

N. 04896/2014REG.PROV.COLL.
N. 00798/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 798 del 2014, proposto dalla s.r.l. Kernel, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Colaci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Maria Giuseppina Lo Iudice, in Roma, via Ennio Quirino Visconti, n. 55;

contro

la S.U.A.P. della Provincia di Vibo Valentia, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

la Provincia di Vibo Valentia, in persona del Presidente pro tempore, non costituita in giudizio;

il Comune di Nicotera, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Terranova, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Debora Colloca, in Roma, piazza Sabazio, n. 31;

nei confronti di

Dee Jay Service s.n.c. di Florio Remo e Russo Silvana, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sezione II, n. 124/2014, resa tra le parti, concernente l'esclusione da una gara d'appalto per la mancata produzione del certificato dei carichi pendenti;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Nicotera;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2014 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Domenico Colaci e Simona Salazar, su delega dell'avvocato Angelo Terranova;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- Con bando di gara n. 2 del 2013, la Stazione Unica Appaltante presso la Provincia di Vibo Valentia ha indetto una procedura aperta per l'affidamento da parte del Comune di Nicotera dell'appalto delle forniture occorrenti per la realizzazione del progetto integrato di Sviluppo Regionale "Musicarte".

La s.r.l. Kernel ha presentato un'offerta per entrambi i lotti in cui l'appalto è stato suddiviso ed è risultata aggiudicataria provvisoria del secondo lotto, mentre si è classificata al secondo posto nell'altro lotto.

Successivamente, con nota n. 1895/SUA del 24 aprile 2013, il dirigente della S.U.A.P., dopo aver evidenziato che *"a seguito delle disposte verifiche d'ufficio, il Certificato dei Carichi Pendenti emesso in data 09-04-2013 dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Vibo Valentia, ..., risulta non corrispondente all'autocertificazione prodotta a corredo dell'istanza di partecipazione alla procedura aperta in questione"*, ha comunicato *"l'avvio del procedimento per i successivi provvedimenti conseguenti ivi compresi l'applicazione delle prescritte sanzioni previste in caso di accertata dichiarazione mendace"* alla s.r.l. Kernel, che ha controdedotto al riguardo.

La S.U.A.P. ha ritenuto di non accogliere le controdeduzioni della società e, con nota n. 15701 del 16 maggio 2013, le ha comunicato *"la conclusione del procedimento amministrativo con la riconosciuta sussistenza della situazione di discordanza tra il Certificato dei Carichi Pendenti emesso in data 09-04-2013 dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Vibo Valentia e l'autocertificazione resa ai sensi del d. P. R. 445/2000 a corredo dell'istanza di partecipazione alla procedura aperta in questione"*.

2.- Con il ricorso n. 790 del 2013, la s.r.l. Kernel ha quindi impugnato presso il T.A.R. Calabria, Catanzaro, detto provvedimento e successivamente, con motivi aggiunti, la determinazione del responsabile del servizio area amministrativa del Comune di Nicotera n. 375 del 12 luglio 2013, con cui veniva definitivamente aggiudicato alla Dee Jay Service s.n.c. l'appalto in questione.

3.- Il T.A.R., con sentenza n. 124 del 2014, ha respinto il gravame, rilevando che la dichiarazione non veritiera costituisce un'autonoma fattispecie di esclusione, che trova la sua giustificazione nell'art. 75 del

d.P.R. n. 445 del 2000 in tema di autocertificazione, il quale prevede la decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera, ovvero sia dall'ammissione alla gara che dalla sua aggiudicazione.

4.- Con il ricorso in appello in esame, la società ha chiesto l'annullamento o la riforma di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

a) Erroneità della sentenza appellata; violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione del bando e del disciplinare di gara; difetto di istruttoria e dei presupposti; travisamento dei fatti; difetto di motivazione; violazione dell'art. 46, comma 1 bis, del d. lgs. n. 163 del 2006.

Il T.A.R. non avrebbe considerato che la mancata presentazione dell'autocertificazione del casellario giudiziario e dei carichi pendenti non era richiesta dal disciplinare di gara a pena di esclusione.

La tesi del T.A.R. che la dichiarazione non veritiera costituisce un'autonoma fattispecie di esclusione giustificata dal tenore dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 non sarebbe condivisibile, perché la decadenza dei benefici riconosciuti sulla base di una dichiarazione non veritiera può essere disposta solo quando questa ha concretamente occultato l'esistenza di un elemento ostativo al riconoscimento dei benefici e non quando il dichiarante è stato sempre in loro possesso.

b) Sono state quindi riproposte le censure formulate in primo grado e che non sarebbero state oggetto di adeguata considerazione:

b.1) Violazione dell'art. 38, comma 1, lettera c, del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione del bando e del disciplinare di gara; difetto di istruttoria, difetto dei presupposti e travisamento dei fatti.

b.2) Violazione dell'art. 38, comma 1, lettera c, del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione del bando e del disciplinare di gara; difetto di istruttoria, dei presupposti e di motivazione; travisamento dei fatti; violazione dell'art. 46, comma 1 bis, del d. lgs. n. 163 del 2006.

