

Legittimo annullamento di aggiudicazione, con conseguente escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'autorità per riscontrate difformità rispetto alle dichiarazioni rese in sede di gara dal Presidente del Consiglio di Amministrazione della Società partecipante: l'omessa dichiarazione da parte di una impresa concorrente in una gara di appalto per l'affidamento di lavori pubblici, nell'ambito della autocertificazione della esistenza di condanne a carico dei soggetti a ciò tenuti per reati che incidono sulla moralità professionale si manifesta già come dichiarazione non veritiera, cui consegue necessariamente l'esclusione dalla gara **ciascuna società concorrente alle pubbliche gare è tenuta a dichiarare qualsiasi condanna a carico dei propri rappresentanti, a nulla rilevando il tipo di reato, la gravità, il tempo o eventuali provvedimenti di riabilitazione, amnistia o estinzione**

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo avverso un ricorso per < violazione e/o falsa dichiarazione dell'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, lettere b) e c); eccesso di potere sotto vari profili, poiché dalle disposizioni della lex specialis si evinceva che venivano presi in considerazione solo reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale e nessuno dei rappresentanti delle imprese ricorrenti si è reso colpevole di reati di tal genere e, quand'anche la ragione risiedesse nelle risultanze del Casellario giudiziale relative al dott. Giancarlo A., nessuna attinenza queste avrebbero con le previsioni di cui all'art. 38, lettere b) e c) del citato decreto legislativo, poiché attengono ad un reato per lesioni personali colpose conseguenti ad infortunio sul lavoro occorso il 19.9.1991, in relazione al quale il dott. A. rispondeva a titolo di responsabilità oggettiva nella qualità di legale rappresentante di una società peraltro oggi estinta;>? sono altresì legittimi i provvedimenti di escussione della cauzione provvisoria e di segnalazione all'Autorità?

**Nel merito, il ricorso è infondato:** la Società ricorrente, che ha reso dichiarazione di inesistenza di precedenti penali pur in presenza di condanna riguardante il Presidente del consiglio di amministrazione della società medesima, con il primo motivo, ripreso nei motivi aggiunti, deduce la violazione delle garanzie partecipative e dei principi del contraddittorio e del giusto procedimento. Con il terzo motivo di ricorso parte ricorrente deduce che dalle disposizioni della lex specialis era possibile evincere che sarebbero stati presi in considerazione solo reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale e quand'anche la ragione dell'esclusione risiedesse nelle risultanze del Casellario relative al Presidente del consiglio di amministrazione, queste nessuna attinenza avrebbero con le previsioni di cui all'art. 38, lettere b) e c) del citato decreto legislativo. L'assunto non può essere condiviso: L'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e la preclusione alla stipula dei relativi contratti, per i soggetti (lettera c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna o emesso decreto penale divenuto irrevocabile oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità, che incidono sulla moralità professionale.

**Il divieto opera, quando si tratta di società di capitali, se la sentenza è stata emessa a carico degli amministratori muniti di potere di rappresentanza. Nella specie, parte ricorrente ha completamente trascurato di indicare nella autocertificazione l'esistenza della sentenza di condanna.** Quanto al rilievo diretto a censurare la legittimità della escussione della cauzione e della segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, si osserva, in relazione al primo profilo, che già con l'art. 10 della legge n. 109 del 1994 la previsione relativa all'incameramento della cauzione provvisoria è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall'aggiudicatario (in precedenza era prevista a garanzia dell'adempimento, da parte dell'aggiudicatario, dell'obbligazione relativa alla sottoscrizione del contratto), assumendo così una funzione di garanzia non solo della stipula del contratto, ma della serietà e affidabilità dell'offerta, sicché può affermarsi che l'incameramento della cauzione provvisoria è correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza e di produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione alla gara e di presentazione dell'offerta. **In sostanza l'escussione della**

