

N. 03274/2015REG.PROV.COLL.

N. 00287/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 287 del 2015, proposto da:

Arcobaleno S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Mario D'Antino, con domicilio eletto in Roma, Piazza S. Andrea della Valle, n. 3;

contro

- Fondazione PTV - Policlinico Tor Vergata, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Piazza, con domicilio eletto in Roma, Via Luigi Robecchi Bricchetti, n. 10;
- Agenzia delle Entrate, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

Cooperativa Sociale Nuova Sair Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandataria di costituendo RTI con Manutencoop Facility Management S.p.A. e Coopservice Soc. Coop. p.a., rappresentato e difeso dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto in Roma, Via Antonio Bertoloni n. 26/B;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, Sezione III Quater, n. 12066 del 1 dicembre 2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di gestione delle attività ausiliarie ai servizi sanitari.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione Policlinico Tor Vergata, dell'Agenzia delle Entrate e della Cooperativa Sociale Nuova Sair Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2015 il consigliere Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Mario D'Antino, Silvia Marzot, su delega dell'avv. Angelo Piazza, Massimiliano Brugnoletti e l'avvocato dello Stato Mario Antonio Scino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con deliberazione n. 421 dell'11 luglio 2013 la Fondazione PTV - Policlinico Tor Vergata, di seguito PTV, ha aggiudicato all'appellante società Arcobaleno il servizio, di durata quadriennale, di gestione delle attività ausiliarie ai servizi sanitari, per un importo di Euro 26.697.230,00.

2.- Nel corso della verifica dei requisiti che dovevano essere posseduti dall'aggiudicataria è emerso però che il signor Angelo Massi, amministratore unico della società, era stato condannato, con decreto penale del Tribunale di Parma del 27 aprile 2011, alla multa di € 1.290,00, per il reato di cui all'art. 2, comma 1 bis, della legge n. 638 del 1983, per l'omesso versamento di ritenute previdenziali ed assistenziali. Era inoltre emerso che un altro decreto penale di condanna, alla multa di € 2.110,00, era stato emesso dal GIP del Tribunale di Milano, nei confronti del sig. Claudio Franceschelli, socio al 50%, sempre per l'omesso versamento di ritenute previdenziali ed assistenziali. Dall'anagrafe tributaria era poi emerso anche il mancato pagamento di due cartelle esattoriali, per complessivi € 21.712,98.

3.- Sulla base degli accertamenti compiuti e rilevato che gli elementi pregiudizievoli emersi non erano stati indicati dall'impresa aggiudicataria nelle dichiarazioni rese in sede di partecipazione alla gara, PTV ha quindi disposto, con deliberazione in data 8 settembre 2014, la revoca dell'affidamento del servizio che era stata fatta in favore della società Arcobaleno, con l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'ANAC, ed ha aggiudicato la gara al RTI, classificatosi al secondo posto nella graduatoria di merito, formato dalla Cooperativa Sociale Nuova Sair Onlus (mandataria), Manutencoop Facility Management S.p.A. e Coopservice Soc. Coop. p.a. (mandanti), di seguito RTI Nuova Sair.

4.- La società Arcobaleno ha impugnato tale determinazione davanti al T.A.R. per il Lazio.

Al ricorso si sono opposti PTV e il controinteressato RTI Nuova Sair che ha proposto anche ricorso incidentale.

5.- Il T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, con sentenza della Sezione III Quater, n. 12066 del 1 dicembre 2014, ha respinto il ricorso proposto della società Arcobaleno.

6.- La società Arcobaleno ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea per diversi profili ed ha insistito nel sostenere l'illegittimità della determinazione assunta nei suoi confronti da PTV.

6.1.- In particolare, la società appellante, riproponendo sostanzialmente le censure sollevate nel giudizio di primo grado, ha sostenuto che la revoca dell'aggiudicazione era avvenuta senza considerare che la mancata dichiarazione della sussistenza dei due decreti penali di condanna era derivata dalla mancata conoscenza degli stessi, e che, in ogni caso, la valutazione operata dall'Amministrazione non aveva tenuto conto del fatto che le condanne erano relative a fatti non recenti, di lieve entità e, comunque, tali da non incidere sulla moralità professionale dei rappresentati dell'impresa.

6.2.- Secondo l'appellante società Arcobaleno, il T.A.R. non ha poi considerato la dedotta erronea valutazione sulla sussistenza del requisito della regolarità fiscale.

