

Publicato il 02/02/2018

N. 00286/2018 REG.PROV.COLL.

N. 03526/2016 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3526 del 2016, proposto da:
Euroservizi Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli
avvocati Antonio Gioia, Gianni Marco Di Paolo, Pierluigi Piselli, con domicilio
eletto presso lo studio Antonio Gioia in Palermo, via Cavour 117;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Scammacca, con domicilio eletto presso
lo studio dell'avv. Rosita Marchesano in Palermo, via G.Giusti N.5;

nei confronti di

So.Edil Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli
avvocati Enzo Puccio, Carlo Comandè, Patrizia Saiya, con domicilio eletto presso
lo studio Carlo Comandè in Palermo, via Caltanissetta 2/D;

per l'annullamento

1) della deliberazione n. 4509 del 17.11.2016 (doc.1), comunicata via pec alla odierna ricorrente in data 22.11.2016 (doc.2), con cui il Direttore Generale della ASP di Trapani

-ha revocato la aggiudicazione definitiva (già emessa in favore della odierna ricorrente giusta deliberazione del Direttore Generale n. 3309 del 6.09.2016 - doc.3, comunicata con nota, prot. n. 73507 del 18.07.2016 - doc.4, della gara indetta per la conclusione di un accordo quadro con più operatori economici per la realizzazione di lavori di manutenzione edile ed impiantistica negli immobili di proprietà o concessi in uso all'ASP di Trapani (CIG:654630127B) ;

- ha contestualmente aggiudicato la procedura alla SO.EDIL srl;

- ha autorizzato la consegna dei lavori in favore della Ditta SO.EDIL srl dopo il positivo esito della verifica dell'effettivo possesso dei requisiti generali e speciali;

- ha deliberato di procedere alla stipula del contratto con la nuova ditta aggiudicataria SO.EDIL srl, dopo la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale;

- ha dato mandato al R.P.U. di procedere alle conseguenti segnalazioni all'ANAC e all'Autorità Giudiziaria nei confronti della Euroservizi srl;

- ha deliberato di procedere alla escussione della cauzione provvisoria prestata dalla Euroservizi srl, mediante polizza fideiussoria n. 2016/13/6325477, rilasciata da Italiana Assicurazioni in data 19.04.2016, di importo pari ad € 9.000,00;

- ha dichiarato il provvedimento, immediatamente esecutivo, ai sensi dell'art. 65 comma 7 della L.R. n. 25/93;

2) della nota prot. 120380 del 15.12.2016, con cui l'ASP ha confermato revoca della aggiudicazione;

3) del bando di gara relativo alla predetta procedura, nella parte in cui prevede, come cause di esclusione dalla gara, ipotesi diverse da quelle tassativamente previste dalla legge.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani e di So.Edil Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2017 il dott. Roberto Valenti e uditi per le parti i difensori: Alessio Cicchinelli, su delega dell'avv. Gianni Marco Di Paolo; Giuseppe Spadaro, su delega dell'avv. Mario Scammacca, per l'Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani; Carlo Comandé e Enzo Puccio per SO.EDIL srl.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso ritualmente notificato e depositato parte ricorrente impugna, chiedendone l'annullamento previa sospensione, la delibera n. 4509 del 17/141/16, comunicata il 22/11/2016, con cui l'ASP di Trapani ha revocato l'aggiudicazione definitiva, già emessa in favore della ricorrente, (giusta delibera n. 3309 del 06/09/2016), riguardo la gara per la conclusione di un accordo quadro con più operatori economici per la realizzazione di lavori di manutenzione edile ed impiantistica sugli immobili in proprietà o in uso alla stessa Azienda Sanitaria Provinciale.

Con il medesimo provvedimento di revoca, l'aggiudicazione è stata quindi disposta in favore della controinteressata intimata SO.EDIL s.r.l., autorizzandosi la stipula del contratto e dando altresì mandato per la segnalazione all'ANAC e all'Autorità Giudiziaria nei confronti della Euro-Servizi, disponendosi al contempo l'escussione della prestata cauzione provvisoria.