5.- Con memoria depositata il 7 marzo 2014, si è costituito in giudizio il Comune di Nicotera, che ha eccepito l'inammissibilità dell'appello perché non sarebbero state specificamente contestate le motivazioni della sentenza di primo grado, nonché per carenza di interesse, in quanto gli atti impugnati con il ricorso di primo grado non sarebbero stati in grado di produrre effetti dannosi concreti ed attuali nei confronti della s.r.l. Kernel; inoltre, il Comune ha dedotto l'infondatezza dei motivi posti a base del gravame, concludendo per la reiezione.

6.- Alla pubblica udienza del 10 giugno 2014, il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

7.- Innanzi tutto la Sezione, stante l'infondatezza dei motivi posti a base dell'appello, ritiene di poter prescindere dalla disamina delle eccezioni di inammissibilità del gravame formulate dalla difesa del Comune di Nicotera resistente.

8.- Con il primo, complesso, motivo di gravame è stato dedotto che il T.A.R. non avrebbe adeguatamente considerato che il disciplinare di

gara, al punto 5, lett. g, richiedeva la presentazione dell'autocertificazione del casellario giudiziario e dei carichi pendenti per ciascuno dei soggetti indicati dall'art. 38, lett. b) e c) del d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i., precisando che la mancata produzione della documentazione di cui a detto punto non era considerabile quale causa di esclusione dalla procedura di gara, in quanto sarebbe stata ritenuta valida l'autocertificazione effettuata nella dichiarazione sostitutiva di cui al precedente punto 3 e nel relativo e corrispondente schema di domanda allegato al disciplinare.

Il disciplinare suddetto, al punto 3 (rectius: punto 5), nell'individuare, al punto b), il contenuto della dichiarazione sostitutiva, non avrebbe stabilito l'obbligo di dichiarazione dell'insussistenza dei carichi pendenti, che era previsto solo nello schema di domanda allegato al disciplinare, ma in netto contrasto con il disciplinare stesso e con l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006.

Quindi, secondo la società appellante, essa è stata esclusa dalla gara e privata dell'aggiudicazione sulla base di una dichiarazione non richiesta dal disciplinare e non necessaria ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti generali, che, ex art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, è compromesso solo da condanne passate in giudicato per reati gravi incidenti sulla moralità professionale; quindi illegittimamente, perché, in presenza di clausole ambigue o contraddittorie, deve prevalere l'interesse pubblico alla massima partecipazione alla gara.

L'affermazione del T.A.R. che la dichiarazione non veritiera costituiva un'autonoma fattispecie di esclusione, giustificata dal tenore dell'art.

75 del d.P.R. n. 445 del 2000, sarebbe superata dalla circostanza che la decadenza dei benefici riconosciuti sulla base di una dichiarazione non veritiera può essere disposta solo quando questa ha concretamente comportato l'occultamento dell'esistenza di un elemento ostativo al riconoscimento di essi benefici e non allorché il dichiarante è stato sempre in loro possesso, rilevando l'effettiva mancanza dei requisiti e non l'errore commesso nell'indicare il possesso.

Il primo giudice, nell'affermare che il comportamento della società non era giustificabile perché non era nemmeno invocabile il c.d. falso innocuo, non avrebbe considerato che, in presenza di dichiarazioni sostitutive inutili (perché ininfluenti ai fini della verifica del possesso dei requisiti generali), le dichiarazioni erronee non sono qualificabili come false, ma caratterizzate da incompletezza irrilevante.

Nel caso di specie il legale rappresentante della società appellante aveva presentato (a causa dell'equivocità della disciplina di gara) una dichiarazione attestante l'insussistenza di carichi pendenti, in cui non erano stati menzionati procedimenti penali in corso e relativi ad ipotesi di reato, che erano tuttavia inidonee, anche se definitivamente accertate, a determinare la compromissione della moralità professionale dell'imprenditore, con insussistenza dell'alterazione della credibilità del legale rappresentante suddetto.

Non avrebbe considerato il T.A.R. che, con la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 23 del 2013, è stato affermato che, qualora la *lex specialis* non contenga una specifica

comminatoria di esclusione, questa può essere disposta non solo per la mera mancata dichiarazione ex art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, ma solo se sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito; ciò comporterebbe che l'esclusione dalla gara può essere disposta solo quando la circostanza non dichiarata costituisca effettivamente motivo di esclusione, mentre, in caso contrario, dovrebbe prevalere il principio di massima partecipazione, anche perché deve essere necessariamente considerata la buona fede del ricorrente.

