

N. 00008/2012REG.PROV.COLL.
N. 08829/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 8829 del 2011, proposto da:

Mondialpol Terni Srl in proprio e in qualita' di Mandante e Legale Rappresentante Rti, Rti - Axitea Spa, rappresentati e difesi dall'avv. Alvaro Bartollini, con domicilio eletto presso Fabrizio Petrarchini in Roma, Circonvallazione Trionfale, 145;

contro

Azienda Sanitaria Locale - Ausl N° 4 Terni, rappresentato e difeso dall'avv. Patrizia Bececco, con domicilio eletto presso Anna Maria Pitzolu in Roma, via Crescenzo, 42;

nei confronti di

Crc Global Security Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Sandro Ridolfi, con domicilio eletto presso Sandro Ridolfi in Roma, piazza Barberini, 12;
Axitea Spa;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. UMBRIA - PERUGIA: SEZIONE I n.

00330/2011, resa tra le parti, concernente ESCLUSIONE DALLA GARA DI AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI SORVEGLIANZA E TRASPORTO VALORI DELLE SEDI DELL'AUSL DI TERNI

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale - Ausl N° 4 Terni e di Crc Global Security Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2011 il Cons. Alessandro Palanza e uditi per le parti gli avvocati Bartollini, Becceco e Ridolfi;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. - La società Mondialpol Terni S.r.l., in proprio e in qualità di mandante di r.t.i. con Axitea S.p.a., impugna la sentenza n. 330 del T.A.R. dell'Umbria, che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento della delibera n. 1131 del 03.08.2011, comunicata il 23.08.2011, con la quale il Direttore Generale dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 4 di Terni annullava l'aggiudicazione definitiva, disposta con deliberazione n. 740/D.G. del 17.05.2011, del servizio di vigilanza e trasporto valori delle sedi dell'A.U.S.L. a favore del r.t.i. Axitea S.p.a. (mandataria) - Mondialpol Terni S.r.l. (mandante), per aver omesso di dichiarare 6 decreti penali di condanna successivamente emersi in sede di controllo del possesso dei requisiti; nonché per l'annullamento della pedissequa segnalazione del 26.08.2011, prot. n. 008575, inviata dalla stazione appaltante all'Autorità garante ai fini dell'inserimento del nominativo della ricorrente nel casellario informatico delle esclusioni ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.

2. - La sentenza appellata si basa sulla accertata lacunosità e non rispondenza al vero della dichiarazione sostitutiva sui precedenti penali

presentata dalla impresa ora appellante compilando l'apposito modulo allegato al disciplinare di gara. Il modulo al punto 7 richiede espressamente la dichiarazione di "aver riportato le seguenti condanne beneficiando della non menzione" (campo riempito con "N.a." cioè "nulla avere"). Lo stesso modulo avverte che "... qualora emerga la non veridicità del contenuto della presente dichiarazione la scrivente Impresa decadrà dai benefici per i quali la stessa è stata rilasciata" vale a dire dall'ammissione alla gara. La sentenza osserva che la previsione disattesa è prevista dalla legge (articolo 38, comma 2), e concerne "elementi essenziali" dell'offerta (la dichiarazione di tutte le condanne penali, ritenuta dalla stazione appaltante necessaria a consentire la valutazione della loro eventuale rilevanza ostativa). Secondo la sentenza non trova pertanto applicazione l'articolo 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici, di recente introdotto dall'articolo 4, comma 2, n. 2, lettera d), del decreto legge n. 70/2011, convertito in legge dalla legge n. 106/2011, che ha limitato le cause di esclusione a quelle stabilite da norme di legge. La sentenza infine giudica irrilevanti fatti successivi, quali la richiesta di riabilitazione, o estrinseci alla completezza della domanda, quali l'estinzione dei reati o la presentazione di chiarimenti o integrazioni documentali dopo la scadenza del termine.

3. - L'appellante contesta la sentenza del T.A.R. in base a diversi motivi:

3.1. - Con il primo articolato motivo l'appellante rileva che la sentenza ha correttamente negato l'applicabilità delle cause di esclusione, tassativamente stabilite dall'art. 38, lettera c), ma poi ha del tutto contraddittoriamente convalidato l'esclusione dalla gara sulla base della lacunosa redazione dell'autocertificazione prevista dal comma 2 del medesimo art. 38, che invece non prevede come sanzione l'esclusione dalla gara.