**cauzione, il cui scopo è liquidare in via forfetaria il danno subito dalla S.A. per omessa stipulazione del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario provvisorio, riguarda non solo l'assenza della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa di questi, ma anche tutti i casi in cui abbia prodotto dichiarazioni non confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione o abbia effettuato false dichiarazioni**

Merita di essere segnalata la sentenza numero 1541 del 17 febbraio 2009, emessa dal Tar Lazio, Roma

< La Società ALFA S.p.a. che ha reso dichiarazione di inesistenza di precedenti penali pur in presenza di condanna riguardante il Presidente del consiglio di amministrazione della società medesima, con il primo motivo, ripreso nei motivi aggiunti, deduce la violazione delle garanzie partecipative e dei principi del contraddittorio e del giusto procedimento.

La censura è infondata.

Per costante giurisprudenza, invero, (TAR Campania-Salerno, I, 10.1.2008, n. 16; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 20.1.2005, n. 460), l'esclusione dalla gara di un concorrente non costituisce autonomo procedimento, distinto da quello concorsuale al quale il concorrente ha chiesto di partecipare, sicché non necessita di previa comunicazione di avvio del procedimento.

A ciò si aggiunga che qualora un concorrente sia privo di un requisito specificamente richiesto a pena di esclusione, il provvedimento che lo esclude dalla gara non sarebbe comunque annullabile ex art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, avendo esso carattere spiccatamente vincolato, non potendo il suo contenuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Del pari infondato è il secondo motivo di ricorso, con cui si deduce il difetto di istruttoria e di motivazione in ordine all'incidenza della fattispecie di reato sull'affidabilità morale e professionale della Società ALFA S.p.A..

Invero, l'istruttoria risulta regolarmente effettuata con la richiesta al Casellario giudiziario della Procura della Repubblica del relativo certificato, da cui sono scaturite le notizie che hanno condotto all'esclusione dalla gara; inoltre anche le considerazioni che parte ricorrente svolge in ricorso, laddove ipotizza l'oggetto dell'addebito, dimostrano la piena consapevolezza delle ragioni che hanno indotto alla contestata esclusione.

Con il terzo motivo di ricorso parte ricorrente deduce che dalle disposizioni della lex specialis era possibile evincere che sarebbero stati presi in considerazione solo reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale e quand'anche la ragione dell'esclusione risiedesse nelle risultanze del Casellario relative al dott. Giancarlo A., queste nessuna attinenza avrebbero con le previsioni di cui all'art. 38, lettere b) e c) del citato decreto legislativo.

L'assunto non può essere condiviso.

L'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e la preclusione alla stipula dei relativi contratti, per i soggetti (lettera c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna o emesso decreto penale divenuto irrevocabile

oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità, che incidono sulla moralità professionale.

Il divieto opera, quando si tratta di società di capitali, se la sentenza è stata emessa a carico degli amministratori muniti di potere di rappresentanza.

Nella specie, parte ricorrente ha completamente trascurato di indicare nella autocertificazione l'esistenza della sentenza di condanna.

La omessa dichiarazione da parte di una impresa concorrente in una gara di appalto per l'affidamento di lavori pubblici, nell'ambito della autocertificazione della esistenza di condanne a carico dei soggetti a ciò tenuti per reati che incidono sulla moralità professionale si manifesta già come dichiarazione non veritiera, cui consegue necessariamente l'esclusione dalla gara.

Sul punto la giurisprudenza è unanime nel ritenere che ciascuna società concorrente alle pubbliche gare è tenuta a dichiarare qualsiasi condanna a carico dei propri rappresentanti, a nulla rilevando il tipo di reato, la gravità, il tempo o eventuali provvedimenti di riabilitazione, amnistia o estinzione (Cons. Stato, Sez. IV, 1° ottobre 2007, n. 5053; 27 giugno 2007, n. 3750; TAR Sardegna, 7 luglio 2006, n. 1433) .

Giova, tuttavia, sottolineare che l'emergenza penale riguardante il signor A., essendo relativa a violazione della normativa antinfortunistica, incide sostanzialmente anche sul rapporto fiduciario che si deve instaurare con la P.A..

