

Poiché anche le sentenze di condanna con il beneficio della non menzione nel certificato del Casellario giudiziale potrebbero incidere sulla moralità professionale e costituire ostacolo all'ammissione ad un procedimento di evidenza pubblica, i concorrenti ad una gara di pubblico appalto devono attestare con apposita autodichiarazione, oltre alla mancanza delle sentenze di condanna definitiva che vengono indicate nel certificato del Casellario giudiziale a richiesta dei privati, anche l'assenza di tutte le rimanenti sentenze definitive di condanna subite, anche con il beneficio della non menzione. Stante la tassatività delle condanne di cui può essere omessa la indicazione da parte della impresa che intenda partecipare alla gara in base all'art. 38, I c., lettera c, del D.Lgs. n. 163 del 2006 e considerato che la mancata dichiarazione di sentenze penali di condanna diverse da quelle ivi indicate si configura come causa autonoma di esclusione dalla gara, poiché la valutazione della sussistenza del requisito della moralità professionale spetta alla stazione appaltante e non al concorrente. L'articolo 48 del codice dei contratti si applica solo per la mancata dimostrazione dei requisiti di ordine speciale il cui inadempimento è collegato all'escussione della cauzione provvisoria

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo relativamente ad un ricorso per <Con il primo motivo di ricorso sono stati dedotti violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 45 della direttiva CE 2004/18, dell'art. 2 del c.p., dell'art. 460, V c., del c.p.p., dell'art. 134 del R.D. n. 773 del 1931, della L. n. 241 del 1990, degli artt. 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, degli artt. 6 e 7 e All. I del Capitolato Speciale di Appalto. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, omessa istruttoria, contraddittorietà, difetto di motivazione e disparità di trattamento. Sviamento di potere.\_1.- La Commissione, in sede di valutazione della moralità professionale della società ricorrente, avrebbe ingiustificatamente ed immotivatamente attribuito rilievo alle condanne dell'Amministratore della stessa, di cui ai numeri 1, 2 e 3 del Certificato del Casellario Giudiziario acquisito d'ufficio, non tenendo conto dell'avvenuta depenalizzazione dei reati oggetto di tali condanne, nonché della circostanza che, con riferimento a quelli di cui ai numeri 4 e 5, i reati contemplati erano stati dichiarati estinti; i pareri acquisiti dalla Stazione appaltante sarebbero inoltre erronei, avendo ritenuto non equiparabile l'estinzione di reati per amnistia alla riabilitazione. >?

Ed ancora <Sarebbero illegittimi gli atti di trasmissione alla Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici della segnalazione della esclusione della parte ricorrente dalla procedura di gara di cui trattasi, sia in via derivata per la illegittimità di essa esclusione, sia perché la eventuale mancanza dei requisiti di carattere generale non comporta anche l'applicazione delle specifiche sanzioni dell'incameramento della cauzione e della segnalazione del fatto a detta Autorità (previste dall'art. 48 del D. Lgs. n. 163 del 2006 solo per la mancanza di requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi), sia perché sarebbe contraddittorio la restituzione della fideiussione versata a titolo di deposito cauzionale provvisorio con la effettuazione della successiva segnalazione, sia perché sussisteva buona fede del legale rappresentante nel non dichiarare condanne oggetto di depenalizzazione ed estinte non figuranti sul certificato del Casellario Giudiziario a lui rilasciato.>?

Osserva in proposito il Collegio che, dal verbale n. 18 della Commissione esaminatrice, si evince che essa, con riferimento ai reati di cui ai numeri 1, 2, 4 e 5 del certificato del Casellario Giudiziario, posti in relazione con il particolare oggetto della gara, ha ritenuto che essi assumevano sensibile rilievo potendo incidere sulla fiducia con il privato contraente; con riferimento ai reati di cui ai punti 1, 2 e 3 di detto certificato ha ritenuto che la omessa indicazione del beneficio della non menzione, nella dichiarazione prodotta dalla parte ricorrente circa il possesso dei requisiti ex art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, comportava inosservanza di quanto chiesto dal Capitolato Speciale d'Appalto (che essa dichiarazione espressamente richiedeva), inerendo sul rapporto di fiducia con la potenziale aggiudicataria. E' stata decisa quindi la esclusione della parte ricorrente dalla gara per violazione della lex specialis e dei requisiti di ordine generale previsti dal citato art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006.\_L'art. 38, I c., lettera c, del D. Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti e stipulare i relativi contratti, tra l'altro, i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure

sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; aggiunge la norma che resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma II, del codice di procedura penale. Il seguente II c. di detto art. 38 stabilisce che il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione. L'art. 178 del c.p. stabilisce che la riabilitazione estingue le pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna, salvo che la legge disponga altrimenti. L'art. 445, II c., del c.p.p. stabilisce che il reato è estinto se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole. In questo caso si estingue ogni effetto penale e, se è stata applicata una pena pecuniaria o una sanzione sostitutiva, l'applicazione non è comunque di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena. **Ritiene quindi il Collegio, in base al combinato disposto delle norme sopra richiamate, che solo le condanne penali oggetto di estinzione e di riabilitazione non debbano essere dichiarate ai sensi di detto art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006\_**Né la possibilità di non dichiarare i reati depenalizzati potrebbe ritenersi sussistente facendo ricorso al principio che la depenalizzazione è istituto sostanzialmente analogo a quello della estinzione del reato. **Ritiene quindi il Collegio, in base al combinato disposto delle norme sopra richiamate, che solo le condanne penali oggetto di estinzione e di riabilitazione non debbano essere dichiarate ai sensi di detto art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006.** Né la possibilità di non dichiarare i reati depenalizzati potrebbe ritenersi sussistente facendo ricorso al principio che la depenalizzazione è istituto sostanzialmente analogo a quello della estinzione del reato. \_Le disposizioni che, come quelle appena sopra indicate, fanno eccezione al principio generale di dichiarare le condanne penali subite, sono, invero, di stretta interpretazione, sicché deve ritenersi esclusa qualsiasi esegesi delle stesse che non sia giustificata da una obiettiva incertezza del loro significato o dall'esistenza di significati non desumibili dalla loro originaria formulazione (Consiglio Stato, sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 263) e, comunque, deve ritenersi impossibile l'applicazione dell'istituto dell'analogia. \_E infatti connaturata alla funzione della norma derogatoria, e quindi eccezionale, l'esigenza che essa sia emanata da un atto di legislazione formale che indichi espressamente i casi in essa considerati, poiché in mancanza di tale manifestazione della volontà di sottrarre certi rapporti o fatti alla disciplina generale, essi restano ad essa assoggettati. Conseguentemente, non è concepibile una norma derogatoria che non sia posta direttamente dal legislatore, ma venga ricavata in via di interpretazione estensiva o di analogia \_Tanto esclude che le condanne relative a reati depenalizzati possano essere equiparate a quelle oggetto di estinzione e riabilitazione in base all'applicazione di detto principio di analogia. \_ **Osserva nel merito il Collegio, premesso che non può condividersi la censura di illegittimità derivata, stante la ritenuta legittimità della esclusione di parte ricorrente dalla procedura de qua, che detto art. 48, I c., del D. Lgs. n. 163 del 2006, nel ricollegare le tre sanzioni in esso previste (esclusione, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di vigilanza) alla mancata risposta o al mancato possesso dei requisiti in sede di controllo a campione, si riferisce solo ai requisiti di ordine speciale e non anche a quelli di ordine generale: stante il carattere tassativo delle norme sanzionatorie, dette sanzioni non possono essere estese al mancato possesso o alla mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale \_Quando, come nel caso che occupa, il requisito non posseduto dal concorrente, con riferimento al quale venga disposta la esclusione dalla procedura di gara, riguardi l'art. 38, lett. c), D. Lgs. n. 163 del 2006, esso deve ritenersi sussumibile nella categoria dei requisiti di ordine generale e ne discende che non può trovare applicazione l'art. 48, del D. Lgs. n. 163 del 2006.**

Merita di essere segnalata la sentenza numero 3218 del 27 marzo 2009, emessa dal Tar Lazio, Roma dalla quale appuriamo che:

<Parte ricorrente aggiunge che comunque le condanne riportate dal legale rappresentante non potevano ritenersi influenti, ex art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, sulla fiducia che deve sussistere tra P.A. e la partecipante alla gara, non essendo relative a condanne gravi o connesse con l'attività oggetto della gara, considerato che non sono specificate nel provvedimento di esclusione le ragioni per le quali è stato ritenuto che esse condanne incidessero sulla moralità del legale rappresentante della s.r.l. ALFA Vigilanza Roma.

