 1956 per lesioni personali colpose a seguito di incidente stradale e pertanto, a dire della ricorrente, trattandosi di reato non grave e oltretutto risalente nel tempo, ad esso non conseguirebbe automaticamente la mancanza di moralità professionale dell'impresa interessata e dunque l'esclusione. Né l'esclusione dell'impresa dalla gara di appalto potrebbe discendere dal fatto che il legale rappresentante avesse sottaciuto l'esistenza a proprio carico di un precedente penale, in tal modo rendendo una dichiarazione mendace, atteso che la stazione appaltante avrebbe dovuto in ogni caso valutare l'incidenza di quella vicenda sull'affidabilità dell'impresa con riferimento al tempo trascorso, all'elemento psicologico del reato, nonché all'oggetto specifico dell'appalto.

L'assunto non può essere condiviso.

L'art. 38 del Codice prevede che i concorrenti, in sede di gara per l'affidamento degli appalti di lavori, forniture e servizi, rendano la formale dichiarazione sostitutiva ex d.p.r. n. 445/2000, comportante piena assunzione di responsabilità del dichiarante, nella quale siano indicate tutte le

condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione, rientrando nella discrezionalità della stazione appaltante la valutazione in ordine all'incidenza del reato sull'affidabilità del concorrente. Nella specie, parte ricorrente ha completamente trascurato di indicare nella autocertificazione l'esistenza di una sentenza di condanna.

In linea generale, deve ritenersi che la omessa dichiarazione da parte di una impresa concorrente in una gara di appalto per l'affidamento di lavori pubblici, nell'ambito della autocertificazione della esistenza di condanne a carico dei soggetti a ciò tenuti, si manifesta già come dichiarazione non veritiera, cui consegue necessariamente l'esclusione dalla gara (Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7581; id., 13 luglio 2010, n. 4520).

Sul punto la giurisprudenza è unanime nel ritenere che ciascuna società concorrente alle pubbliche gare è tenuta a dichiarare qualsiasi condanna a carico dei propri rappresentanti, a nulla rilevando il tipo di reato, la gravità, il tempo o eventuali provvedimenti nel frattempo intervenuti, non potendo il concorrente operare alcun filtro, omettendo alcune condanne sulla base di una selezione compiuta secondo propri criteri personali (Cons. Stato, Sez. IV, 1° ottobre 2007, n. 5053; 27 giugno 2007, n. 3750; TAR Sardegna, 7 luglio 2006, n. 1433; Cons. Stato, Sez. IV, ordd. nn. 87/2010, 740/2009, 1566/2008).

Giova, altresì, sottolineare che l'emergenza penale riguardante il signor Rossetti, essendo relativa al reato di lesioni personali colpose, pur non esprimendo una intrinseca offensività degli interessi del soggetto pubblico che la normativa in materia di procedure di gara intende tutelare, era tuttavia tale da incidere in modo sostanziale quanto meno sul rapporto fiduciario che si doveva instaurare con la stessa P.A. (Tar Campania, Napoli, sez. I, n. 2194/02); e in ogni caso, è pacifico il principio secondo cui la valutazione di incidenza o meno della fattispecie penale consumata sulla moralità professionale dell'impresa, appartiene esclusivamente all'amministrazione, rientrando nella sua discrezionalità ritenere o meno sussistente siffatta incidenza (Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4520; id., 11 maggio 2010, n. 2822; id., 22 febbraio 2007, n. 945).

Così, nel caso di specie, pur non valorizzando l'incisività di tale precedente penale sulla moralità professionale, l'amministrazione individuava come causa di esclusione, nell'ambito della disposizione del disciplinare di gara che non le lasciava peraltro alcuno spazio discrezionale, la falsità della dichiarazione, e tale falsità ha considerato incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante, sì da determinare l'estromissione dell'impresa dalla gara.

Ad escludere la falsità della dichiarazione resa dal sig. Rossetti, peraltro, non poteva valere la circostanza, invocata dalla ricorrente, che, nella specie, l'omessa menzione riguardasse una sentenza di condanna per un reato non grave e oltretutto risalente nel tempo, stante l'oggettiva contrarietà al vero della dichiarazione resa dall'interessato.

Correttamente pertanto la società Autostrade escludeva dalla gara de qua l'impresa Rossetti, per avere il suo Amministratore delegato omesso di dichiarare una sentenza di condanna definitiva a suo carico risultante dal certificato integrale del casellario giudiziale.