Comunque, va ricordato che è pacifico il principio secondo cui la valutazione di incidenza o meno della fattispecie penale consumata sulla moralità professionale dell'impresa, appartiene esclusivamente all'amministrazione, rientrando nella sua discrezionalità ritenere o meno sussistente siffatta incidenza (Cons. Stato, Sez. V, 22.2.2007, n. 945).

Tuttavia, nella specie, pur non valorizzando l'incisività, pure esistente, di tale precedente penale sulla moralità professionale, l'amministrazione ha individuato come causa di esclusione, nell'ambito della disposizione di legge che non le lascia alcuno spazio discrezionale, la falsità della dichiarazione.

Nè può valere, in contrario, l'affermazione secondo cui il signor A. ha risposto solo a titolo di responsabilità oggettiva.

Infatti, anche ai sensi dell'art. 17, lett. m), del d.P.R. n. 34 del 2000, l'esistenza di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti per l'ammissione agli appalti si configura come causa di esclusione (Cons. Stato, Sez. V, 25.1.2003, n. 352)

La ratio della norma è quella di assicurare che la P.A. contragga con società i cui titolari, amministratori e direttori tecnici siano persone affidabili moralmente e professionalmente (Cons. Stato, sez. V, 12.10.2002, n. 5523).

La giurisprudenza, invero, ha ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione da una gara in relazione ad una sentenza di condanna passata in giudicato per delitto che incide sul rapporto fiduciario che si deve instaurare con la P.A. (Cons. Stato, Sez. IV, 20.1.2004, n. 2358).

D'altro canto il bando richiamava espressamente l'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, ed il relativo disciplinare prescriveva di inserire nella busta relativa alla documentazione amministrativa "a pena di esclusione" una dichiarazione sostitutiva attestante l'insussistenza di cause di esclusione dalla partecipazione alle gare d'appalto di cui al medesimo art. 38, indicando anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione.

Dalle argomentazioni che precedono deriva la infondatezza della dedotta violazione dell'art. 97 Cost., stante la legittimità della disposta esclusione.

Quanto al rilievo diretto a censurare la legittimità della escussione della cauzione e della segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, si osserva, in relazione al primo profilo, che già con l'art. 10 della legge n. 109 del 1994 la previsione relativa all'incameramento della cauzione provvisoria è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall'aggiudicatario (in precedenza era prevista a garanzia dell'adempimento, da parte dell'aggiudicatario, dell'obbligazione relativa alla sottoscrizione del contratto), assumendo così una funzione di garanzia non solo della stipula del contratto, ma della serietà e affidabilità dell'offerta, sicché può affermarsi che l'incameramento della cauzione provvisoria è correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza e di produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione alla gara e di presentazione dell'offerta (Cons. Stato, Sez. IV, 20 luglio 2007, n. 4098). In sostanza l'escussione della cauzione, il cui scopo è liquidare in via forfetaria il danno subito dalla S.A. per omessa stipulazione del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario provvisorio, riguarda non solo l'assenza della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa di questi, ma anche tutti i casi in cui abbia prodotto dichiarazioni non confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione o abbia effettuato false dichiarazioni.

Quanto al secondo profilo di censura relativo alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza, giova sottolineare che l'art. 27 del d.P.R. n. 34 del 2000, tuttora vigente in assenza del regolamento di cui p. 4 dell'art. 256 del d. lgs. n. 163 del 2006, alla lettera s), prevede in generale, l'inserzione nel Casellario Informatico di dati negativi a carico dell'impresa, con la finalità di rendere pubblicamente noti i fatti ivi annotati, tra cui vi è l'ipotesi di "eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara(...)".

L'attività di inserimento, da parte dell'Autorità per la vigilanza, dei dati nel Casellario informatico è attività meramente esecutiva, senza che competa all'Autorità medesima alcuna funzione preliminare di verifica dei contenuti della segnalazione pervenuta (Cons. Stato, sez. IV, 19.10.2006, n. 6212). I dati sono a disposizione di tutte le stazioni appaltanti per l'individuazione delle imprese nei cui confronti sussistono cause di esclusione dalle procedure di affidamento di lavori pubblici.