Osserva in proposito il Collegio che, poiché anche le sentenze di condanna con il beneficio della non menzione nel certificato del Casellario giudiziale potrebbero incidere sulla moralità professionale e costituire ostacolo all'ammissione ad un procedimento di evidenza pubblica, i concorrenti ad una gara di pubblico appalto devono attestare con apposita autodichiarazione, oltre alla mancanza delle sentenze di condanna definitiva che vengono indicate nel certificato del Casellario giudiziale a richiesta dei privati, anche l'assenza di tutte le rimanenti sentenze definitive di condanna subite, anche con il beneficio della non menzione.

Nelle gare di appalto pubblico la mancata dichiarazione dell'esistenza di queste ultime condanne penali costituisce una circostanza che ha valore autonomo e che incide sulla moralità professionale del soggetto, a prescindere da ogni valutazione circa la rilevanza del reato non dichiarato. L'impresa concorrente ad un pubblico appalto non può quindi sindacare essa stessa l'incidenza effettiva del reato compiuto sulla propria moralità professionale, avendo invece l'onere di dichiarare alla stazione appaltante tutte le condanne subite dal legale rappresentante.

La non veridicità della dichiarazione integra quindi una autonoma causa di esclusione dalla gara, a prescindere dalla valutazione in ordine all'idoneità della condanna riportata ad incidere sulla moralità professionale dell'impresa.

Il Consiglio di Stato ha, invero, di recente espresso in materia la condivisibile opinione che l'esistenza di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti, quali la mancata dichiarazione di sentenze penali di condanna, si configura come causa autonoma di esclusione dalla gara (Consiglio Stato, Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723; in termini, anche Consiglio di Stato, Sez. V, 6 giugno 2002, n. 3183) perché la valutazione circa la sussistenza del requisito della moralità professionale spetta alla stazione appaltante e non al concorrente, sicché quest'ultimo non ha il potere di anticipare tale giudizio omettendo nella sua dichiarazione dati penalmente rilevanti (Consiglio Stato, sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6221).

Le considerazioni in precedenza svolte e la circostanza che art. 38, II c., del D. Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che il concorrente deve attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in cui deve indicare anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione, comportano che non può essere condiviso il minoritario orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4244), peraltro relativo alla precedente normativa al riguardo, secondo cui il partecipante alla gara può operare un giudizio di rilevanza sulle condanne subite e ritenere che i relativi fatti non incidessero sulla moralità professionale, senza incorrere nella sanzione della esclusione per dichiarazione non veritiera (perché il difetto del requisito della moralità professionale non concerne tutti i reati commessi dall'imprenditore indipendentemente dal tipo e dalla gravità del reato commesso, ma solo quelli che siano in grado di incidere in concreto sull'interesse collettivo alla realizzazione dell'opera pubblica). >

Ed ancora:

<Secondo parte ricorrente sarebbero stati violati sia il principio del contraddittorio di cui all'art. 46 del D.Lgs. n. 163 del 2006 (secondo cui le stazioni appaltanti invitano i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni presentati) e sia quello della partecipazione al procedimento di cui agli artt. 7 ed 8 della L. n. 241 del 1990.

Il Collegio non può valutare in senso positivo detta censure, in primo luogo atteso che la mancata produzione di documenti ex art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 non è regolarizzabile ai sensi del successivo art. 46 dello stesso D. Lgs. (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 22 settembre 2008, n. 8425), non potendosi formulare la richiesta di integrazione della documentazione qualora si tratti di documenti univocamente previsti a pena di esclusione (Consiglio Stato, sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254); in secondo luogo perché l'esclusione dalla gara di un concorrente non costituisce autonomo procedimento distinto da quello concorsuale nel quale si inserisce come accidente, sicché l'esclusione non necessita di previa comunicazione di avvio del procedimento (Consiglio Stato, sez. VI, 14 gennaio 2002, n. 157).>

Ma non solo

<la regola secondo la quale va esclusa dalla gara di appalto l'impresa che si sia resa responsabile di errore professionale grave nella esecuzione di un contratto pubblico, di cui all'art. 38 comma 1, lett. f, del D. Lgs. n. 163 del 2006 (che prevede la esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi dei soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante), non ha introdotto nell'ordinamento una sorta di incapacità a contrattare con le Pubbliche Amministrazioni, ma deve essere intesa nel senso che essa regola vale unicamente se il grave errore sia stato commesso nei rapporti intercorsi con la stessa Amministrazione aggiudicatrice e non con una diversa stazione appaltante (Consiglio Stato, sez. V, 19 giugno 2006, n. 3591).

Ciò comporta che l'esclusione dalle gare pubbliche per inaffidabilità delle imprese concorrenti per grave negligenza e malafede commessa nel corso di esecuzione di precedenti contratti pubblici può essere pronunciata in termini di automaticità soltanto quando il comportamento di deplorabile trascuratezza e slealtà sia stato posto in essere in occasione di un pregresso rapporto negoziale intercorso con la stessa stazione appaltante che indice la gara; in caso contrario, invece, il giudizio di inaffidabilità professionale su un'impresa partecipante ad una gara pubblica è subordinato alla preventiva motivata valutazione della stazione appaltante o della commissione giudicatrice, che è tenuta a valorizzare i precedenti professionali delle imprese concorrenti nel loro complesso, nonché a valutare gravità e rilevanza sul piano professionale di precedenti risoluzioni contrattuali comminate da altre Amministrazioni>

E per finire:

<Quanto alle deduzioni al riguardo formulate dalla difesa della A.U.S.L. Roma B con memoria depositata il 7.10.2008, circa la mancata impugnazione della determinazione del 10.1.2008 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, che prevede l'obbligo di comunicazione delle esclusioni dalle gare, comprese quelle disposte per ipotesi di falsa dichiarazione, il Collegio, premesso che essa determinazione è stata poi impugnata con motivi aggiunti, osserva in primo luogo che la disposizione non può che essere interpretata che nel senso che dette false dichiarazioni si riferiscono al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e non di ordine generale, pena il contrasto con il dato normativo di cui all'art. 48 del D. Lgs. n. 163 del 2008.

Deve quindi ritenersi, contrariamente a quanto affermato da detta Autorità per la Vigilanza con nota del 25.7.2008, che non sussistesse comunque nel caso di specie l'obbligo di effettuare detta comunicazione alla più volte citata Autorità per la Vigilanza, attenendo le dichiarazioni, ritenute non complete, di parte ricorrente al possesso di requisiti di ordine generale.

Aggiungasi che va ritenuta illegittima la segnalazione dell'impresa all'Autorità di Vigilanza per i Lavori Pubblici "per dichiarazione non veritiera" allorché la situazione di fatto fosse tale da escludere la sussistenza della prova che il soggetto avesse reso una dichiarazione "scientemente falsa" o "intenzionalmente reticente" sulla insussistenza di cause di esclusione (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 12 gennaio 2007, n. 84).

Nel caso che occupa i provvedimenti impugnati in esame non argomentavano alcunché al riguardo.