La sentenza non considera il dato sostanziale della inesistenza di reati gravi in danno dello Stato o della comunità incidenti sulla moralità professionale prevista come causa di esclusione dal comma 1, lettera c), dell'articolo 38

del Codice dei contratti, ma si basa su una violazione meramente formale relativa all'autocertificazione prevista dal comma 2 del medesimo articolo.

Ciò contrasta con il principio della massima partecipazione alla gara. Non può essere applicata neppure la sanzione prevista dalle norme dell'art. 75 del D.P.R. n. 445/2000 in caso di falsità dell'autocertificazione che prevede la perdita dei benefici connessi.

Nel caso di specie non vi è falsità dell'autocertificazione, perchè l'attuale appellante si è limitato a trascrivere le risultanze del proprio certificato del casellario e in quanto l'eventuale falsità dovrebbe essere previamente accertata dal giudice ordinario. Al riguardo la stessa sentenza riconosce che non vi sarebbe stata violazione se l'attuale appellante si fosse limitato a presentare - al posto dell'autocertificazione - tale certificato come espressamente consentito dal modulo allegato al disciplinare di gara. Pertanto la modulistica di gara non è affatto chiara e univoca sul punto dei contenuti richiesti all'autocertificazione. Affermato che il disciplinare di gara e non la modulistica costituisce la *lex specialis* della gara, si osserva che il disciplinare si limita a richiedere l'obbligo di dichiarare di non trovarsi in nessuna delle condizioni ostative di cui all'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici.

3.2. - Con il secondo motivo l'appellante lamenta che sul piano sostanziale manca qualsiasi motivazione per la esclusione in relazione alla natura meramente contravvenzionale dei decreti penali non menzionati, concernenti condanne irrogate attraverso decreto, recapitato per posta, senza processo, in procinto di essere prescritte, concernenti fatti minimali risalenti nel tempo e, per i quali la più alta sanzione non supera i duecento euro di multa e che non hanno pertanto alcuna incidenza sulle valutazioni concernenti la moralità professionale.

3.3. - Con il terzo motivo si contesta la erronea applicazione dell'articolo 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti di recente introdotto dall'art. 4,

comma 2, n.2, lettera d), del decreto legge n. 70/2011. La norma, vietando che i bandi e lettere di gara possano contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione oltre quelle previste dal codice o altre norme di legge, ha, secondo l'appello, due implicazioni rilevanti. La prima esclude implicitamente che abbia qualsiasi cogenza al riguardo la modulistica allegata al disciplinare di gara ma solo i bandi e le lettere di gara. La seconda afferma con chiarezza che, in ogni caso, non possono dedursi dai documenti di gara cause di esclusione diverse da quelle espressamente indicate dal Codice e, per quanto attiene al caso in questione, dall'art. 38 del Codice.

4.- Si sono costituite le parti resistenti - AUSL n. 4 di Terni e la società C.R.C. Global security s.r.l., società attualmente aggiudicataria - presentando proprie articolate memorie per sostenere l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

5. - La causa è passata in decisione all'udienza del 25 novembre 2011. Il Collegio, dato il prescritto preavviso alle parti, ha ritenuto di poter decidere direttamente nel merito la causa sulla base della sentenza adottata dal T.A.R..

6. - L'appello è infondato.

6.1. - Il Collegio giudica legittima l'esclusione dalla gara dell'impresa originariamente aggiudicataria motivata dal fatto che - in sede di controllo successivo dei requisiti - l'autodichiarazione relativa ai precedenti penali dell'impresa stessa sia risultata non veritiera.

6.2. - Al riguardo è rilevante che l'autodichiarazione sia prescritta dal comma 2 dell'articolo 38 del Codice degli appalti con le conseguenze previste dall'articolo 75 del D.P.R. n. 445/2000, che prevede, in caso di falsità dell'autocertificazione, la perdita dei benefici cui l'autodichiarazione è finalizzata. Pertanto, nel caso di specie, l'esclusione deriva direttamente da cause previste da disposizioni di legge come richiesto dalla puntuale

applicazione delle nuove disposizioni di recente introdotte dall'articolo 46, comma 1 *bis*, del Codice dei contratti, che vieta che bandi e lettere di gara prevedano ulteriori cause di esclusione non previste dalla legge.