L'argomentazione che precede è idonea a dichiarare inammissibili le censure dirette a contestare la procedura negoziata cui si è determinata la S.A..>

A cura di Sonia Lazzini

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL ANNO 2008  
LAZIO (Sezione III ter)**

N. Reg. dec.

N. 3840 Reg. ric.

composto dai Magistrati:

**Italo RIGGIO**

**Presidente**

Maria Luisa DE LEONI      Consigliere, relatore

Giulia FERRARI              Consigliere

ha pronunciato la seguente

## **SENTENZA**

sul ricorso n. 3840/2008 Reg. Gen., proposto dalla Società ALFA S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе (R.T.I.) con la Società ALFADUE S.p.a.; dalla predetta Società ALFADUE, in persona del legale rappresentante pro-tempore, nella qualità di mandante del suindicato R.T.I.; dal dott. Giancarlo A. in proprio e nella qualità, di legale rappresentante della Società ALFA, rappresentati e difesi dagli avv.ti Lucia Scognamiglio e Franca Iuliano ed elettivamente domiciliate presso il loro studio in Roma, Via Pisanelli, n. 40;

### **contro**

la Società AUTOSTRADE per l'ITALIA S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Guccione, con domicilio eletto in Roma, Via Bertoloni, n. 29;

l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui Uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è per legge domiciliato;

### **e, nei confronti**

della Società BETA S.p.a.; in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita;

della Società ETAS.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita;

della Società DELTA – Lavorazione Carta in Rotoli S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Fioretti, presso lo studio del quale ha eletto domicilio in Roma, Lungo Tevere Arnaldo da Brescia, n. 9/10;

### **per l'annullamento**

del provvedimento di esclusione dalla gara n. 115/2007 per l'affidamento dell'appalto di fornitura di biglietti di pedaggio autostradale lotto 2; del verbale di gara con cui stata disposta l'esclusione; del provvedimento, ove emesso, con il quale la Società Autostrade per l'Italia segnalava l'esclusione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; di eventuali provvedimenti di aggiudicazione della gara;

**nonché**

per il risarcimento dei danni subiti dai ricorrenti;

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTI gli atti di costituzione in giudizio della Società Autostrade per l'Italia S.p.a. e della Società DELTA – Lavorazione Carta in Rotoli S.p.a.;

Visto l'atto di motivi aggiunti, notificato il 5 giugno 2008;

VISTE le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

VISTI tutti gli atti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 5 febbraio 2009 il Consigliere Maria Luisa De Leoni e uditi i difensori delle parti costituite, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

## **FATTO**

Con ricorso notificato il 15 aprile 2008, i ricorrenti impugnano gli atti specificati in epigrafe e ne chiedono l'annullamento, oltre al risarcimento dei danni subiti e subendi in dipendenza degli atti stessi.

Espongono in fatto che con nota del 23 gennaio 2008, la Stazione Appaltante comunicava l'aggiudicazione provvisoria della gara per la fornitura di biglietti di pedaggio autostradale – Lotto 2 – gara n. 115/2007, avendo le ricorrenti offerto il prezzo più basso, in conformità al criterio di aggiudicazione previsto dal bando di gara.

Senonché, con comunicazione del 15 febbraio 2008, la S.A. informava che, a seguito di verifica dei requisiti dichiarati in sede di offerta ex d.P.R. n. 445 del 2000, venivano riscontrate difformità rispetto alle dichiarazioni rese in sede di gara, tali da impedire di procedere all'aggiudicazione definitiva, disponendo, nel contempo, l'esclusione dalla gara dell'Impresa ALFA S.p.a.. Con la predetta nota si preannunciava, anche, lo svolgimento degli ulteriori adempimenti previsti dalla normativa vigente, ivi comprese le comunicazioni alle competenti Autorità.