Tanto comporta la fondatezza in parte qua del ricorso, con conseguente illegittimità ed annullamento dei provvedimenti di segnalazione alla Autorità di Vigilanza impugnati ed assorbimento dell'ulteriore motivo di censura.>

A cura di Sonia LAzzini

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO**

**N. Reg.Dec.**  
**N. 8764 Reg.Ric..**  
**ANNO 2008**

**SEZIONE TERZA QUATER**

composto dai signori Magistrati:

Consigliere Mario DI GIUSEPPE - Presidente

Consigliere Antonio AMICUZZI - Componente, relatore

Consigliere Umberto REALFONZO - Componente

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 8764 del 2008 proposto da ALFA VIGILANZA ROMA s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Di Gioia e Angelo Clarizia, unitamente ai quali è elettivamente domiciliato presso il primo in Roma, alla Piazza Mazzini n. 27;

**CONTRO**

l'AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE ROMA B, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Ermanno La Marca, unitamente al quale è elettivamente domiciliato in Roma, alla Via XXIV Maggio, n. 43;

l'AUTORITA' per la VIGILANZA sui CONTRATTI PUBBLICI, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato per legge;

il MINISTERO della GIUSTIZIA, in persona del Ministro pro tempore, non costituito in giudizio;

### **e nei confronti**

di BETA SERVICE s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Avilio Presutti, unitamente al quale è elettivamente domiciliato in Roma, alla Piazza San Salvatore in Lauro n. 10;

### **per l'annullamento**

del provvedimento della Commissione giudicatrice del 5.6.2008, verbale n. 18, di esclusione della ricorrente dalla **gara** a procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza per l'Azienda U.S.L. Roma B, per la durata di cinque anni;

della deliberazione del Direttore generale di detta Azienda n. 854 del 26.6.2008, di approvazione dei lavori della Commissione giudicatrice e di aggiudicazione definitiva di detto servizio alla BETA Service s.r.l. a decorrere dall'1.7.2008;

dei provvedimenti della A.U.S.L. Roma B e della Commissione giudicatrice nella parte in cui hanno omesso di escludere la BETA Service s.r.l. dalla **gara** de qua;

di tutti i verbali della Commissione giudicatrice, in particolare dei verbali n. 18 e n. 19;

della deliberazione n. 1820 del 21.12.2007 di nomina della Commissione giudicatrice;

della deliberazione n. 1392 dell'11.10.1997, di indizione della **gara** e di approvazione del Capitolato speciale d'appalto, dei relativi allegati e del bando integrale di **gara**;

del Capitolato speciale d'appalto, dei relativi allegati e del bando integrale di **gara**;

degli atti presupposti, connessi e consequenziali, in particolare del certificato del Casellario Giudiziale del 24.4.2008, relativo al legale rappresentante della ALFA Vigilanza Roma s.r.l., Comm. Domenico G.;

dei pareri legali del 7.5.2008, del 23.5.2008 e del 30.5.2008;

delle note della Direzione generale n. 27022 del 16.7.2008 e n. 29538 del 4.8.2008;

della nota dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici del 25.7.2008;

nonché per ottenere la declaratoria di nullità – invalidità del contratto stipulato con l'aggiudicataria;

per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni, subiti dalla ricorrente per effetto della sua esclusione dalla **gara** e della aggiudicazione di questa alla s.r.l. BETA Service s.r.l., riguardanti l'immagine, la reputazione, il pregiudizio all'attività, il discredito e la perdita di chance;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della A.U.S.L. Roma B, della BETA Service s.r.l. e della Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture;

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

Vista la propria ordinanza 8 ottobre 2008, n. 4724;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 25.2.2009, con designazione del Consigliere Antonio Amicuzzi relatore della causa, i procuratori delle parti comparsi come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

### **FATTO**

Con ricorso notificato il 22.9.2008, depositato il 25.9.2008, la s.r.l. ALFA Vigilanza Roma, premesso di aver partecipato alla **gara** a procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza dell'Azienda U.S.L. Roma B, per la durata di cinque anni, ha impugnato il provvedimento di esclusione della stessa società dalla **gara**, per violazione dei requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, nonché ha chiesto l'annullamento degli ulteriori atti, la declaratoria e la condanna in epigrafe indicati, deducendo i seguenti motivi:

1.- Violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 45 della direttiva CE 2004/18, dell'art. 2 del c.p., dell'art. 460, V c., del c.p.p., dell'art. 134 del R.D. n. 773 del 1931, della L. n. 241 del 1990, degli artt. 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, degli artt. 6 e 7 e All. I del Capitolato Speciale di Appalto. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, omessa istruttoria, contraddittorietà, difetto di motivazione, disparità di trattamento. Sviamento di potere.

2.- Violazione dell'art. 97 della Costituzione, della L. n. 241 del 1990, dell'art. 45 della direttiva CE 2004/18, degli artt. 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 2 del c.p., dell'art. 460, V c., del c.p.p., degli artt. 6 e 7 e All. I del Capitolato Speciale di Appalto.

Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà, difetto di motivazione e disparità di trattamento.

3.- Violazione dell'art. 97 della Costituzione, della L. n. 241 del 1990, dell'art. 45 della direttiva CE 2004/18, dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 2 del c.p., degli artt. 6 e 7 e All. I del Capitolato Speciale di Appalto. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà e difetto di motivazione.

4.- Violazione dell'art. 97 della Costituzione, della L. n. 241 del 1990, dell'art. 5 del D. P.R. n. 313 del 2002, degli artt. 27 e 46 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dei principi del contraddittorio, di trasparenza, di proporzionalità e di adeguatezza. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, omessa istruttoria, travisamento, contraddittorietà e difetto di motivazione. Sviamento di potere.

5.- Violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 460, V c., del c.p.p., dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, degli artt. 6 e 7 e All. I del Capitolato Speciale di Appalto. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà, difetto di motivazione e disparità di trattamento.

6.- Violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 45 della direttiva CE 2004/18, dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, della L. n. 241 del 1990 e dei principi generali vigenti in materia. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà e difetto di motivazione. Sviamento di potere.

7.- Violazione degli artt. 83, 86, 87 e 88 del D. Lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 7, lettera c) ed All. "C" del Capitolato Speciale d'Appalto e del principio generale della par condicio. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà e difetto di motivazione.

8.- Violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, della L. n. 241 del 1990 e dell'art. 9 del Capitolato Speciale di Appalto e dei principi generali vigenti in materia. Eccesso di potere per incompetenza, illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà e difetto di motivazione.

9.- Violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dei principi generali vigenti in materia. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà e difetto di motivazione.

10.- Violazione degli artt. 38 e 48 del D. Lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 9 del Capitolato Speciale di Appalto, della L. n. 241 del 1990 e dei principi generali vigenti in materia. Illegittimità derivata. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà, difetto di motivazione ed illogicità derivata.

11.- Violazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dei principi generali vigenti in materia. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione.

Con memoria depositata il 26.9.2008 si è costituita in giudizio la BETA Service s.r.l, che ha concluso per la declaratoria di inammissibilità e di infondatezza del ricorso.

Con memoria depositata il 2.10.2008 si è costituita in giudizio la A.U.S.L. Roma B, che ha concluso per la declaratoria di inammissibilità o per la reiezione.

Con memoria depositata il 6.10.2008 la S.r.l. BETA Service ha eccepito la inammissibilità della impugnazione del provvedimento di aggiudicazione da parte del concorrente legittimamente escluso ed ha dedotto la infondatezza del ricorso, ribadendo le già rassegnate conclusioni.

Con atto depositato il 7.10.2008 si è costituita in giudizio l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture.

Con memoria depositata il 7.10.2008 la costituita A.U.S.L. ha eccepito la inammissibilità per carenza di interesse e per tardività della impugnazione dei verbali delle sedute, dei provvedimenti del Direttore generale della Azienda n. 1820 e n. 1392 del 2007 e degli atti presupposti (in particolare del certificato del Casellario giudiziale, perché è un documento e non un atto o provvedimento); nel merito ha dedotto la infondatezza del ricorso, concludendo per la reiezione.

Con ordinanza 8 ottobre n. 4724 il Tribunale ha accolto la istanza di emanazione di misure cautelari, limitatamente agli effetti conseguenti alle note della Direzione Generale n. 27022 del 16.7.2008 e n. 29538 del 4.8.2008.

Con motivi aggiunti notificati il 22.10.2008 e depositati il 4.11.2008 parte ricorrente ha dedotto le seguenti censure:

1.- Violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 45 della direttiva CE 2004/18, dell'art. 2 del c.p., dell'art. 460, V c., e 673 del c.p.p., dell'art. 134 del T.U. del R.D. n. 773 del 1931, della L. n. 241 del 1990, degli artt. 2, 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, degli artt. 6 e 7 e All. I del Capitolato Speciale di Appalto. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, travisamento, omessa istruttoria, contraddittorietà e difetto di motivazione. Sviamento di potere.

2.- Violazione dell'art. 97 della Costituzione, della L. n. 241 del 1990, degli artt. 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 6 e 7 e All. I del Capitolato Speciale di Appalto. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, omessa istruttoria, contraddittorietà e difetto di motivazione. Sviamento di potere.