7.- All'appello si sono opposti PTV e il RTI Nuova Sair che hanno anche eccepito l'improcedibilità del ricorso per la nullità della notifica. L'appello era stato, infatti, notificato, sia nei confronti di PTV che di Nuova Sair, non presso il domicilio eletto nel giudizio di primo grado (e risultante dalla sentenza appellata) ma presso la sede legale delle due parti, ed era stato poi notificato ritualmente solo dopo il suo deposito e la successiva presentazione di una istanza di rimessione in termini.

7.1.- Le parti resistenti hanno, comunque, poi sostenuto l'infondatezza delle censure avanzate, meramente riprodotte di quanto già affermato dalla società ricorrente in primo grado.

8.- La Sezione ritiene preliminarmente di poter prescindere da un approfondito esame della questione riguardante la tempestività della notifica dell'appello tenuto conto: che le parti resistenti si sono comunque regolarmente costituite in giudizio, facendo valere nello stesso le proprie ragioni; che il Presidente della Sezione ha accolto, in data 29 gennaio 2015, l'istanza di parte di essere autorizzata a rinotificare l'impugnativa (anche se con salvezza delle eccezioni delle controparti); che l'appello risulta comunque evidentemente infondato nel merito.

9.- Passando all'esame del merito, si deve ricordare che, nel rispetto dei criteri generali dettati dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici, le imprese partecipanti ad una gara devono dimostrare di essere in possesso dei requisiti generali di partecipazione e, in particolare (per quel che qui interessa), dei requisiti di moralità professionale e di adeguatezza economica e finanziaria.

9.1.- Nella gara in esame, facendo applicazione di tali principi, l'art. 7 del Capitolato di appalto prevedeva che i concorrenti dovevano presentare una autodichiarazione attestante il possesso dei requisiti generali di partecipazione e, fra l'altro (per quel che qui interessa), l'eventuale sussistenza di decreti penali, anche se assistiti dal beneficio della non menzione, nonché la regolarità tributaria della impresa.

Il capitolato tecnico prevedeva, quindi, che nella busta "A" (contenente la documentazione amministrativa) doveva essere allegata una dichiarazione del legale rappresentante dell'impresa concorrente attestante, tra l'altro, la non sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici, con l'obbligo di dichiarare, ai fini dell'art. 38, comma 1, lett. c), anche l'esistenza di eventuali decreti penali di condanna divenuti irrevocabili.

10.- Ciò risulta coerente con lo scopo della disciplina dettata dal codice dei contratti che, con riferimento alla dimostrazione del possesso dei requisiti generali di partecipazione alle gare, prevede la presentazione di una autodichiarazione da parte dei concorrenti, in sede di presentazione dell'offerta, sostitutiva della relativa documentazione, in conformità alle disposizioni di cui al DPR n. 445 del 2000 (art. 38, comma 2 del codice dei contratti), e la verifica successiva sul possesso dei requisiti (e quindi sulla veridicità delle autodichiarazioni) da parte della stazione appaltante nei confronti dell'aggiudicatario (art. 11, comma 8, del codice dei contratti) nonché degli altri soggetti previsti.

10.1.- In tal modo possono partecipare alle gare imprese per le quali i requisiti generali sono agevolmente attestati con una dichiarazione, resa sotto la responsabilità personale del dichiarante, fatta salva la successiva verifica documentale effettuata nei confronti (in particolare) dell'aggiudicatario.

10.2.- Se, nel corso di tale verifica, emerge che l'aggiudicatario non è in possesso di uno dei requisiti richiesti, la stazione appaltante procede alla sua esclusione dalla gara (e, se del caso, allo scorrimento della graduatoria), e all'applicazione delle conseguenti sanzioni.

11.- La giurisprudenza ha poi chiarito che le disposizioni riguardanti il possesso dei requisiti di moralità, richiesti dall'art. 38 del codice dei contratti, si riferiscono a tutti i soggetti persone fisiche dotati di poteri decisionali e di rappresentanza dell'impresa o che tali poteri hanno avuto nell'anno precedente (fra le più recenti: Consiglio di Stato, Sez. IV n. 2048 del 23 aprile 2015).

La giurisprudenza ha inoltre aggiunto che il possesso dei requisiti di capacità generale, di cui all'art. 38 del codice dei contratti, deve essere assicurato non solo all'atto di presentazione della domanda ma per tutta la procedura di gara ed anche dopo l'aggiudicazione, per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità (fra le più recenti: Consiglio di Stato, Sez. IV n. 2048 del 23 aprile 2015, cit.).