Alle superiori considerazioni di ordine generale va aggiunto, con specifico riguardo alla lex specialis di gara, che nel caso in esame l'obbligo di dichiarazione in parola era chiaramente previsto e puntualmente segnalato ai concorrenti nel disciplinare di gara, anche sotto forma di "avvertenza" posta nel fac-simile della dichiarazione sostitutiva (allegato al disciplinare medesimo), con la precisazione che "in ogni caso il dichiarante deve indicare tutte le sentenze emesse nei suoi confronti, anche se non compaiono nel casellario giudiziale rilasciato su richiesta dell'interessato, competendo esclusivamente alla stazione appaltante di valutare se il reato commesso precluda o meno la partecipazione all'appalto...".

Pertanto - come già affermato dalla Sezione nell'ordinanza che definiva il giudizio cautelare, confermata dal Giudice di seconde cure, considerato che ai sensi del punto 3.13, lett. a) del disciplinare di gara - non impugnato dalla ricorrente - il concorrente era tenuto a dichiarare, a pena di esclusione, "tutte le eventuali condanne, anche quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione", mentre spettava alla stazione appaltante valutarne la gravità con riferimento anche all'oggetto dell'appalto, l'omessa dichiarazione configura un'ipotesi di mendacio, che da sola

giustifica il provvedimento di esclusione dalla gara (Cons. Stato, sez. IV, 1 ottobre 2007 n. 5053 e 27 giugno 2007 n. 3750; T.A.R. Lazio, sez. III ter, 17 febbraio 2009 n. 1541); e la stazione appaltante era tenuta a verificare il “rispetto delle clausole del bando che imponevano di indicare l’esistenza di condanne penali. E’ sufficiente appurare che la dichiarazione, per il suo obiettivo contenuto, non risulta conforme al parametro indicato dalla lex specialis di gara” (Cons. Stato, Sez. VI, 30 marzo 2010, n. 1795; id., Sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324) e pertanto a nulla rilevava il tipo di reato commesso, ma solo la violazione di una prescrizione imposta a pena di esclusione. Correttamente, pertanto, la stazione appaltante, una volta accertata la difformità tra la dichiarazione resa dal sig. Rossetti e il certificato integrale del casellario giudiziario, provvedeva a escludere la ricorrente dalla aggiudicazione definitiva, essendo stata resa la dichiarazione mendace in espressa violazione anche della lex specialis di gara, con ciò integrando una autonoma causa di esclusione dalla gara.

Con il secondo motivo parte ricorrente censura il vizio di violazione e falsa applicazione di legge della missiva con cui la società Autostrade comunicava l’esclusione dall’appalto, deducendo che il riferimento al comma 1, lett. b) e c) dell’art. 38 del d.lgs, in essa contenuto, sarebbe errato, mentre dal contesto letterale non si desumerebbe con esattezza quale norma sia stata violata.

L’assunto è infondato.

Nella lettera in questione si comunicava che, nel provvedere “alla verifica dei requisiti di cui all’art. 38 del d.lgs n. 163/2006 dichiarati in sede di offerta ex d.p.r. 445/2000. Dall’acquisizione dei casellari integrali dei soggetti di cui all’art. 38 comma 1 lettere b) e c) d.lgs 163/2006, sono emerse, relativamente al sig. Francesco ROSSETTI nella sua qualità di Amministratore delegato, evidenti difformità rispetto alle dichiarazioni rese in sede di gara”.

E’ pertanto agevole constatare che la comunicazione contestata, con il riferimento sia alla verifica dei requisiti di cui all’art. 38 cit., sia alle difformità emerse rispetto alle dichiarazioni rese in sede di gara, conteneva precisi elementi idonei a evidenziare la causa ostativa all’aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente.

Infine, con riguardo al provvedimento di escussione della cauzione prestata a garanzia dell’offerta, in difetto di impugnazione dello stesso, ogni questione o domanda in merito ad esso si appalesa inammissibile ed estranea all’oggetto del presente giudizio.

Per le suesposte argomentazioni, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Sussistono comunque giusti motivi per disporre la integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- respinge il ricorso;
- compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Donatella Scala, Consigliere

Rosa Perna, Primo Referendario, Estensore