Costituisce parimenti oggetto di impugnazione la nota n.120380 del 15/12/2016 con cui l'ASP ha confermato il precedente provvedimento di revoca dell'aggiudicazione.

Parte ricorrente impugna altresì, per quanto di interesse, il bando di gara nella parte in cui prevede, tra le cause di esclusione, ipotesi ritenute diverse da quelle tassativamente previste dalla legge.

Nel ricorso parte ricorrente premette ed espone di aver partecipato alla gara in parola, risultandone in un primo momento aggiudicataria.

Illustra quindi che, dopo l'intervenuta aggiudicazione, in sede di verifica dei requisiti di cui al comma 1 lett.c) art. 38 D.Lgs. 163/2006, l'Amministrazione ha riscontrati delle difformità rispetto a quanto dichiarato dal Direttore Tecnico dell'impresa aggiudicataria, con particolare riguardo alla dichiarazione resa sulla insussistenza di condanne penali: dal ché è seguita la comunicazione di avvio del procedimento di revoca.

In particolare nel certificato rilasciato dall'Amministrazione all'Ing. Pezzano in data 21/03/2016 risultava "NULLA"; diversamente il certificato rilasciato in sede di autonoma verifica alla ASP di Trapani, in data 06/09/2016, è riportata la segnalazione che a carico dello stesso Ing. Pezzano figura una condanna per furto, giusto decreto penale di condanna divenuto definitivo in data 03/03/2016, con irrogazione di relativa multa.

Sul punto parte ricorrente ammette che per mero errore di valutazione, non avendo proposto opposizione al decreto penale di condanna (su suggerimento del proprio legale che gli ha così consigliato per beneficiare della non menzione nel casellario giudiziale), in sede di dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 non ha dichiarato la sussistenza del precedente in parola: tuttavia opina che, stante la tenuità del fatto, la predetta condanna, anche ove dichiarata, non poteva condurre ad una esclusione

dalla gara, anche in ragione delle previsioni comunitarie contenute rispettivamente all'art. 45 della Direttiva 2004/18 e all'art. 57 della Direttiva 2014/24.

Malgrado le deduzioni di parte in riscontro alla comunicazione di avvio, con il provvedimento impugnato l'Amministrazione ha disposto l'esclusione dalla gara dell'impresa ricorrente, ritenendo rilevante non già la natura del reato omesso, quanto l'omissione nella dichiarazione in sé non veritiera del Direttore Tecnico dell'impresa il quale aveva espressamente dichiarato la non sussistenza di condanne per le quali si beneficiava della non menzione nel casellario giudiziale: né il ricorrente, trattandosi di falsa dichiarazione resa, poteva beneficiare del c.d. soccorso istruttorio.

Con la prima censura parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 38 co. 1 lett.c) D.Lgs. n.163/06 nella parte in cui si estende l'obbligo di dichiarazione anche la direttore tecnico cui si chiede di dichiarare la sussistenza di condanne anche per fattispecie che hanno beneficiato della non menzione.

Con la seconda censura si contesta la violazione dell'art. 38 cit. comma 1 lett.c) e comma 2 in combinato con le prescrizioni di cui alla lett. h) e al comma 1-*ter* dello stesso articolo.

In particolare, con detta doglianza parte ricorrente contesta che le valutazioni sulla gravità del reato non competevano all'ASP di Trapani bensì all'ANAC.

Con la terza censura l'impresa ricorrente lamenta la violazione dell'art. 46 D.Lgs. n. 163/2006.

Con la quarta censura lamenta la violazione dell'art. 46 cit. con riferimento al bando di gara e al principio della tassatività della cause di esclusione.

Resiste l'Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani che, con memoria in termini, chiede il rigetto del ricorso invocando l'orientamento della giurisprudenza amministrativa in ordine agli effetti caducanti derivanti della falsa dichiarazione resa

ai sensi del 445/2000, quale è la dichiarazione da rendere ai sensi del 38 codice degli appalti.

Si è costituita altresì la controinteressata, contestando le censure e chiedendo il rigetto del ricorso.