12.- Nella fattispecie, la società Arcobaleno, risultata aggiudicataria della gara, aveva dimostrato il possesso dei requisiti di moralità attraverso le autodichiarazioni rese dall'amministratore unico, sig. Angelo Massi, e dal socio sig. Claudio Franceschelli che avevano dichiarato di essere in possesso di tutti i requisiti richiesti dall'art. 38 del codice dei contratti e di non incorrere in una delle fattispecie ostative previste dalla indicata disposizione.

13.- In sede di verifica dei requisiti che dovevano essere posseduti dall'impresa, come si è già prima ricordato, è tuttavia emerso:

a) un decreto penale di condanna alla multa di € 1.290,00 del Tribunale di Parma del 27 aprile 2011, reso esecutivo il 3 ottobre 2011, nei confronti dell'amministratore unico sig. Massi, per il reato di cui all'art. 2, comma 1 bis, della legge n. 638 dell'11 novembre 1983, per omesso versamento di ritenute previdenziali ed assistenziali;

b) il mancato pagamento di due cartelle esattoriali, per complessivi € 21.712,98, e ritardati pagamenti di debiti rateizzati;

c) un ulteriore decreto penale di condanna alla multa di € 2.110,00 del GIP del Tribunale di Milano, in data 21 luglio 2009, nei confronti del socio sig. Claudio Franceschelli, per il reato di cui all'art. 2, comma 1 bis, della legge n. 638 del 1983 per l'omesso versamento di ritenute previdenziali ed assistenziali.

14.- Tenuto conto della rilevanza di tali elementi e della loro mancata indicazione nelle autodichiarazioni che erano state presentate dall'impresa aggiudicataria, PTV ha quindi deciso di revocare l'aggiudicazione della gara in favore della società appellante e di disporre la nuova aggiudicazione in favore del RTI Nuova Sair.

15.- L'operato della Stazione appaltante, come ha già sostenuto il T.A.R., deve ritenersi peraltro esente dalle censure sollevate.

16.- In primo luogo, correttamente l'Amministrazione resistente ha dato rilievo alla mancata indicazione, nelle autodichiarazioni rese dai rappresentanti dell'impresa appellante, degli elementi pregiudizievoli poi emersi in sede di verifica dei requisiti partecipativi.

Nelle procedure di evidenza pubblica la completezza e la veridicità delle dichiarazioni rese dai partecipanti ad una gara costituiscono, infatti, un valore rilevante, poiché consentono, in ossequio al principio del buon andamento dell'attività amministrativa, una celere decisione dell'amministrazione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara.

In conseguenza la presentazione di una dichiarazione falsa o gravemente incompleta deve considerarsi comunque lesiva degli interessi di una stazione appaltante.

17.- Nella fattispecie, la società appellante, avendo omesso di dichiarare l'esistenza dei decreti penali di condanna che avevano colpito il suo amministratore e il socio di maggioranza, aveva quindi, già per questo, violato le disposizioni di gara, ed aveva violato anche l'affidamento che era stato riposto dall'Amministrazione nelle autodichiarazioni presentate. In particolare, la società Arcobaleno aveva violato la disposizione, dettata dall'art. 38, comma 2 del codice dei contratti, il cui scopo, come si è accennato, è quello di consentire all'Amministrazione di fare affidamento sulle autodichiarazioni presentate al fine di assumere rapide determinazioni in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara.

18.- La società Arcobaleno ha insistito, anche in appello, nel sostenere che il provvedimento di esclusione adottato in autotutela dall'Amministrazione deve ritenersi illegittimo per il mancato rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e per la sostanziale irrilevanza, sull'aggiudicazione della gara, dei suddetti decreti penali, peraltro non conosciuti, per la loro non pertinenza rispetto all'oggetto dell'appalto, per la tenuità delle condanne, peraltro di epoca risalente, che non sono indice di inaffidabilità finanziaria e che riguardano fatti poi oggetto di depenalizzazione.

Tali argomentazioni non sono condivisibili.

19.- Innanzitutto gli elementi pregiudizievoli emersi, dei quali non era stata data menzione nelle autodichiarazioni rese in sede di partecipazione alla gara, non possono ritenersi irrilevanti nelle valutazioni che devono essere compiute dalla stazione appaltante sull'affidabilità dell'impresa.

La società Arcobaleno ha, infatti, omesso di indicare l'esistenza di due decreti penali di condanna e l'esistenza di irregolarità contributive che attengono a fatti riguardanti direttamente l'esercizio dell'attività di impresa.

19.1.- Spetta peraltro alla Stazione appaltante il potere di valutare la gravità dei fatti per i quali il concorrente è stato eventualmente condannato e, quindi, si apprezzare l'incidenza della condanna sulla sua moralità professionale.