Avverso i predetti provvedimenti vengono dedotti i seguenti motivi:

1. violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 8, 10, 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990 e successive modificazioni e integrazioni, in quanto il provvedimento di esclusione non è stato preceduto da alcuna comunicazione di avvio del procedimento né è stato adeguatamente motivato;
2. violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere nelle forme della carente o insufficiente motivazione; difetto di istruttoria.

La S.A. non ha motivato in ordine all'incidenza della fattispecie di reato sull'affidabilità morale e professionale della Società ALFA S.p.a. non avendo precisato quale fosse la dichiarazione che si assumeva mendace e da quale soggetto fosse stata resa, né indicato quali fossero i fatti accertati in relazione ai quali la dichiarazione è risultata mendace. Inoltre, nulla ha riferito in ordine all'istruttoria effettuata, né ha esplicitato le valutazioni che la medesima S.A. avrebbe dovuto svolgere in relazione all'accertata incongruenza delle dichiarazioni. Tanto meno ha motivato in ordine ai presupposti del giudizio di gravità relativamente all'infrazione ed alla conseguente non affidabilità morale e professionale dell'Impresa;

3. violazione e/o falsa dichiarazione dell'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, lettere b) e c); eccesso di potere sotto vari profili, poiché dalle disposizioni della *lex specialis* si evinceva che venivano presi in considerazione solo reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale e nessuno dei rappresentanti delle imprese ricorrenti si è reso colpevole di reati di tal genere e, quand'anche la ragione risiedesse nelle risultanze del Casellario giudiziale relative al dott. Giancarlo A., nessuna attinenza queste avrebbero con le previsioni di cui all'art. 38, lettere b) e c) del citato decreto legislativo, poiché attengono ad un reato per lesioni personali colpose conseguenti ad infortunio sul lavoro occorso il 19.9.1991, in relazione al quale il dott. A. rispondeva a titolo di responsabilità oggettiva nella qualità di legale rappresentante di una società peraltro oggi estinta;
4. violazione dei principi generali di trasparenza, buona amministrazione e correttezza dell'azione amministrativa; violazione dell'art. 97 Cost. Tale disposizione di rango costituzionale, che detta le regole di correttezza e buona fede, costituisce un limite alla discrezionalità dell'Amministrazione.

Con atto di motivi aggiunti, notificato il 5 giugno 2008 e depositato l'11 giugno 2008, parte ricorrente impugna, altresì, la "comunicazione per gli eventuali provvedimenti di cui all'art. 6, comma 11, e ai fini dell'inserimento nel casellario informatico di dati per l'individuazione degli operatori economici nei cui confronti sussistono cause di esclusione ex artt. 34, comma 2, e art. 38 del decreto legislativo 12 maggio 2006, n. 163 nonché per l'annotazione di tutte le altre notizie ritenute utili, ivi comprese le dichiarazioni di avvalimento, ai sensi dell'art. 49, comma 11, del d. lgs. 163/2006" inoltrata dalla Società Autostrade per l'Italia S.p.a. all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici in data 11 aprile 2008, conosciuta da parte ricorrente in data 15 maggio 2008; il verbale di gara con il quale la Commissione disponeva l'esclusione della S.p.a. ALFA e la relativa determinazione di approvazione; la determinazione con la quale è stata disposta l'indizione di procedura negoziata e l'affidamento dell'appalto in questione e gli eventuali atti con i quali è stata aggiudicata la gara ad altro concorrente; eventuali provvedimenti adottati dall'Autorità di Vigilanza, ivi compresa la segnalazione ed iscrizione nel Casellario informatico delle Imprese gestito dall'Osservatorio dei Lavori Pubblici; la comunicazione 23.5.2006 di diniego di accesso agli atti.

Chiede, altresì, il risarcimento dei danni conseguenti ai provvedimenti impugnati.