3.- Violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 45 della direttiva CE 2004/18, della L. n. 241 del 1990, degli artt. 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, degli artt. 6 e 7 e All. I del Capitolato Speciale di Appalto. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, omessa istruttoria, contraddittorietà, difetto di motivazione e disparità di trattamento. Sviamento di potere.

4.- Violazione dell'art. 97 della Costituzione, della L. n. 241 del 1990, dell'art. 5 del D.P.R. n. 313 del 2002, degli artt. 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dei principi del contraddittorio, di trasparenza, di proporzionalità e di adeguatezza. Eccesso di potere per illogicità, omessa valutazione dei presupposti, omessa istruttoria, travisamento, contraddittorietà e difetto di motivazione. Sviamento di potere.

5.- Violazione degli artt. 6, 20, 38 e 48 del D. Lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 9 del Capitolato Speciale di Appalto della L. n. 241 del 1990 e dei principi generali vigenti in materia. Illegittimità derivata. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà e difetto di motivazione.

Con memoria depositata il 19.2.2009 la s.r.l. BETA Service ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 23.2.2009 la A.U.S.L. Roma B ha eccepito la inammissibilità dei motivi aggiunti (per non essere stati dedotti con essi motivi nuovi), nonché della impugnazione della determinazione dell'Autorità di Vigilanza del 10.1.2008 (per tardività) e della impugnazione del certificato del Casellario Giudiziario; al riguardo ha anche evidenziato il proprio difetto di legittimazione passiva. Nel merito ha dedotto la infondatezza dei motivi aggiunti, concludendo per la declaratoria di inammissibilità o per la reiezione.

Alla pubblica udienza del 25.2.2009 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

## **DIRITTO**

I.- Con il ricorso ed i motivi aggiunti in esame la società in epigrafe indicata, premesso di aver partecipato alla **gara** a procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza dell'Azienda U.S.L. Roma B, per la durata di cinque anni, ha impugnato il provvedimento della Commissione giudicatrice del 5.6.2008, verbale n. 18, di esclusione della ricorrente dalla **gara** suddetta, la deliberazione del Direttore generale di detta Azienda n. 854 del 26.6.2008 (di approvazione dei lavori della Commissione giudicatrice e di aggiudicazione definitiva di detto servizio alla BETA Service s.r.l. a decorrere dall'1.7.2008), i provvedimenti della A.U.S.L. Roma B e della Commissione giudicatrice nella parte in cui hanno omesso di escludere la BETA Service s.r.l. dalla **gara** de qua, tutti i verbali della Commissione giudicatrice (in particolare i verbali n. 18 e n. 19), la deliberazione n. 1820 del 21.12.2007 (di nomina della Commissione giudicatrice), la deliberazione n. 1392 dell'11.10.1997 (di indizione della **gara** e di approvazione del Capitolato Speciale d'Appalto e dei relativi allegati) ed il Bando integrale di **gara**; inoltre ha impugnato gli atti presupposti, connessi e consequenziali, in particolare il certificato del Casellario Giudiziale del 24.4.2008 del legale rappresentante della ALFA Vigilanza Roma s.r.l. Comm. Domenico G., i pareri legali del 7.5.2008, del 23.5.2008 e del 30.5.2008, le note della Direzione generale n. 27022 del 16.7.2008 e n. 29538 del 4.8.2008, nonché la nota dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici del 25.7.2008. Inoltre ha chiesto la declaratoria di nullità – invalidità del contratto stipulato con l'aggiudicataria e la condanna dell'Amministrazione intimata al

risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente, per effetto della sua esclusione dalla **gara** e dalla aggiudicazione di questa alla s.r.l. BETA Service s.r.l., riguardanti l'immagine, la reputazione, il pregiudizio all'attività, il discredito e la perdita di chance.

II.- Quanto al ricorso principale innanzi tutto il Collegio osserva che la memoria dell'Azienda U.S.L. Roma B, depositata in giudizio il 23.2.2009, è stata prodotta oltre il termine di cui all'art. 23, IV c., della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, dimezzato dal seguente art. 23 bis, II c., e non risulta che la controparte abbia fatto a tanto acquiescenza, sicché della stessa non può tenersi conto ai fini della decisione in esame e va stralciata dagli atti del giudizio; non possono, infatti, essere considerate dall'organo giudicante le memorie depositate dalle parti oltre i termini di cui a dette norme, senza che sia intervenuta l'adesione delle parti resistenti (T.A.R. Liguria, 7 giugno 2002, n. 638).

In secondo luogo il Collegio prescinde dalla valutazione della fondatezza delle eccezioni formulate dalla A.U.S.L. Roma B, di inammissibilità per carenza di interesse (avendo la ricorrente partecipato alla **gara** e presentato la propria offerta e non avendo indicato quale sia l'interesse all'annullamento di detti atti) e per tardività della impugnazione dei provvedimenti di indizione della **gara**, della nomina della Commissione e dei verbali delle sedute, dei provvedimenti del Direttore generale della Azienda n. 1820 e n. 1392 del 2007 e degli atti presupposti; ciò in parte per manifesta infondatezza del ricorso *in parte qua* ed in parte perché l'onere d'immediata impugnazione delle clausole dei bandi di **gara** e delle lettere d'invito sussiste nei soli casi in cui esse rechino un pregiudizio sicuro, diretto ed attuale in capo all'impresa che vorrebbe accedere alla procedura (come quelle impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione o che pongano requisiti per l'aggiudicazione che esso non possiede) e non anche quando consentano la partecipazione e la possibilità di presentare offerte tali da ottenere, in ipotesi, l'aggiudicazione.

Nel caso che occupa l'interesse ad impugnare gli atti oggetto del ricorso in esame è sorto, invero, solo a seguito della esclusione di parte ricorrente dalla **gara**, cui era stata ammessa, per irregolarità della documentazione prodotta.

I.1.- Con il primo motivo di ricorso sono stati dedotti violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 45 della direttiva CE 2004/18, dell'art. 2 del c.p., dell'art. 460, V c., del c.p.p., dell'art. 134 del R.D. n. 773 del 1931, della L. n. 241 del 1990, degli artt. 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, degli artt. 6 e 7 e All. I del Capitolato Speciale di Appalto. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, omessa istruttoria, contraddittorietà, difetto di motivazione e disparità di trattamento. Sviamento di potere.

I.1.1.- La Commissione, in sede di valutazione della moralità professionale della società ricorrente, avrebbe ingiustificatamente ed immotivatamente attribuito rilievo alle condanne dell'Amministratore della stessa, di cui ai numeri 1, 2 e 3 del Certificato del Casellario Giudiziario acquisito d'ufficio, non tenendo conto dell'avvenuta depenalizzazione dei reati oggetto di tali condanne, nonché della circostanza che, con

riferimento a quelli di cui ai numeri 4 e 5, i reati contemplati erano stati dichiarati estinti; i pareri acquisiti dalla Stazione appaltante sarebbero inoltre erronei, avendo ritenuto non equiparabile l'estinzione di reati per amnistia alla riabilitazione.

Osserva in proposito il Collegio che, dal verbale n. 18 della Commissione esaminatrice, si evince che essa, con riferimento ai reati di cui ai numeri 1, 2, 4 e 5 del certificato del Casellario Giudiziario, posti in relazione con il particolare oggetto della **gara**, ha ritenuto che essi assumevano sensibile rilievo potendo incidere sulla fiducia con il privato contraente; con riferimento ai reati di cui ai punti 1, 2 e 3 di detto certificato ha ritenuto che la omessa indicazione del beneficio della non menzione, nella dichiarazione prodotta dalla parte ricorrente circa il possesso dei requisiti ex art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, comportava inosservanza di quanto chiesto dal Capitolato Speciale d'Appalto (che essa dichiarazione espressamente richiedeva), inerendo sul rapporto di fiducia con la potenziale aggiudicataria. E' stata decisa quindi la esclusione della parte ricorrente dalla **gara** per violazione della lex specialis e dei requisiti di ordine generale previsti dal citato art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

L'art. 38, I c., lettera c, del D. Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti e stipulare i relativi contratti, tra l'altro, i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; aggiunge la norma che resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma II, del codice di procedura penale.

Il seguente II c. di detto art. 38 stabilisce che il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione.

L'art. 178 del c.p. stabilisce che la riabilitazione estingue le pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna, salvo che la legge disponga altrimenti.