Nel caso di specie il disciplinare di gara non comminava specificamente e chiaramente l'esclusione per la mancata presentazione del certificato dei carichi pendenti (in quanto al punto 5, lettera b, obbligava a certificare il possesso dei requisiti generali, cioè l'inesistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, tra i quali non era indicata la sussistenza o meno dei carichi pendenti) e la società appellante non poteva quindi essere legittimamente esclusa dalla gara.

In conclusione, quando il partecipante alla gara sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la *lex specialis* richiama genericamente le cause di esclusione di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, l'omissione o l'inesattezza della dichiarazione non produrrebbero alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, con falso innocuo, insuscettibile, in assenza di espressa disposizione legislativa, a causare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative, anche in ossequio all'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, (che collega l'esclusione alla sola ipotesi di grave colpevolezza nel rilascio di false dichiarazioni, non rinvenibile nel

caso in cui il concorrente non consegua alcun vantaggio in termini competitivi, essendo in possesso dei requisiti richiesti).

8.1.- Così sintetizzate le articolate censure dell'appellante, osserva la Sezione che il T.A.R. ha sostanzialmente ritenuto che la falsità della dichiarazione resa dal legale rappresentante della s.r.l. Kernel costituisca un'autonoma fattispecie di esclusione, giustificata dall'art. 75, del d.P.R. n. 445 del 2000 in tema di autocertificazione, che prevede la decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera, a nulla rilevando la natura dei reati attribuiti al legale rappresentante della società appellante, perché il falso è innocuo quando non incide neppure minimamente sugli interessi tutelati, mentre nelle procedure di evidenza pubblica una dichiarazione inaffidabile, perché falsa o incompleta, è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma.

Va innanzitutto respinta la tesi dell'appellante secondo cui la previsione della necessità di dichiarazione dei carichi pendenti contenuta nello schema di domanda sarebbe in netto contrasto con il disciplinare stesso e con l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 e che le clausole sarebbero ambigue e contraddittorie.

Infatti il disciplinare richiedeva espressamente la presentazione dell'autocertificazione del casellario giudiziale e dei carichi pendenti.

Esso, al punto 5, lett. b), stabiliva che i concorrenti dovevano autocertificare, tra l'altro, il possesso dei requisiti generali, cioè l'inesistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. n.163

del 2006, tra le quali non era elencata la sussistenza o meno di carichi pendenti; poi, al punto 5, lett. g), richiedeva la presentazione dell'autocertificazione del casellario giudiziale e dei carichi pendenti, per ciascuno dei soggetti indicati dall'art. 38 comma 1, lett. b) e c), del d.lgs. n. 163/2006, precisando che *"la mancata produzione della documentazione di cui al presente punto non viene considerata quale causa di esclusione dalla procedura di gara in quanto si considererà valida l'autocertificazione effettuata nella dichiarazione sostitutiva e nel relativo e corrispondente schema di domanda allegato al disciplinare di gara"*.

In proposito lo schema di domanda allegato al disciplinare prevedeva una dichiarazione circa l'insussistenza di carichi pendenti.

Tali previsioni non possono essere interpretate nel senso che la dichiarazione sui carichi pendenti non fosse prevista a pena di esclusione, atteso che la mancata dichiarazione non comportava l'esclusione solo se contenuta nell'allegato schema di domanda.

Stante quindi la previsione della necessità di effettuare detta dichiarazione, contenuta nel disciplinare e nell'allegato schema di domanda, è irrilevante che l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 non la preveda espressamente (peraltro, alla lettera h), esso fa comunque riferimento alle false dichiarazioni come causa d'esclusione), atteso che, in base all'art. 46, comma 1 bis, del d. lgs. n. 163 del 2006, la stazione appaltante può escludere i concorrenti in caso di mancato adempimento alle disposizioni di legge vigenti, come quelle di cui all'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 in tema di autocertificazione, che prevede la decadenza dai benefici (quali l'ammissione e

l'aggiudicazione della gara) eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera.

L'aver corredato l'offerta di un'attestazione erronea, o comunque non conforme al modello imposto dal bando, da parte del legale rappresentante della s.r.l. Kernel ha quindi legittimamente comportato l'esclusione dalla gara della società, posto che la mancata dichiarazione incideva non già sugli effetti delle condanne tacite, ma determinava una situazione di reticenza o di inaffidabilità della società stessa.