Deduce i seguenti motivi:

5) violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 8, 10, 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990 e successive modificazioni e integrazioni. La comunicazione dell'11 aprile 2008 è parimenti viziata dagli stessi vizi dedotti sub 1);

6) illegittimità della procedura negoziata per l'affidamento dell'appalto di fornitura di biglietti di pedaggio autostradale di cui al lotto 2.

Dalla illegittimità dell'esclusione dalla gara dell'Impresa ricorrente e, quindi, dalla caducazione di tale provvedimento, consegue necessariamente la illegittimità della procedura negoziata;

7) violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 57 d. lgs. n. 163 del 2006, poiché la procedura negoziata è stata avviata in violazione della normativa rubricata;

8) violazione dei principi generali dell'ordinamento in tema di accesso al mercato pubblico, della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost.; eccesso di potere sotto vari profili.

Con questo motivo parte ricorrente si duole della negata ostensione da parte della S.A. degli atti della procedura negoziata, sussistendo in capo alla medesima l'interesse qualificato a conoscere tali atti;

9) violazione dei principi generali di trasparenza, buona amministrazione e correttezza dell'azione amministrativa; violazione dell'art. 97 Cost.

Vengono reiterate le censure esposte nel ricorso introduttivo sub 4).

Concludono gli istanti per l'accoglimento del ricorso con ogni consequenziale statuizione in ordine alle spese ed onorari di giudizio.

La Società Autostrade per l'Italia S.p.A., costituitasi in giudizio, eccepisce, preliminarmente, la inammissibilità del ricorso proposto dal signor Giancarlo A., non essendo egli destinatario del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria; nel merito, conclude per il rigetto.

Anche l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture si è costituita in giudizio. Parimenti la Società DELTA – Lavorazione Carta in Rotoli S.p.a., risultata aggiudicataria a seguito della procedura negoziata, ha concluso per il rigetto del ricorso.

All'udienza del 5 febbraio 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

Va, in via preliminare, esaminata l'eccezione di inammissibilità sollevata da parte resistente in relazione al ricorso proposto in proprio dal dott. Giancarlo A..

Egli, invero, nella sua qualità di Presidente del Consiglio di Amministrazione della Società ALFA S.p.a. non è legittimato ad impugnare un provvedimento il cui destinatario è esclusivamente l'ATI ALFA-ALFADUE., risultata aggiudicataria provvisoria della procedura concorsuale de qua.

Parimenti inammissibile è la domanda di accesso ai documenti proposta con l'atto di motivi aggiunti, in quanto, con un unico rimedio impugnatorio, sono state proposte due azioni: a) - di accertamento del diritto all'accesso della documentazione di gara, soggetta al rito speciale di cui all'art. 25 della legge n. 241 del 1990, caratterizzata da un procedimento camerale, che ne evidenzia le caratteristiche di celerità; b) - di annullamento degli atti di gara, sottoposta al rito ordinario, incompatibile con la specialità del rito in materia di accesso (TAR Puglia, Bari, Sez. I, 3.4.2003, n. 1566).

Nel merito, il ricorso è infondato.

La Società ALFA S.p.a. che ha reso dichiarazione di inesistenza di precedenti penali pur in presenza di condanna riguardante il Presidente del consiglio di amministrazione della società medesima, con il primo motivo, ripreso nei motivi aggiunti, deduce la violazione delle garanzie partecipative e dei principi del contraddittorio e del giusto procedimento.

La censura è infondata.

Per costante giurisprudenza, invero, (TAR Campania-Salerno, I, 10.1.2008, n. 16; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 20.1.2005, n. 460), l'esclusione dalla gara di un concorrente non costituisce autonomo procedimento, distinto da quello concorsuale al quale il concorrente ha chiesto di partecipare, sicché non necessita di previa comunicazione di avvio del procedimento.

A ciò si aggiunga che qualora un concorrente sia privo di un requisito specificamente richiesto a pena di esclusione, il provvedimento che lo esclude dalla gara non sarebbe comunque annullabile ex art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, avendo esso carattere spiccatamente vincolato, non potendo il suo contenuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Del pari infondato è il secondo motivo di ricorso, con cui si deduce il difetto di istruttoria e di motivazione in ordine all'incidenza della fattispecie di reato sull'affidabilità morale e professionale della Società ALFA S.p.A..