L'art. 445, II c., del c.p.p. stabilisce che il reato è estinto se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole. In questo caso si estingue ogni effetto penale e, se è stata applicata una pena pecuniaria o una sanzione sostitutiva, l'applicazione non è comunque di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena.

Ritiene quindi il Collegio, in base al combinato disposto delle norme sopra richiamate, che solo le condanne penali oggetto di estinzione e di riabilitazione non debbano essere dichiarate ai sensi di detto art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Né la possibilità di non dichiarare i reati depenalizzati potrebbe ritenersi sussistente facendo ricorso al principio che la depenalizzazione è istituto sostanzialmente analogo a quello della estinzione del reato.

Le disposizioni che, come quelle appena sopra indicate, fanno eccezione al principio generale di dichiarare le condanne penali subite, sono, invero, di stretta interpretazione, sicché deve ritenersi esclusa qualsiasi esegesi delle stesse che non sia giustificata da una obiettiva incertezza del loro significato o dall'esistenza di significati non desumibili dalla loro originaria formulazione (Consiglio Stato, sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 263) e, comunque, deve ritenersi impossibile l'applicazione dell'istituto dell'analogia.

È infatti connaturata alla funzione della norma derogatoria, e quindi eccezionale, l'esigenza che essa sia emanata da un atto di legislazione formale che indichi espressamente i casi in essa considerati, poiché in mancanza di tale manifestazione della volontà di sottrarre certi rapporti o fatti alla disciplina generale, essi restano ad essa assoggettati. Conseguentemente, non è concepibile una norma derogatoria che non sia posta direttamente dal legislatore, ma venga ricavata in via di interpretazione estensiva o di analogia (Consiglio Stato, sez. V, 17 febbraio 2004, n. 596).

Tanto esclude che le condanne relative a reati depenalizzati possano essere equiparate a quelle oggetto di estinzione e riabilitazione in base all'applicazione di detto principio di analogia.

I.1.2.- Parte ricorrente aggiunge che comunque le condanne riportate dal legale rappresentante non potevano ritenersi influenti, ex art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, sulla fiducia che deve sussistere tra P.A. e la partecipante alla **gara**, non essendo relative a condanne gravi o connesse con l'attività oggetto della **gara**, considerato che non sono specificate nel provvedimento di esclusione le ragioni per le quali è stato ritenuto che esse condanne incidessero sulla moralità del legale rappresentante della s.r.l. ALFA Vigilanza Roma.

Osserva in proposito il Collegio che, poiché anche le sentenze di condanna con il beneficio della non menzione nel certificato del Casellario giudiziale potrebbero incidere sulla moralità professionale e costituire ostacolo all'ammissione ad un procedimento di evidenza pubblica, i concorrenti ad una **gara** di pubblico appalto devono attestare con apposita autodichiarazione, oltre alla mancanza delle sentenze di condanna definitiva che vengono indicate nel certificato del Casellario giudiziale a richiesta dei privati, anche l'assenza di tutte le rimanenti sentenze definitive di condanna subite, anche con il beneficio della non menzione.

Nelle gare di appalto pubblico la mancata dichiarazione dell'esistenza di queste ultime condanne penali costituisce una circostanza che ha valore autonomo e che incide sulla moralità professionale del soggetto, a prescindere da ogni valutazione circa la rilevanza del reato non dichiarato. L'impresa concorrente ad un pubblico appalto non può quindi sindacare essa stessa l'incidenza effettiva del reato compiuto sulla propria moralità

professionale, avendo invece l'onere di dichiarare alla stazione appaltante tutte le condanne subite dal legale rappresentante.

La non veridicità della dichiarazione integra quindi una autonoma causa di esclusione dalla **gara**, a prescindere dalla valutazione in ordine all'idoneità della condanna riportata ad incidere sulla moralità professionale dell'impresa.

Il Consiglio di Stato ha, invero, di recente espresso in materia la condivisibile opinione che l'esistenza di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti, quali la mancata dichiarazione di sentenze penali di condanna, si configura come causa autonoma di esclusione dalla **gara** (Consiglio Stato, Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723; in termini, anche Consiglio di Stato, Sez. V, 6 giugno 2002, n. 3183) perché la valutazione circa la sussistenza del requisito della moralità professionale spetta alla stazione appaltante e non al concorrente, sicché quest'ultimo non ha il potere di anticipare tale giudizio omettendo nella sua dichiarazione dati penalmente rilevanti (Consiglio Stato, sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6221).

Le considerazioni in precedenza svolte e la circostanza che art. 38, II c., del D. Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che il concorrente deve attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in cui deve indicare anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione, comportano che non può essere condiviso il minoritario orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4244), peraltro relativo alla precedente normativa al riguardo, secondo cui il partecipante alla **gara** può operare un giudizio di rilevanza sulle condanne subite e ritenere che i relativi fatti non incidono sulla moralità professionale, senza incorrere nella sanzione della esclusione per dichiarazione non veritiera (perché il difetto del requisito della moralità professionale non concerne tutti i reati commessi dall'imprenditore indipendentemente dal tipo e dalla gravità del reato commesso, ma solo quelli che siano in grado di incidere in concreto sull'interesse collettivo alla realizzazione dell'opera pubblica).

I.1.3.- Parte ricorrente deduce anche la censura di disparità di trattamento con riguardo alla posizione dell'Amministratore delegato della BETA Service s.r.l. (che non aveva indicato nella dichiarazione prodotta un reato dichiarato estinto), operando la estinzione del decreto penale di cui all'art. 460, V c., del c.p.p. negli stessi termini di quella di cui all'art. 445, II c., del c.p.p. sicché sarebbero equiparate le due disposizioni quanto ad efficacia.

Osserva al riguardo il Collegio che detto art. 460, V c., del c.p.p. non è indicato nell'art. 38, I c., lettera c, del D. Lgs. n. 163 del 2006, sicché le condanne oggetto di estinzione non possono essere equiparate a quelle di cui all'art. 445, II c, del cp.p., che è invece ivi espressamente indicato, stante la riconosciuta suscettibilità di stretta interpretazione delle eccezioni al principio generale contenute nell'art. 38, I c., lettera c, del D. Lgs. suddetto.

Nel caso di specie l'esclusione di parte ricorrente è stata disposta principalmente per la mancata indicazione di reati non estinti, con insussistenza del dedotto vizio di disparità di trattamento.

I.1.4.- In conclusione il motivo di ricorso in esame non è favorevolmente apprezzabile.

I.2.- Con il secondo motivo di gravame sono stati dedotti violazione dell'art. 97 della Costituzione, della L. n. 241 del 1990, dell'art. 45 della direttiva CE 2004/18, degli artt. 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 2 del c.p., dell'art. 460, V c., del c.p.p., degli artt. 6 e 7 e All. I del Capitolato Speciale di Appalto; inoltre eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà, difetto di motivazione e disparità di trattamento.

Secondo parte ricorrente, in base alla formulazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 6 del Capitolato Speciale d'Appalto, che fa riferimento ai requisiti d'ordine generale di cui a detto articolo (quindi ai reati gravi oggetto di condanne che abbiano mantenuto i relativi effetti), non avrebbe potuto essere pronunciata una esclusione basata unicamente su di una dichiarazione non esaustiva, in assenza di valide sentenze di condanna o di patteggiamento per reati gravi incidenti sulla affidabilità morale e professionale. E' stata inoltre ribadita la censura di disparità di trattamento di cui al precedente motivo.

Il Collegio ritiene non suscettibile di positiva valutazione il motivo in esame per le stesse considerazioni formulate con riguardo al precedente motivo, stante la tassatività delle condanne di cui può essere omessa la indicazione da parte della impresa che intenda partecipare alla **gara** in base all'art. 38, I c., lettera c, del D.Lgs. n. 163 del 2006 e considerato che la mancata dichiarazione di sentenze penali di condanna diverse da quelle ivi indicate si configura come causa autonoma di esclusione dalla **gara**, poiché la valutazione della sussistenza del requisito della moralità professionale spetta alla stazione appaltante e non al concorrente.

I.3.- Con il terzo motivo di ricorso sono stati dedotti violazione dell'art. 97 della Costituzione, della L. n. 241 del 1990, dell'art. 45 della direttiva CE 2004/18, dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 2 del c.p., degli artt. 6 e 7 e All. I del Capitolato Speciale di Appalto; inoltre eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà e difetto di motivazione.