19.2.- Nella fattispecie, la valutazione effettuata da PTV deve ritenersi esente da ogni possibile profilo di irragionevolezza (e di mancanza di proporzionalità) tenuto conto sia di quanto si è detto circa la rilevanza dell'omissione nelle dichiarazioni dell'impresa degli elementi pregiudizievoli poi accertati e sia della incidenza di tali elementi sulla capacità dell'impresa.

20.- Non può poi in alcun modo ritenersi giustificata la mancata indicazione, nelle dichiarazioni presentate in sede di gara, dei due indicati decreti penali di condanna, per l'asserita mancata conoscenza degli stessi, considerato che, a prescindere da ogni valutazione sui fatti che hanno determinato l'irrogazione delle sanzioni (che le parti interessate dovevano conoscere), in ogni caso l'ordinamento consente la conoscibilità delle sanzioni poi comminate anche attraverso l'acquisizione del certificato del Casellario giudiziale.

21.- Né i decreti penali in questione (emessi rispettivamente nel 2011 e nel 2009) sono così risalenti nel tempo rispetto ai fatti di causa da poter risultare per questo non rilevanti.

22.- Quanto alla invocata depenalizzazione dei fatti che hanno determinato l'irrogazione delle sanzioni, si deve osservare che effettivamente il governo è stato delegato, con l'articolo 2, comma 2 della legge n. 67 del 28 aprile 2014, a trasformare in illecito amministrativo il reato di cui all'articolo 2, comma 1-bis, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, per l'omesso versamento di ritenute previdenziali (purché l'omesso versamento non ecceda il limite complessivo di 10.000 euro annui), ma tale norma oltre ad essere successiva alla vicenda di causa (la dichiarazione per la partecipazione alla gara risale infatti al 27 giugno 2012) non ha comunque prodotto ancora i suoi effetti non essendo stato emanato il necessario decreto legislativo delegato.

22.1.- Né può ritenersi applicabile alla fattispecie l'invocato art. 57, comma 6, della Direttiva CE n. 24 del 2014, che consente all'impresa di produrre prove di affidabilità nonostante l'esistenza di motivi di esclusione.

23.- L'appellante società Arcobaleno ha insistito nel sostenere l'illegittimità del provvedimento impugnato anche per il riferimento fatto ad accertate, ma in realtà insussistenti, irregolarità fiscali.

In particolare la società Arcobaleno ha insistito nell'evidenziare che il credito vantato da Equitalia era poi stato successivamente soddisfatto e che il ritardo era da imputare alla società Ama, a sua volta debitrice di un credito ingente nei suoi confronti.

24.- In proposito, come ha già rilevato il T.A.R., si deve preliminarmente osservare che l'eventuale accoglimento della censura non sarebbe comunque in grado di incidere sugli effetti del provvedimento impugnato che risulterebbe comunque legittimo per le altre ragioni che si sono già indicate.

25.- In ogni caso, come pure ha osservato il giudice di primo grado, la regolarità contributiva e fiscale è richiesta come requisito indispensabile per la partecipazione ad una gara di appalto, ai sensi dell'art. 38, lett. g), del codice dei contratti, e deve essere mantenuta dall'impresa partecipante per tutto l'arco di svolgimento della gara, con la sostanziale irrilevanza di un eventuale adempimento tardivo degli obblighi, in quanto l'ammissibilità di una regolarizzazione postuma si tradurrebbe in una lesione della *par condicio* fra i concorrenti (fra le più recenti: Consiglio di Stato, Sez. V, n. 681 del 10 febbraio 2015). Il rispetto di tale principio prescinde peraltro dall'entità del debito e da ogni valutazione sulla gravità dell'inadempienza.

26.- Considerato che, come emerso dagli accertamenti compiuti dall'Amministrazione in sede di aggiudicazione, la società appellante versava in uno stato di irregolarità tributaria, correttamente la PTV ha evidenziato la carenza anche di tale necessaria condizione richiesta per l'aggiudicazione della gara. Mentre non è rilevante, in virtù dei principi indicati, il successivo tardivo adempimento.

27.- Per completezza si deve aggiungere che la Direzione Regionale del Lazio dell'Agenzia delle Entrate ha fatto pervenire una relazione, in data 24 novembre 2014, che ha confermato la correttezza della segnalazione effettuata dalla Direzione Provinciale circa la mancata regolarità fiscale accertata nei confronti della società appellante.

28.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento di € 3.000,00 (tremila) in favore di ciascuna delle parti resistenti, per un totale di € 9.000,00 (novemila), per le spese e competenze del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Deodato, Presidente FF

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 01/07/2015

IL SEGRETARIO

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