Invero, l'istruttoria risulta regolarmente effettuata con la richiesta al Casellario giudiziario della Procura della Repubblica del relativo certificato, da cui sono scaturite le notizie che hanno condotto all'esclusione dalla gara; inoltre anche le considerazioni che parte ricorrente svolge in ricorso, laddove ipotizza l'oggetto dell'addebito, dimostrano la piena consapevolezza delle ragioni che hanno indotto alla contestata esclusione .

Con il terzo motivo di ricorso parte ricorrente deduce che dalle disposizioni della *lex specialis* era possibile evincere che sarebbero stati presi in considerazione solo reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale e quand'anche la ragione dell'esclusione risiedesse nelle risultanze del Casellario relative al dott. Giancarlo A., queste nessuna attinenza avrebbero con le previsioni di cui all'art. 38, lettere b) e c) del citato decreto legislativo.

L'assunto non può essere condiviso.

L'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e la preclusione alla stipula dei relativi contratti, per i soggetti (lettera c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna o emesso decreto penale divenuto irrevocabile oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità, che incidono sulla moralità professionale.

Il divieto opera, quando si tratta di società di capitali, se la sentenza è stata emessa a carico degli amministratori muniti di potere di rappresentanza.

Nella specie, parte ricorrente ha completamente trascurato di indicare nella autocertificazione l'esistenza della sentenza di condanna.

La omessa dichiarazione da parte di una impresa concorrente in una gara di appalto per l'affidamento di lavori pubblici, nell'ambito della autocertificazione della esistenza di condanne a carico dei soggetti a ciò tenuti per reati che incidono sulla moralità professionale si manifesta già come dichiarazione non veritiera, cui consegue necessariamente l'esclusione dalla gara.

Sul punto la giurisprudenza è unanime nel ritenere che ciascuna società concorrente alle pubbliche gare è tenuta a dichiarare qualsiasi condanna a carico dei propri rappresentanti, a nulla rilevando il tipo di reato, la gravità, il tempo o eventuali provvedimenti di riabilitazione, amnistia o estinzione (Cons. Stato, Sez. IV, 1° ottobre 2007, n. 5053; 27 giugno 2007, n. 3750; TAR Sardegna, 7 luglio 2006, n. 1433).

Giova, tuttavia, sottolineare che l'emergenza penale riguardante il signor A., essendo relativa a violazione della normativa antinfortunistica, incide sostanzialmente anche sul rapporto fiduciario che si deve instaurare con la P.A..

Comunque, va ricordato che è pacifico il principio secondo cui la valutazione di incidenza o meno della fattispecie penale consumata sulla moralità professionale dell'impresa, appartiene esclusivamente all'amministrazione, rientrando nella sua discrezionalità ritenere o meno sussistente siffatta incidenza (Cons. Stato, Sez. V, 22.2.2007, n. 945).

Tuttavia, nella specie, pur non valorizzando l'incisività, pure esistente, di tale precedente penale sulla moralità professionale, l'amministrazione ha individuato come causa di

esclusione, nell'ambito della disposizione di legge che non le lascia alcuno spazio discrezionale, la falsità della dichiarazione.

Nè può valere, in contrario, l'affermazione secondo cui il signor A. ha risposto solo a titolo di responsabilità oggettiva.

Infatti, anche ai sensi dell'art. 17, lett. m), del d.P.R. n. 34 del 2000, l'esistenza di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti per l'ammissione agli appalti si configura come causa di esclusione (Cons. Stato, Sez. V, 25.1.2003, n. 352)

La *ratio* della norma è quella di assicurare che la P.A. contragga con società i cui titolari, amministratori e direttori tecnici siano persone affidabili moralmente e professionalmente (Cons. Stato, sez. V, 12.10.2002, n. 5523).