Sarebbero ambigue ed in contrasto con l'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 le norme della *lex specialis* (Capitolato Speciale e Istruzioni e Norme per la Compilazione) perché avrebbero indotto una nuova causa di esclusione (mancata indicazione di condanne concernenti reati depenalizzati o estinti) richiedendo la indicazione anche di condanne per le quali è prevista la non menzione, con conseguente violazione della buona fede del legale rappresentate della parte ricorrente, atteso che il certificato del Casellario Giudiziario da lui richiesto non riportava i decreti penali di condanna di cui al provvedimento di esclusione impugnato.

Il Collegio non può condividere in senso affermativo la censura in esame, atteso che deve essere ribadito che dalla lettura congiunta dei commi I, lettera c, e II dell'art. 38 citato, cui la *lex specialis* della **gara** de qua faceva riferimento, si evince chiaramente che solo le condanne di cui all'art. 178 del codice penale e all'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale avrebbero potuto essere non indicate nella certificazione da allegare alla domanda di partecipazione.

I.4.- Con il quarto motivo di gravame sono stati dedotti violazione dell'art. 97 della Costituzione, della L. n. 241 del 1990, dell'art. 5 del D. P.R. n. 313 del 2002, degli artt. 27 e 46 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dei principi del contraddittorio, di trasparenza, di proporzionalità e di adeguatezza; inoltre eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, omessa istruttoria, travisamento, contraddittorietà e difetto di motivazione. Sviamento di potere.

I.4.1.- Secondo parte ricorrente sarebbero stati violati sia il principio del contraddittorio di cui all'art. 46 del D.Lgs. n. 163 del 2006 (secondo cui le stazioni appaltanti invitano i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni presentati) e sia quello della partecipazione al procedimento di cui agli artt. 7 ed 8 della L. n. 241 del 1990.

Il Collegio non può valutare in senso positivo detta censura, in primo luogo atteso che la mancata produzione di documenti ex art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 non è regolarizzabile ai sensi del successivo art. 46 dello stesso D. Lgs. (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 22 settembre 2008, n. 8425), non potendosi formulare la richiesta di integrazione della documentazione qualora si tratti di documenti univocamente previsti a pena di esclusione (Consiglio Stato, sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254); in secondo luogo perché l'esclusione dalla **gara** di un concorrente non costituisce autonomo procedimento distinto da quello concorsuale nel quale si inserisce come accidente, sicché l'esclusione non necessita di previa comunicazione di avvio del procedimento (Consiglio Stato, sez. VI, 14 gennaio 2002, n. 157).

I.4.2.- Aggiunge il motivo in esame che il provvedimento impugnato sarebbe affetto da travisamento per non essere stato tenuto conto della avvenuta depenalizzazione ed estinzione dei reati per i quali era stato condannato il legale rappresentante della parte ricorrente.

Il Collegio ritiene la censura inaccoglibile per le già espresse argomentazioni circa la non equiparabilità dei reati depenalizzati a quelli estinti.

I.4.3.- Secondo il ricorso, nell'ipotesi che dette circostanze non risultassero dal certificato del Casellario Giudiziario acquisito dall'Amministrazione, lo stesso sarebbe illegittimo per erroneità e comunque perché non poteva più riportare le condanne di cui ai punti 4 e 5, in violazione dell'art. 5, II c., lettera d) del D.P.R. n. 312 del 2002, perché estinti.

Il Collegio ritiene non meritoria di positiva valutazione la censura in esame, come da eccezione formulata al riguardo dalla difesa della A.U.S.L. Roma B con memoria depositata il 7.10.2008, perché il certificato del Casellario Giudiziario possiede dignità probatoria privilegiata e fa fede sino a querela di falso; conseguentemente in sede giudiziaria non può essere impugnato per illegittimità innanzi al G. A., ma può essere impugnato, ricorrendone i presupposti, solo con querela di falso.

Aggiungasi che comunque sussisteva la doverosità della esclusione della parte ricorrente per mancata indicazione di condanne depenalizzate, a prescindere da quelle estinte.

I.5.- Con il quinto motivo di ricorso sono stati dedotti violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 460, V c., del c.p.p., dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, degli artt. 6 e 7 e All. I del Capitolato Speciale di Appalto; inoltre eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà, difetto di motivazione e disparità di trattamento.

La censura ripete, con più ampia articolazione, quella di cui al precedente punto I.1.3.- e va disattesa per le stesse ragioni ivi indicate dal Collegio, non essendo equiparabili, ex art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, i reati depenalizzati a quelli estinti e comunque essendo sufficiente per la esclusione della parte ricorrente la mancata indicazione delle relative condanne all'atto della presentazione della documentazione di **gara**.

I.6.- Con il sesto motivo di gravame sono stati dedotti violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 45 della direttiva CE 2004/18, dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, della L. n. 241 del 1990 e dei principi generali vigenti in materia; inoltre eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà e difetto di motivazione. Sviamento di potere.

La Commissione di **gara** avrebbe omissa ogni considerazione circa la circostanza che la BETA Srvce s.r.l. aveva commesso un gravissimo errore professionale nell'espletamento del medesimo servizio di vigilanza presso la A.S.L. Roma C, causa di esclusione ex art. 38, lettera f, II parte, del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Osserva in proposito il Collegio che la regola secondo la quale va esclusa dalla **gara** di appalto l'impresa che si sia resa responsabile di errore professionale grave nella esecuzione di un contratto pubblico, di cui all'art. 38 comma 1, lett. f, del D. Lgs. n. 163 del 2006 (che prevede la esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi dei soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la **gara**; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante), non ha introdotto nell'ordinamento una sorta di incapacità a contrattare con le Pubbliche Amministrazioni, ma deve essere intesa nel senso che essa regola vale unicamente se il grave errore sia stato commesso nei rapporti intercorsi con la stessa Amministrazione

aggiudicatrice e non con una diversa stazione appaltante (Consiglio Stato, sez. V, 19 giugno 2006, n. 3591).

Ciò comporta che l'esclusione dalle gare pubbliche per inaffidabilità delle imprese concorrenti per grave negligenza e malafede commessa nel corso di esecuzione di precedenti contratti pubblici può essere pronunciata in termini di automaticità soltanto quando il comportamento di deplorabile trascuratezza e slealtà sia stato posto in essere in occasione di un pregresso rapporto negoziale intercorso con la stessa stazione appaltante che indice la **gara**; in caso contrario, invece, il giudizio di inaffidabilità professionale su un'impresa partecipante ad una **gara** pubblica è subordinato alla preventiva motivata valutazione della stazione appaltante o della commissione giudicatrice, che è tenuta a valorizzare i precedenti professionali delle imprese concorrenti nel loro complesso, nonché a valutare gravità e rilevanza sul piano professionale di precedenti risoluzioni contrattuali comminate da altre Amministrazioni (T.A.R. Marche Ancona, sez. I, 21 aprile 2008, n. 244).

Nel caso che occupa in ricorso viene, invero, fatto riferimento alla commissione non di vero e proprio errore professionale, ex art. 38, I c., lettera f), del D.Lgs. n. 163 del 2006, ma di presunti reati da parte dell'Amministratore unico della BETA Service s.r.l., peraltro commessi nello svolgimento di servizi svolti non a favore della A.U.S.L. resistente; la circostanza non può quindi comportare l'automatica applicazione dell'art. 38 comma 1, lett. f), del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Aggiungasi che, in ogni caso, non sussiste interesse legalmente tutelabile di parte ricorrente alla formulazione della censura in esame, atteso che la sussistenza a carico del suo legale rappresentante di condanne per reati depenalizzati, allo stato non risultanti oggetto di estinzione e di provvedimento di riabilitazione, comporterebbero comunque impossibilità di aggiudicazione ad essa parte, ex art. 38, I c., lettera c), del D. Lgs. n. 163 del 2006, della **gara** eventualmente rinnovata a seguito della ipotetica esclusione della controinteressata, con inammissibilità del motivo di gravame in esame per carenza di interesse.

I.7.- Con il settimo motivo di ricorso sono stati dedotti violazione degli artt. 83, 86, 87 e 88 del D. Lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 7, lettera c) ed All. "C", del Capitolato Speciale d'Appalto e del principio generale della *par condicio*; inoltre eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà e difetto di motivazione.