In sede cautelare la domanda di sospensiva è stata rigettata con ordinanza n.76 del 13/1/2017, non essendo stati ravvisati dal Collegio sufficienti profili di *fumus boni iuris* avendo riguardo alle concrete modalità in cui è stata resa dal Direttore Tecnico la dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. 163/2006, nonché alla indubbia sussistenza –al momento della presentazione della stessa dichiarazione- di un precedente penale di condanna -ancorché con il beneficio della non menzione nel casellario- richiamandosi altresì l'orientamento della recente della giurisprudenza amministrativa su analoghe questioni (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 5451/2015 del 02/12/2015).

In data 13 aprile 2017 si sono costituiti in giudizio, quali ulteriori patrocinanti di parte ricorrente, gli Avvocati Pierluigi Piselli e Gianni Marco di Paolo. In data 13 giugno sono stati depositati documenti mentre con successiva memoria del 15 giugno 2017, i patrocinanti di parte ricorrente hanno insistito per l'accoglimento del ricorso.

L'Asp ha concluso per il rigetto con memoria del 16 giugno 2017.

La controinteressata ha concluso con memoria del 15 giugno ed ha replicato con memoria del 23 giugno 2017.

Ciò posto il ricorso è da respingere per le considerazioni che seguono.

Con la prima censura parte ricorrente, lamentando la violazione di legge e della normative comunitarie, ritiene che non sussistano in specie i presupposti previsti dall'art. 38 D.Lgs.163/2006 per l'esclusione dalla gara di Euroservizi, anche in relazione alla errata attuazione del legislatore nazionale delle direttive comunitarie

per ciò che concerne l'estensione anche al Direttore Tecnico delle dichiarazioni da rendere ai sensi dello stesso mentovato art. 38 comma 1 lett. c).

La doglianza è da disattendere.

Come opportunamente argomentato *ex adversis* dalla impresa controinteressata, in relazione alla compatibilità comunitaria delle disposizioni normative interne, inerenti l'estensione anche alla figura del Direttore Tecnico delle dichiarazioni sulla sussistenza dei requisiti di ordine morale, la Corte di Giustizia UE, sez. X, con sentenza 06/11/2014, n. 42, ha stabilito che *“L'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (CE) n. 1177/2009 della Commissione, del 30 novembre 2009, letto in combinato disposto con l'articolo 2 della stessa, nonché il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che essi non ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione, in base alla motivazione che tale operatore non ha rispettato l'obbligo, previsto dai documenti dell'appalto, di allegare alla propria offerta, sotto pena di esclusione, una dichiarazione ai sensi della quale la persona indicata in tale offerta come suo direttore tecnico non è oggetto di procedimenti o di condanne penali, anche qualora, a una data successiva alla scadenza del termine stabilito per il deposito delle offerte, una siffatta dichiarazione sia stata comunicata all'amministrazione aggiudicatrice o sia dimostrato che la qualità di direttore tecnico è stata erroneamente attribuita a tale persona”*.

Sulla base di detto principio anche il Consiglio di Stato (sez. V, 07/08/2015, n. 3884) ha ritenuto che sia del tutto legittima l'esclusione di un'impresa dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per la mancata allegazione della dichiarazione attestante l'assenza di procedimenti o condanne penali a carico del direttore tecnico, prevista dall'art. 38 d.lgs. n. 163-2006, cosiddetto codice dei contratti pubblici, ritenuto compatibile con la direttiva appalti n. 2004/18/CE (rilevante *ratione temporis* in questo giudizio).

Anche la seconda doglianza è da disattendere.

Ed invero, ciò che rileva nella presente controversia attiene precipuamente alla falsa dichiarazione resa dal Direttore tecnico dell'impresa prima ancora della rilevanza della fattispecie penale allo stesso ascritta.

