

N. 00752/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00801/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104;

sul ricorso numero di registro generale 801 del 2011, proposto dalla Gentile Leonardo s.r.l. quale capogruppo della A.T.I. con F.lli Andresini s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Saverio Profeta, con domicilio eletto in Bari, via Cognetti, 25;

contro

Acquedotto Pugliese s.p.a., rappresentato e difeso dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso l'avv. Fabrizio Lofoco in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

per l'annullamento

A. del provvedimento dell'Amministratore unico dell'Acquedotto Pugliese s.p.a. n. 38203 del 30.3.2001, recante l'esclusione della A.T.I. ricorrente dalla procedura aperta per l'appalto dei lavori e dei servizi per manutenzione ordinaria e a guasto delle reti idriche e fognarie e per la realizzazione di allacciamenti di utenza e tronchi idrici e fognari negli abitati

dell'ambito territoriale n. 8 e di dichiarazione consequenziale di gara deserta;

B. ove occorra, della presupposta proposta di esclusione del 30.3.2011, prot. n. 38194, del Responsabile della Direzione Acquisti, Logistica e Contratti dell'Acquedotto Pugliese s.p.a.;

C. ove occorra, del consequenziale provvedimento del 1.4.2011 prot. n. 38865, recante l'indizione di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando ai sensi dell'art. 221, co. I, lett. a), del decreto legislativo n. 163/2006, in ordine al medesimo oggetto della gara dichiarata deserta (ambito territoriale n. 8);

D. del provvedimento dell'Amministratore unico dell'Acquedotto Pugliese s.p.a. n. 38206 del 30.3.2011, recante l'esclusione della A.T.I. ricorrente dalla procedura aperta per l'appalto dei lavori e dei servizi per manutenzione ordinaria e a guasto delle reti idriche e fognarie e per la realizzazione di allacciamenti di utenza e tronchi idrici e fognari negli abitati dell'ambito territoriale n. 9 e di dichiarazione consequenziale di gara deserta;

E. ove occorra, della presupposta proposta di esclusione del 30.3.2011 prot. n. 38197 del Responsabile della Direzione Acquisti, Logistica e Contratti dell'Acquedotto Pugliese s.p.a.;

F. ove occorra, del consequenziale provvedimento del 1.4.2011, prot. n. 38866, recante l'indizione di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando ai sensi dell'art. 221, co. I, lett. a), del decreto legislativo n. 163/2006, in ordine al medesimo oggetto della gara dichiarata deserta (ambito territoriale n. 9);

E PER LA CONDANNA,

ai sensi dell'art. 124 del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, dell'Acquedotto Pugliese s.p.a., al risarcimento in forma specifica in favore della ricorrente e, in subordine,

per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Acquedotto Pugliese s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2011 il cons. Giuseppina Adamo e uditi per le parti i difensori, avv.ti Saverio Profeta ed Ernesto Sticchi Damiani;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza semplificata, ricorrendone le condizioni previste;

Sentite le stesse ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue.

Ai sensi degli articoli 60 e 74 del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, sussistono i presupposti per definire il giudizio nel merito in forma semplificata.

L'associazione temporanea di imprese Gentile è stata esclusa dalla gara indetta dalla società per azioni Acquedotto pugliese, perché dal controllo dei precedenti dell'amministratore unico, signor Mauro Papalini, dell'ausiliaria Pulirapida è emersa una condanna del 1996 ad un'ammenda di Lit 250.000, per violazione delle norme di prevenzione degli infortuni sul lavoro (comunque non riconducibile all'ipotesi di esclusione di cui all'articolo 38, primo comma, lettera e) del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163), per la quale è stata poi concessa alla riabilitazione. Tale circostanza non era stata dichiarata in sede di ammissione alla gara.

Denuncia l'istante sostanzialmente che il disciplinare di gara, al paragrafo 2.1, imponesse una dichiarazione che non doveva riguardare indistintamente tutti i reati ma solo quelli gravi e incidenti sulla moralità

professionale; infatti veniva precisato nel testo che i requisiti da dichiarare erano costituiti dalla "assenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 38, comma primo, del decreto legislativo del 2006". La clausola inoltre era ambigua, tant'è che nell'invito alla successiva procedura negoziata l'Acquedotto pugliese l'ha ulteriormente modificata.

Ai fini del decidere occorre premettere (per la parte che rileva) il paragrafo 2.1 del disciplinare:

"Una o più dichiarazioni..., indicando specificamente l'assenza delle cause di esclusione e il possesso dei requisiti, come segue:

...2) assenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 38, comma primo, del decreto legislativo del 2006; le cause di esclusione delle quali deve essere dichiarata l'assenza sono le seguenti:

...c) presenza nel concorrente di soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale;....