La circostanza che la offerta economica della BETA Service s.r.l. per il servizio di *reception* presso l'ospedale Pertini indicava che il servizio era offerto gratuitamente, avrebbe comportato, secondo parte ricorrente, la esclusione dalla **gara** di detta società per violazione dell'art. 7, lettera c) e dell'Allegato C del Capitolato speciale d'appalto, secondo i quali per ogni singola voce era necessario indicare la tariffa applicata e la percentuale di ribasso-rialzo offerta. Inoltre quanto sopra evidenziato comporterebbe violazione dell'art. 86, II c. bis, del Codice, che garantisce il rispetto dei costi minimi del lavoro da parte degli esecutori di contratti pubblici, nonché della tariffa minima oraria prefettizia. A nulla varrebbe che la Commissione, nella seduta del 19.6.2008, abbia

ritenuto che detta offerta a costo zero era stata correttamente valutata tra le passività nell'analisi delle voci di offerta parametriche a base annua.

Osserva in proposito il Collegio che, secondo la costante giurisprudenza formatasi in materia, la legittimità dell'esclusione della ditta partecipante alla procedura di evidenza pubblica comporta il venir meno della legittimazione ad impugnare il provvedimento di aggiudicazione (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6702; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 06 febbraio 2007, n. 905; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 1 aprile 2006, n. 2258).

E' stato tuttavia ritenuto dalla giurisprudenza che, allorché residui una sola offerta, risultante aggiudicataria, l'interesse strumentale alla rinnovazione della **gara** può legittimare l'impresa esclusa ad impugnare l'aggiudicazione disposta in favore dell'unica offerta residua, ovvero la sua mancata esclusione, ancorché essa non abbia impugnato il proprio atto di esclusione, perché in tal caso la **gara** risulterebbe infruttuosa e probabilmente verrebbe ripetuta con conseguente "chance" della ricorrente circa una possibile aggiudicazione (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 27 settembre 2006, n. 3314);

Quindi, nell'ipotesi di una **gara** alla quale partecipino due soli concorrenti, sarebbe pienamente sussistente l'interesse di un concorrente, sia pure non nella condizione di conseguire l'aggiudicazione, di vedere annullata l'aggiudicazione disposta in favore dell'altro concorrente, dato l'onere dell'Amministrazione di indire una nuova **gara** alla quale egli può partecipare con la "chance" di aggiudicarsela.

Nell'ambito di detta fattispecie la degradazione a mero interesse di fatto dell'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa deve essere quindi circoscritta al solo caso in cui il concorrente escluso non possa comunque rivestire la qualità di aggiudicatario (Consiglio Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6285) nell'ambito della **gara** eventualmente rinnovata.

Ciò premesso, facendo applicazione dei principi richiamati, deve essere nel caso che occupa, esclusa la legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione in argomento da parte della società ricorrente, atteso che, stante la sussistenza di condanne per reati depenalizzati in capo al suo legale rappresentante (allo stato non risultanti oggetto di estinzione e di provvedimento di riabilitazione e dunque comportanti la necessità della esclusione della ricorrente dalle gare ex art. 38, I c. lettera c, del D. Lgs. n. 163 del 2006), essa società non ha interesse legalmente protetto alla rinnovazione di una **gara** cui non potrebbe partecipare.

I.8.- Con l'ottavo motivo di gravame sono stati dedotti violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, della L. n. 241 del 1990 e dell'art. 9 del Capitolato Speciale di Appalto e dei principi generali vigenti in materia. Eccesso di potere per incompetenza, illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà e difetto di motivazione.

Sarebbero stati violati l'art. 48, I c., del D. Lgs. n. 163 del 2006 e l'art. 9 del Capitolato speciale (secondo cui la scelta dei candidati da sottoporre a sorteggio per la verifica dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativo va fatta con sorteggio pubblico da effettuare prima della apertura delle buste delle offerte) dalla Commissione di **gara** che, con verbale del 28.1.2008, non ha proceduto ad effettuare il sorteggio, ma ha deciso di verificare le due ditte ammesse alla prosecuzione della **gara** (confondendo la fase preliminare della verifica con la fase post conclusione della **gara** prevista dal secondo comma di detto art. 48 nei confronti dell'aggiudicatario e del secondo classificato), così effettuando detta verifica dopo e non prima dell'apertura delle buste delle offerte.

Osserva in proposito il Collegio che la censura risulta inammissibile per carenza di interesse, perché, come affermato dalla intimata azienda nella memoria depositata il 7.10.2008, a pag. 29, e non contestato da controparte, le verifiche ex art. 48 del D. Lgs. n. 163 del 2006 hanno dato esito positivo per entrambe le concorrenti rimaste in **gara**, sicché a nulla vale la dedotta circostanza che la valutazione della documentazione comprovante i requisiti dichiarati potesse essere influenzata dai punteggi attribuiti ai progetti delle concorrenti.

I.9.- Con il nono motivo di ricorso sono stati dedotti violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dei principi generali vigenti in materia; inoltre eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà e difetto di motivazione.

I.9.1.- La dott. Agostinelli si sarebbe autonominata Presidente della Commissione Giudicatrice, avrebbe interpretato la *lex specialis* dalla stessa predisposta ed avrebbe approvato gli atti della Commissione, in violazione dei principi di imparzialità e buon andamento costituzionalmente previsti e dell'art. 27 del Codice, essendo stata preclusa la necessaria distinzione tra controllato e controllore.

Il Collegio non può condividere detta censura, ritenendo pienamente condivisibile il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il contestuale espletamento, da parte del medesimo dirigente, di tutte le funzioni connesse alla responsabilità delle procedure d'appalto, ivi comprese quelle relative alla presidenza delle commissioni valutatrici, non viola né il principio di buon andamento ed imparzialità della P.A., né comporta una commistione tra controllato e controllore (Consiglio Stato, sez. V, 18 settembre 2003, n. 5322; T.A.R. Molise Campobasso, sez. I, 18 luglio 2007, n. 628; T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 13 luglio 2007, n. 1273; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 25 marzo 2005, n. 2132).

I.9.2.- Saggiunge il motivo in esame che, pur prevedendo l'art. 84, II c., della D. Lgs. n. 163 del 2006 che i componenti della Commissione devono essere esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, non risulterebbe che il dott. Claudio Ippoliti e l'ing. Francesco Macchia fossero esperti nel settore vigilanza privata.

Il Collegio non può apprezzare positivamente detta censura stante la genericità della stessa, non essendo stata fornita idonea prova che detti componenti della Commissione giudicatrice non fossero esperti nel settore de quo.

I.10.- Con il decimo motivo di ricorso sono stati dedotti violazione degli artt. 38 e 48 del D. Lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 9 del Capitolato Speciale di Appalto, della L. n. 241 del 1990 e dei principi generali vigenti in materia. Illegittimità derivata. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà, difetto di motivazione ed illogicità derivata.

Sarebbero illegittimi gli atti di trasmissione alla Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici della segnalazione della esclusione della parte ricorrente dalla procedura di **gara** di cui trattasi, sia in via derivata per la illegittimità di essa esclusione, sia perché la eventuale mancanza dei requisiti di carattere generale non comporta anche l'applicazione delle specifiche sanzioni dell'incameramento della cauzione e della segnalazione del fatto a detta Autorità (previste dall'art. 48 del D. Lgs. n. 163 del 2006 solo per la mancanza di requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi), sia perché sarebbe contraddittorio la restituzione della fideiussione versata a titolo di deposito cauzionale provvisorio con la effettuazione della successiva segnalazione, sia perché sussisteva buona fede del legale rappresentante nel non dichiarare condanne oggetto di depenalizzazione ed estinte non figuranti sul certificato del Casellario Giudiziario a lui rilasciato.

I.10.1.- Innanzi tutto il Collegio non condivide le eccezioni di carenza di lesività, che sussisterebbe solo in caso di adozione di provvedimenti ad opera dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, e di carenza di valenza provvedimentale degli atti impugnati, formulate dalla società controinteressata con memoria depositata il 6.10.2008.

Ritiene il Collegio superato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale veniva considerato inammissibile il ricorso proposto avverso la segnalazione all'Autorità di Vigilanza effettuata ai sensi dell'art. 10 comma 1 quater, della L. 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni, essendo priva di efficacia lesiva, perché concretantesi in un mero adempimento obbligatorio di natura notizia e propulsivo (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 02 luglio 2007, n. 6418).