E' irrilevante che quanto non dichiarato fosse eventualmente inidoneo ad incidere sulla moralità professionale dell'impresa concorrente, in quanto l'esistenza di false dichiarazioni si configura di per sé come causa autonoma di esclusione, mentre le valutazioni in ordine alla gravità delle condanne ed alla loro incidenza sulla moralità professionale spettano esclusivamente alla stazione appaltante e non già alla concorrente, obbligata ad indicare tutte le condanne riportate, che non può autonomamente operare una selezione sulla gravità o meno delle condanne riportate, sulla base di meri criteri soggettivi.

Proprio dalla tesi della società appellante, secondo cui la decadenza dei benefici riconosciuti sulla base di una dichiarazione non veritiera può essere disposta solo quando questa ha concretamente occultato l'esistenza di un elemento ostativo al riconoscimento dei benefici, si desume una ulteriore ragione della sussistenza della legittimità dell'operato della stazione appaltante, atteso che nel caso di specie era stata dichiarata l'insussistenza di carichi pendenti a carico del legale

rappresentante della società, in contrasto con il contenuto del certificato dei carichi pendenti emesso in data 9 aprile 2013 dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Vibo Valentia: era stata occultata una circostanza che la commissione di gara avrebbe potuto valutare ostativa all'ammissione alla procedura.

Pertanto, la falsa attestazione della mancanza di carichi pendenti richiesta dal disciplinare di gara era di per sé idonea a comportare l'esclusione della appellante, a nulla valendo che le ipotesi di reato fossero o meno idonee a determinare la compromissione della moralità professionale dell'imprenditore e che il falso fosse o meno innocuo.

Al riguardo, va precisato che – quando il bando di una gara d'appalto prevede una dichiarazione dal contenuto completo, anche sui 'carichi pendenti', e il partecipante rende una autodichiarazione non veritiera – non è configurabile un falso 'innocuo', atteso che, nelle procedure di evidenza pubblica, la completezza delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali è già di per sé un valore da perseguire, perché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; conseguentemente una dichiarazione inaffidabile perché, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, è falsa, deve ritenersi già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara (Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397).

Comunque, in particolare, nella gara di cui trattasi (in cui la stazione appaltante aveva richiesto espressamente l'attestazione sulla esistenza o meno di carichi pendenti e non aveva fatto solo un generico richiamo all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006) non si può ritenere sussistente un 'falso innocuo', anche se la *lex specialis* di gara richiedeva la dichiarazione sostitutiva ex d.P.R. n. 445 del 2000, atteso che non si verte in materia di mancata attestazione della sussistenza di requisiti generali in concreto esistenti, ma nella attestazione, rivelatasi non corrispondente alla realtà, della insussistenza di carichi pendenti, che ha inciso sugli interessi tutelati, avendo impedito che la commissione di gara fosse posta nella condizione di poter immediatamente effettuare la valutazione complessiva circa la moralità professionale della società offerente (dovendo la commissione valutare la rilevanza di tutti i dati da fornire).

Peraltro l'art. 45, par. 2, lett. g), della direttiva 2004/18/Ce consente di escludere dalle pubbliche gare l'operatore "*che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni*".

In conclusione i motivi d'appello in esame risultano infondati

9.- Con l'appello, oltre alle articolate censure proposte avverso la sentenza del TAR e respinte nel paragrafo che precede, sono stati riproposti anche i motivi di ricorso di primo grado nell'assunto che essi non siano stato oggetto di adeguata valutazione da parte del T.A.R..

Con il primo di essi è stato sostanzialmente sostenuto che l'autocertificazione dei carichi pendenti non era necessaria ai fini della partecipazione alla gara e con il secondo che i carichi pendenti del legale rappresentante della società non rientravano tra quelli che la commissione di gara avrebbe potuto considerare incidenti sulla moralità professionale, perché di lieve entità (e per questo non indicati), nonché che la mera pendenza di procedimenti penali a carico del concorrente ad una gara non è, ex art. 38, lettera c), del d. lgs. n. 163 del 2006, di per sé ostativa alla partecipazione alle procedure concorsuali.

Osserva la Sezione che tali censure vanno respinte, perché nella sostanza ripetitive di quelle articolate contro le statuizioni del TAR che le hanno respinte.

Peraltro, va anche rilevato come il disciplinare – nel suo richiamo allo schema di domanda di partecipazione - abbia effettivamente previsto l'obbligo delle partecipanti di dichiarare i 'carichi pendenti' e che il Codice dei contratti – come rilevato più volte da questo Consiglio – consente alla stazione appaltante di richiedere la relativa dichiarazione.

10.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

11.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a. e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo respinge l'appello in esame n. 798 del 2014.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/10/2014

IL SEGRETARIO

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