La giurisprudenza, invero, ha ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione da una gara in relazione ad una sentenza di condanna passata in giudicato per delitto che incide sul rapporto fiduciario che si deve instaurare con la P.A. (Cons. Stato, Sez. IV, 20.1.2004, n. 2358).

D'altro canto il bando richiamava espressamente l'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, ed il relativo disciplinare prescriveva di inserire nella busta relativa alla documentazione amministrativa "a pena di esclusione" una dichiarazione sostitutiva attestante l'insussistenza di cause di esclusione dalla partecipazione alle gare d'appalto di cui al medesimo art. 38, indicando anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione.

Dalle argomentazioni che precedono deriva la infondatezza della dedotta violazione dell'art. 97 Cost., stante la legittimità della disposta esclusione.

Quanto al rilievo diretto a censurare la legittimità della escussione della **cauzione** e della segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, si osserva, in relazione al primo profilo, che già con l'art. 10 della legge n. 109 del 1994 la previsione relativa all'incameramento della **cauzione** provvisoria è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall'aggiudicatario (in precedenza era prevista a garanzia dell'adempimento, da parte dell'aggiudicatario, dell'obbligazione relativa alla sottoscrizione del contratto), assumendo così una funzione di garanzia non solo della stipula del contratto, ma della serietà e affidabilità dell'offerta, sicché può affermarsi che l'incameramento della **cauzione** provvisoria è correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza e di produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione alla gara e di presentazione dell'offerta (Cons. Stato, Sez. IV, 20 luglio 2007, n. 4098). In sostanza l'escussione della **cauzione**, il cui scopo è liquidare in via forfetaria il danno subito dalla S.A. per omessa stipulazione del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario provvisorio, riguarda non solo l'assenza della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa di questi, ma anche tutti i casi in cui abbia prodotto dichiarazioni non confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione o abbia effettuato false dichiarazioni.

Quanto al secondo profilo di censura relativo alla segnalazione all’Autorità di Vigilanza, giova sottolineare che l’art. 27 del d.P.R. n. 34 del 2000, tuttora vigente in assenza del regolamento di cui p. 4 dell’art. 256 del d. lgs. n. 163 del 2006, alla lettera s), prevede in generale, l’inserzione nel Casellario Informatico di dati negativi a carico dell’impresa, con la finalità di rendere pubblicamente noti i fatti ivi annotati, tra cui vi è l’ipotesi di *“eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara(...)”* .

L’attività di inserimento, da parte dell’Autorità per la vigilanza, dei dati nel Casellario informatico è attività meramente esecutiva, senza che competa all’Autorità medesima alcuna funzione preliminare di verifica dei contenuti della segnalazione pervenuta (Cons. Stato, sez. IV, 19.10.2006, n. 6212). I dati sono a disposizione di tutte le stazioni appaltanti per l’individuazione delle imprese nei cui confronti sussistono cause di esclusione dalle procedure di affidamento di lavori pubblici.

L’argomentazione che precede è idonea a dichiarare inammissibili le censure dirette a contestare la procedura negoziata cui si è determinata la S.A..

Infatti, la falsità commessa dall’Impresa ricorrente, ragionevolmente nota alla S.A. già prima dell’inserimento nel Casellario informatico, comporta che la medesima non venga invitata alla procedura negoziata. La S.A., infatti, conserva il potere di valutare i fatti che hanno condotto all’esclusione dalla gara dell’impresa interessata e, quindi, qualora la medesima impresa fosse stata invitata alla procedura negoziata, avrebbe dovuto successivamente essere esclusa ai sensi dell’art. 38, comma 1, del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Per le suesposte argomentazioni, il ricorso deve essere respinto.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III ter, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, in parte lo dichiara inammissibile, in parte lo respinge.

Compensa interamente tra le parti le spese e gli onorari di lite.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 5 febbraio 2009.

Italo Riggio - Presidente

Maria Luisa De Leoni - Consigliere estensore