N.B.2): Si rammenta che i concorrenti devono dichiarare tutti i reati commessi, anche se ritenuti non rilevanti o non incidenti sulla moralità professionale: La dichiarazione deve comprendere anche:

- le condanne per le quali si sia beneficiato della non menzione;
- le sentenze passate in giudicato;
- i decreti penali di condanne divenuti irrevocabili;
- le sentenze di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p.;
- gli eventuali provvedimenti di riabilitazione;
- l'eventuale estinzione del reato;
- gli eventuali provvedimenti di revoca.

AQP S.p.A., per la verifica delle dichiarazioni predette, acquisirà il certificato del casellario giudiziale integrale da cui risultano tutti i reati commessi. Ogni difformità tra quanto risultante dal predetto certificato del casellario giudiziale e la dichiarazione resa, a prescindere dalla natura del reato, comporterà l'esclusione del ricorrente dalla gara e la sua segnalazione alle competenti Autorità".

Per comprendere appieno la portata della *lex specialis* occorre richiamare la decisione del Consiglio di Stato, sesta Sezione, 4 agosto 2009 n. 4907, che si è occupata di una precedente gara, anch'essa indetta dall'Acquedotto pugliese.

In tale pronuncia è stato chiarito il rapporto tra "i c.d. requisiti di ordine morale, aventi carattere generale, nel senso che devono essere posseduti da tutti i concorrenti in qualsivoglia gara di appalto" e "la dichiarazione del concorrente, in ordine al possesso dei requisiti".

Premesso che comunque "La mancanza dei requisiti generali si traduce in altrettante cause di esclusione", il Consiglio di Stato, in relazione a quell'ipotesi concreta, in cui il bando predisposto dalla medesima Stazione appaltante non prevedeva espressamente una dichiarazione di tutti precedenti penali, a prescindere dalla loro natura o gravità, ha osservato quanto segue.

"7.1... L'art. 38 elenca da un lato requisiti (e conseguenti cause di esclusione) il cui accertamento è <<oggettivo>>, e non implica valutazione alcuna, ad es. il fallimento, la pendenza di un procedimento di prevenzione, e dall'altro lato requisiti (e conseguenti cause di esclusione), il cui accertamento implica una valutazione da parte della stazione appaltante: ad es. la condanna per reati <<gravi>> incidenti sulla <<moralità professionale>>, la <<grave negligenza>> nell'esecuzione di precedenti contratti, le violazioni <<gravi>> in materia previdenziale.

7.2. In relazione ai requisiti per i quali occorre compiere non un

accertamento vincolato, ma una valutazione, si pone la questione, che ha avuto finora soluzione non univoca, di come debba essere formulata la dichiarazione del concorrente, in ordine al possesso dei requisiti.

Su come vada formulata la dichiarazione, non può tuttavia disquisirsi in astratto, in quanto occorre avere riguardo alla legge speciale di gara (bando e disciplinare), e dunque verificare quale contenuto il bando attribuisce a tale dichiarazione.

Non di rado i bandi richiedono, genericamente, che il concorrente dichiari di non trovarsi in una delle situazioni che sono causa di esclusione ai sensi dell'art. 38, codice.

Ora, l'art. 38, considera causa di esclusione l'aver riportato condanna penale per <<reati gravi>> incidenti sulla moralità professionale; ovvero l'aver commesso violazioni <<gravi>> alle norme in materia di contributi previdenziali o assistenziali.

La valutazione di <<gravità>> implica un apprezzamento che può essere compiuto diversamente dal concorrente e dalla stazione appaltante.

Sicché, se il bando indica genericamente di dichiarare l'insussistenza di una causa di esclusione, esso, di fatto, legittima il concorrente che abbia riportato condanne penali, o commesso violazioni in materia contributiva, a compiere una valutazione di gravità/non gravità.

7.3. Si pone pertanto la questione se possa considerarsi <<falsa>> una dichiarazione del concorrente, con cui si afferma di non aver riportato condanne per gravi reati incidenti sulla moralità professionale, ovvero di non aver commesso gravi violazioni in materia contributiva, laddove sussistano condanne o violazioni in materia contributiva, ma esse si prestino a una valutazione opinabile di gravità/non gravità.

Un orientamento di questo Consesso, che il Collegio condivide e fa proprio, ha ritenuto che laddove il bando richiede genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione dell'art. 38, codice,

esso giustifica una valutazione di gravità/non gravità compiuta dal concorrente, sicché il concorrente non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive; andrà escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni contributive siano gravi e definitivamente accertate.