Il Consiglio di stato, con la sentenza n. 388472015 citata, ha avuto modo di evidenziare che l'esclusione da una gara d'appalto consegue ad ogni qualsivoglia dichiarazione non veritiera resa dall'operatore economico, a prescindere dal dolo o dalla colpa grave, non residuando margini di discrezionalità in capo alla stazione appaltante: *“La necessità dell'esclusione si ricava, infatti, da una lettura comparata dell'art. 38 codice appalti con l'art. 75 d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, secondo cui « il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera ». La norma menzionata pone in stretta correlazione la non veridicità del contenuto della dichiarazione con i benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della medesima dichiarazione”*.

Anche nel caso in esame, così come in quello preso in considerazione dal Consiglio di Stato con la prefata sentenza, il beneficio derivante da una dichiarazione sostitutiva sui requisiti minimi richiesti nel bando, da parte di un concorrente, è connesso alla sua domanda di partecipazione alla gara: pertanto, la decadenza da tale beneficio comporta necessariamente l'esclusione del concorrente: *“... l'art. 75 d.P.R. n. 445-2000 non richiede alcuna valutazione, da parte della stazione appaltante, circa il dolo o la colpa grave del dichiarante, poiché la non veridicità di quanto autodichiarato rileva sotto un profilo oggettivo e conduce alla decadenza dei benefici ottenuti con l'autodichiarazione non veritiera, indipendentemente da ogni indagine della pubblica amministrazione sull'elemento soggettivo del dichiarante (cfr., per tutte, Consiglio di Stato, sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1909)”*.

Detti principi sono stati ancora recentemente confermati dal T.A.R. Roma, sez. II, con sentenza 20/12/2016, n. 12663: *nelle gare d'appalto, nel caso di omessa dichiarazione di condanne penali riportate dal concorrente, è legittimo il provvedimento di esclusione, non*

sussistendo in capo alla stazione appaltante l'ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente penale di cui è stata omessa la dichiarazione, conseguendo il provvedimento espulsivo alla omissione della prescritta dichiarazione.

Il Consiglio di Stato ha ribadito il carattere di «ordine pubblico economico» delle disposizioni di cui all'art. 38, con la conseguente impossibilità di integrazione postuma della mancata dichiarazione del pregiudizio penale e l'ulteriore conseguenza dell'esclusione dalla gara (cfr., per tutte, Consiglio di Stato, sez. V, 10 maggio 2012, n. 2702, pure richiamata nel contesto motivazionale della più recente sent. 3884/2015 cit.).

Anche nel caso in esame provvedimento revoca motivato, in ragione della omessa dichiarazione di una condanna riportata da Direttore Tecnico, si appalesa come atto dovuto da parte della stazione appaltante *anche a prescindere dall'esistenza o meno di un'apposita disposizione del bando di gara, conseguendo il provvedimento espulsivo alla omissione della dichiarazione sostitutiva ex d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, prescritta dall'art. 38 comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ed atteso che la dichiarazione sul possesso del requisito di ordine generale ex art. 38, comma 1 lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, deve essere completa e contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dalla entità del reato, dalla risalezza nel tempo dello stesso e dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, in quanto tale valutazione compete esclusivamente alla stazione appaltante*(cfr. T.A.R. Lazio, Roma, cit: ex multi cfr. anche T.A.R. Basilicata, 24 febbraio 2016, n. 136; T.A.R. Marche, 11 dicembre 2015, n. 911; T.A.R. Pescara, 6 novembre 2015, n. 428; Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4511).

Ed anche nel caso in esame, come in quelli scrutinati dalla giurisprudenza sopra richiamata (T.A.R. Lazio cit.) non è comunque possibile riconoscere profili di incolpevolezza nella omissione in cui è incorso il Direttore tecnico dell'impresa, inerendo detta omissione ad un decreto penale di condanna scientemente non opposto anche per poter beneficiare della non menzione nel casellario giudiziale:

decreto penale di condanna del quale l'interessato non fa alcuna menzione nella dichiarazione resa ai fini della gara nella quale ultima semmai falsamente dichiara espressamente l'insussistenza di condanne per le quali si era ottenuto il beneficio della non menzione nel casellario giudiziale.