6.3. - Non è contestato il fatto che, nello spazio ove il modulo allegato al disciplinare di gara richiedeva di indicare anche le condanne per le quali si beneficia della non menzione, l'attuale appellante ha apposto la sigla N.a. e cioè "nulla avere".

6.4. - La rilevanza sostanziale della falsa dichiarazione risulta altrettanto evidente dal momento che le condanne concernono comportamenti strettamente attinenti all'esercizio dell'attività professionale svolta dalla società. Si tratta, invero, di reiterate contravvenzioni all'art. 9 del t.u. delle leggi di pubblica sicurezza, a norma del quale chi ottiene una licenza di p.s. deve osservare le connesse prescrizioni speciali che l'autorità rilasciante abbia ritenuto di imporgli. Si comprende dunque che l'Istituto appellante, nello svolgere la sua attività istituzionale, ha ripetutamente disatteso le prescrizioni speciali impartitegli al riguardo dall'autorità di pubblica sicurezza. Inoltre va sottolineato che, pur trattandosi di illeciti contravvenzionali, il legislatore continua a qualificarli come reati penali, mentre com'è noto moltissime contravvenzioni sono state "depenalizzate" e ridotte ad illeciti amministrativi.

Si trattava dunque di reati che, per usare l'espressione dell'art. 38, lettera (c) del codice dei contratti, «incidono sulla moralità professionale».

Ciò si dice non già per concluderne che la presenza di quegli illeciti fosse di per sé sufficiente a giustificare l'esclusione dalla gara; l'art. 38, lettera (c), specifica altresì che debba trattarsi di reati «gravi» (peraltro in un contesto che riguarda anche gli illeciti sanzionabili mediante semplice decreto). S'intende che la valutazione della gravità dell'illecito, ai fini di cui si discute, è rimessa alla discrezionalità dell'ente appaltante. Di conseguenza non si può escludere che nella fattispecie l'ente appaltante, ove quei decreti penali

gli fossero stati tempestivamente e correttamente dichiarati, potesse giungere alla conclusione che i relativi episodi non rivestivano una sufficiente gravità. Per esprimere questa valutazione discrezionale, tuttavia, era necessario che l'ente venisse informato nei modi previsti dall'art. 38.

Se, dunque, si fosse trattato invece di contravvenzioni attinenti a tutt'altra sfera di rapporti (in ipotesi: la disciplina edilizia) si sarebbe forse potuto sostenere che in nessun modo incidavano sulla moralità professionale dell'istituto di vigilanza; e che perciò l'omessa dichiarazione fosse irrilevante. Queste considerazioni permettono dunque al Collegio di concludere che, attesa la tipologia degli illeciti (e sia pure restando impregiudicata la valutazione della loro gravità), l'omessa dichiarazione ha assunto una rilevanza essenziale.

6.5. - La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte avuto occasione di giudicare causa rilevante ai fini della esclusione dalla gara le autodichiarazioni non veritiere in ordine alle condanne penali, a prescindere dalla gravità dei reati, in considerazione del fatto che la verifica circa la loro gravità e rilevanza ai fini delle valutazioni relative alla moralità professionale spetta alla stazione appaltante (CdS n. 5674/2011, n. 2257/2011, n. 2334/2011, n. 1800/2011, n. 1909/2010, n. 1513/2010).

6.6. - La segnalazione all'Autorità garante dei lavori pubblici da parte dell'AUSL, ai fini dell'inserimento nel casellario informatico delle esclusioni, è del tutto conseguente, ai sensi delle disposizioni di cui all' art. 6, comma 11, del Codice dei contratti e art. 8, comma 2, lettera s), del D.P.R. n. 207/2010. In aggiunta alle considerazioni di cui ai punti precedenti, anche tali disposizioni confermano, ove ve ne fosse bisogno, il rilievo determinante, nel complessivo regime del procedimento, delle dichiarazioni non veritiere nelle autocertificazioni richieste ai fini della partecipazione alle gare.

7. - L'appello va pertanto respinto e la sentenza del T.A.R. merita di essere

confermata. Si ravvisano giusti motivi per compensare le spese della presente fase del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge l'appello.

Spese compensate per la presente fase del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/01/2012

IL SEGRETARIO

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