La dichiarazione del concorrente, in tale caso, non può essere ritenuta <<falsa>> (Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008 n. 4244; Cons. St., sez. V, 7 ottobre 2008 n. 4897; Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007 n. 945, che osserva testualmente che ove il bando richieda genericamente una dichiarazione circa la insussistenza delle cause di esclusione legali, il bando di fatto demanda <<al singolo concorrente il giudizio circa l'incidenza sull'affidabilità morale e professionale di eventuali reati dal medesimo commessi>> sicché <<è da escludere che possa qualificarsi falsa dichiarazione una valutazione soggettiva del concorrente stesso (la quale potrà tutt'al più non essere condivisa, ma giammai potrà essere ritenuta falsa, e cioè non corrispondente ad un dato oggettivamente riscontrabile). Diversa sarebbe stata la situazione se fosse stato imposto al concorrente di dichiarare tutti i reati per i quali fossero intervenute sentenze di condanna passate in giudicato o applicazione della pena a richiesta ex art. 444 del codice di procedura penale, affidando poi all'amministrazione ogni valutazione in proposito. In tal caso infatti, qualora il concorrente avesse omesso di dichiarare taluno di tali reati, si sarebbe potuta configurare una falsa autocertificazione, con conseguente esclusione dalla gara>>).

7.4. Diverso discorso deve essere fatto quando il bando sia più preciso, e non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, codice, ma specifichi che vanno dichiarate tutte le condanne penali, o tutte le violazioni contributive: in tal caso, il bando esige una dichiarazione dal contenuto più ampio e più

puntuale rispetto a quanto prescritto dall'art. 38 codice, all'evidente fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito, al fine dell'esclusione.

In siffatta ipotesi, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando.

7.5. Fatta questa premessa di carattere generale, occorre esaminare che cosa, nel caso di specie, prescriveva la legge di gara, e quali sono i motivi che hanno determinato l'esclusione dalla gara.

Il bando di gara (punto III.2.1) si limita a rinviare al disciplinare di gara.

Il disciplinare, a sua volta (parte prima, paragrafo 2.1) richiede <<una o più dichiarazioni>> <<attestanti l'assenza delle cause di esclusione e il possesso dei requisiti come segue: (...) c) presenza nel concorrente di soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato (...) per reati gravi (...); i) violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali (...)>>.

Il bando, dunque, non richiede, come pure avrebbe potuto, una dichiarazione onnicomprensiva, che dichiarasse la presenza o assenza di qualsivoglia condanna penale e di qualsivoglia violazione contributiva; richiede la dichiarazione circa la presenza o assenza di condanna penale per reati gravi o gravi violazioni contributive, definitivamente accertate.

7.6. Dato che le cause di esclusione dalle gare sono da ritenere tassative, e che va applicato il principio di massima partecipazione alle gare, e considerato il tenore del bando, ne consegue che non costituisce di per sé dichiarazione falsa, e non dà luogo ad autonoma causa di esclusione, la omessa menzione di condanne penali non gravi e la omessa menzione di violazioni contributive che non sono gravi o non sono definitivamente accertate, atteso che il bando, per come è formulato, non imponeva di

dichiarare qualsivoglia condanna penale o violazione contributiva.

7.7. Neppure si può ritenere che vi sia stata una consapevole mala fede nell'omettere l'indicazione di tutte le condanne penali e di tutte le violazioni contributive, atteso che il concorrente sa che la propria dichiarazione viene sottoposta a verifica mediante acquisizione del certificato penale integrale e del d.u.r.c., sicché sa che qualsivoglia reato o violazione contributiva da lui commessa, sarà sottoposta a vaglio di gravità/non gravità.

7.8. Nel caso di specie, pertanto, la asserita incompletezza della dichiarazione, sotto il profilo che non sarebbero state dichiarate tutte le condanne penali e tutte le violazioni contributive, non può essere di per sé sola causa di esclusione, ma può essere causa di esclusione solo se viene compiuta una verifica di gravità delle violazioni".

È evidente perciò che, nella procedura oggetto del presente giudizio, la AQP S.p.A. non ha fatto altro, con il "N.B.2)" (il cui significato è del tutto chiaro e non presenta alcun margine di ambiguità), che concretizzare l'opzione suggerita nella decisione n. 4907/2009 di richiedere nel bando "una dichiarazione onnicomprensiva, che dichiarasse la presenza o assenza di qualsivoglia condanna penale e di qualsivoglia violazione contributiva.

Di conseguenza, in presenza di un bando più preciso (come quello di cui si controverte in questa sede), che "non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, codice, ma specifichi che vanno dichiarate tutte le condanne penali, o tutte le violazioni contributive.., all'evidente fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito, al fine dell'esclusione", "la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale..., ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando" (punto 7.4.della citata decisione).

Ciò comporta l'infondatezza delle censure avanzate e altresì il rigetto della domanda risarcitoria, mancandone tra l'altro il presupposto dell'ingiustizia.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza, come equitativamente liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento di euro 5.000,00 più CPI e IVA, come per legge, a favore del Acquedotto Pugliese s.p.a., a titolo di spese di lite.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente FF, Estensore

Savio Picone, Referendario

Francesco Cocomile, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/05/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)