Quanto appena illustrato consente al Collegio di poter facilmente delibare, in termini di infondatezza, anche la terza censura con la quale l'impresa ricorrente assume che le dichiarazioni da rendere dal Direttore Tecnico non possano assimilarsi alle prescrizioni essenziali, ex art. 46 D.Lgs. 163/2006 in combinato disposto con i commi 2 e 2bis dell'art. 38: diversamente da quanto prospettato l'art. 38 comma 1 lett. c), come sopra tratteggiato in coerenza con il contesto giurisprudenziale richiamato, costituisce un ineludibile onere previsto dalla legge, non emendabile -- in presenza di una falsità acclarata- con il soccorso istruttorio.

Anche la quarta ed ultima doglianza è priva di pregio.

Parte ricorrente lamenta che la previsione del bando, che onera il Direttore Tecnico a rendere le dichiarazioni di cui all'art 38 comma lett. c) anche in relazione alle condanne per le quali si è beneficiato della non menzione nel Casellario, si pone in violazione con il principio di tassatività dei motivi di esclusione previsti dall'art. 46 comma 1 bis D.Lgs. 163/2006. Sul punto il Collegio ritiene di poter condividere quanto sostenuto dal T.A.R. Lazio, sez. I, sent. 11/07/2016, n. 7897, secondo cui *non risulta introdotta così una causa di esclusione ulteriore, in relazione alla previsione dell'art. 46, comma 1 bis, Codice Contratti, in quanto - a parte il richiamo sopra effettuato all'art. 38, comma 2, cit. che impone tale dichiarazione nelle forme di cui al d.p.r. n. 445/2000 - tali clausole risultano ragionevoli e idonee a completare un'efficace applicazione proprio dell'art. 38, comma 1, lett. c), cit., in quanto - come detto - non compete al concorrente il giudizio di "valore" richiamato dalla norma in questione ma alla sola stazione appaltante, che deve essere posta in grado di conoscere tutte le condanne dei concorrenti a tale fine, potendosi in senso contrario agevolmente eludere quanto richiesto dal legislatore a tale scopo omettendo di dichiarare la presenza di condanne ritenute*

"innocue", con valutazione sostanziale quindi demandata al concorrente medesimo e non all'amministrazione.

In conclusione, disattese le censure articolare nell'atto introduttivo sopra scrutinate, il ricorso è da respingere in quanto infondato. A differenti conclusioni può per altro giungersi mercé la documentazione in ultimo versata in atti dall'impresa ricorrente atta a comprovare come in data 5/10/2016 si sia interrotto il rapporto con il Direttore Tecnico (verbale di assemblea del 5 ottobre 2016 con il quale si revoca l'incarico dell'Ing. Pezzano).

Il Collegio condivide con la parte resistente che, in disparte la non idoneità di tale atto ad integrare una effettiva misura di dissociazione dell'impresa, in ogni caso la dissociazione può assumere valore esimente soltanto con riguardo agli amministratori cessati da ogni incarico nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara, e non anche, come in specie, con riferimento a quelli in carica al momento di presentazione della domanda di partecipazione o che l'anno addirittura l'hanno sottoscritta: detta regola, frutto della applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, risulta applicabile anche al Direttore tecnico che, unitamente agli amministratori, rientra nel novero dei soggetti elencati dalla su citata disposizione.

Ne deriva che l'attività di effettiva e sostanziale dissociazione nei confronti di un Direttore tecnico in carica al momento della presentazione della domanda di partecipazione, e che ha reso dichiarazioni in seno alla stessa, non può essere utilmente scrutinata a fini sananti rispetto alla posizione della società concorrente.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore della parti resistenti che liquida in complessivi € 2.000,00 (Euro duemila/00), oltre accessori, nella misura di metà per ciascuna.

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

Così deciso in Palermo nelle camere di consiglio dei giorni 4 luglio 2017, 6 dicembre 2017, con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente FF

Roberto Valenti, Consigliere, Estensore

Sebastiano Zafarana, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Roberto Valenti

IL PRESIDENTE
Aurora Lento

IL SEGRETARIO