Esso art. 10, comma 1 quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109 prevedeva che *“i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla **gara**, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all' articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7”*.

Il precedente art. 4, VII c., stabiliva che *“Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 6 sono sottoposti alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma fino a lire 50 milioni se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti,*

*ovvero alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma fino a lire 100 milioni se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. L'entità delle sanzioni è proporzionata all'importo contrattuale dei lavori cui le informazioni si riferiscono. Sono fatte salve le diverse sanzioni previste dalle norme vigenti. I provvedimenti dell'Autorità devono prevedere il termine di pagamento della sanzione e avverso di essi è ammesso ricorso al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva da proporre entro trenta giorni dalla data di ricezione dei provvedimenti medesimi. La riscossione della sanzione avviene mediante ruoli”.*

In base al disposto dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2008, all'epoca dei fatti di giudizio, *“Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di **gara**, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla **gara**, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento”.*

Il citato art. 6, II c., del D. Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce a sua volta che *“Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. Le stesse sanzioni si applicano agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione”.*

L'automaticità delle sanzioni che detta normativa prevede che siano disposte dalla citata Autorità induce a ritenere che gli atti di segnalazione alla stessa di irregolarità siano immediatamente lesivi.

Aggiungasi che, comunque, in applicazione dei principi di economia processuale e di buon andamento dell'Azione amministrativa, ritiene il Collegio che non possa essere imposto alla società oggetto di detta segnalazione di fare acquiescenza ad essa e poi impugnare l'eventuale provvedimento finale dell'Autorità per la Vigilanza, imponendo a questa una inutile attività istruttoria allorché, come nel caso che occupa, la segnalazione non doveva essere effettuata.

I.10.2.- Osserva nel merito il Collegio, premesso che non può condividersi la censura di illegittimità derivata, stante la ritenuta legittimità della esclusione di parte ricorrente dalla procedura de qua, che detto art. 48, I c., del D. Lgs. n. 163 del 2006, nel ricollegare le tre sanzioni in esso previste (esclusione, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di vigilanza) alla mancata risposta o al mancato possesso dei requisiti in sede di controllo a campione, si riferisce solo ai requisiti di ordine speciale e non anche a quelli di ordine generale: stante il carattere tassativo delle norme sanzionatorie, dette sanzioni non possono essere estese al mancato possesso o alla mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 12 maggio 2008, n. 1326; T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 8 agosto 2008, n. 9943; con riguardo alla precedente normativa in materia: Consiglio Stato, sez. VI, 28 agosto 2006, n. 5009).

Quando, come nel caso che occupa, il requisito non posseduto dal concorrente, con riferimento al quale venga disposta la esclusione dalla procedura di **gara**, riguardi l'art. 38, lett. c), D. Lgs. n. 163 del 2006, esso deve ritenersi sussumibile nella categoria dei requisiti di ordine generale e ne discende che non può trovare applicazione l'art. 48, del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Quanto alle deduzioni al riguardo formulate dalla difesa della A.U.S.L. Roma B con memoria depositata il 7.10.2008, circa la mancata impugnazione della determinazione del 10.1.2008 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, che prevede l'obbligo di comunicazione delle esclusioni dalle gare, comprese quelle disposte per ipotesi di falsa dichiarazione, il Collegio, premesso che essa determinazione è stata poi impugnata con motivi aggiunti, osserva in primo luogo che la disposizione non può che essere interpretata che nel senso che dette false dichiarazioni si riferiscono al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e non di ordine generale, pena il contrasto con il dato normativo di cui all'art. 48 del D. Lgs. n. 163 del 2008.

Deve quindi ritenersi, contrariamente a quanto affermato da detta Autorità per la Vigilanza con nota del 25.7.2008, che non sussistesse comunque nel caso di specie l'obbligo di effettuare detta comunicazione alla più volte citata Autorità per la Vigilanza, attenendo le dichiarazioni, ritenute non complete, di parte ricorrente al possesso di requisiti di ordine generale.

Aggiungasi che va ritenuta illegittima la segnalazione dell'impresa all'Autorità di Vigilanza per i Lavori Pubblici "per dichiarazione non veritiera" allorché la situazione di fatto fosse tale da escludere la sussistenza della prova che il soggetto avesse reso una dichiarazione "scientemente falsa" o "intenzionalmente reticente" sulla insussistenza di cause di esclusione (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 12 gennaio 2007, n. 84).

Nel caso che occupa i provvedimenti impugnati in esame non argomentavano alcunché al riguardo.

Tanto comporta la fondatezza in parte qua del ricorso, con conseguente illegittimità ed annullamento dei provvedimenti di segnalazione alla Autorità di Vigilanza impugnati ed assorbimento dell'ulteriore motivo di censura.

I.11.- Con l'undicesimo motivo di ricorso sono stati dedotti violazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dei principi generali vigenti in materia, nonché eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà, difetto di istruttoria e difetto di motivazione.

Sarebbero illegittimi le valutazioni ed i punteggi attribuiti alle offerte della parte ricorrente e della società aggiudicataria, in particolare per essere stati attribuiti, nella prima sottocategoria, alla offerta della prima punti 17 e punti 18 alla seconda, nonché, nella terza sottocategoria, punti 6 alla prima e punti 8 alla seconda.

Osserva al riguardo il Collegio che la partecipazione alla **gara** di appalto costituisce il presupposto che radica nell'impresa concorrente l'interesse ad impugnare l'attribuzione dei punteggi che hanno portato all'aggiudicazione, con la conseguenza che, venuto meno il titolo di partecipazione per esserne stata legittimamente esclusa, parte ricorrente essa non può dedurre vizi concernenti la attribuzione di punteggi ad essa ed alla società aggiudicataria.

La censura in esame non può quindi essere oggetto di positiva valutazione.

III.- Quanto ai motivi aggiunti ritiene innanzi tutto il Collegio che non sia condivisibile la eccezione di inammissibilità degli stessi per tardività, formulata dalla difesa della resistente A.U.S.L., atteso che le censure ivi formulate sono relative ad atti conosciuti nel corso del giudizio a seguito di produzioni documentali.

III.1.- Con il primo di essi motivi aggiunti sono stati dedotti violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 45 della direttiva CE 2004/18, dell'art. 2 del c.p., dell'art. 460, V c., e 673 del c.p.p., dell'art. 134 del R.D. n. 773 del 1931, della L. n. 241 del 1990, degli artt. 2, 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, degli artt. 6 e 7 e All. I del Capitolato Speciale di Appalto; inoltre eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, travisamento, omessa istruttoria, contraddittorietà e difetto di motivazione. Sviamento di potere.

La Commissione non avrebbe tenuto conto della circostanza che dal certificato del sig. Domenico G., legale rappresentante della società ricorrente, acquisito dalla Azienda U.S.L. Roma B, risultavano tre reati depenalizzati /abrogati e che per due reati risultava estinto il reato ex art. 460, V c., del c.p.c .

Il Collegio ritiene non condivisibile la censura per le considerazioni in precedenza svolte circa la non equiparabilità di reati depenalizzati a quelli estinti.

III.2.- Con il secondo dei motivi aggiunti sono stati dedotti violazione dell'art. 97 della Costituzione, della L. n. 241 del 1990, degli artt. 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e

degli artt. 6 e 7 e All. I del Capitolato Speciale di Appalto; inoltre eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, omessa istruttoria, contraddittorietà e difetto di motivazione. Sviamento di potere. Nonostante che con pareri legali del 25.3.2008 e del 30.5.2008 fosse stato ritenuto necessario acquisire i decreti penali di condanna per valutare la posizione del suddetto sig. G., è stata disposta la esclusione della parte ricorrente senza acquisirli e senza motivare sulla gravità dei reati addebitati.

Il Collegio ritiene che la censura non sia positivamente valutabile, essendo irrilevanti, per le considerazioni in precedenza evidenziate, detti elementi a fini della adozione del provvedimento di esclusione impugnato, costituente atto dovuto allorché è omessa la dichiarazione di reati non estinti.

III.3.- Con il terzo motivo aggiunto sono stati dedotti violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 45 della direttiva CE 2004/18, della L. n. 241 del 1990, degli artt. 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, degli artt. 6 e 7 e All. I del Capitolato Speciale di Appalto; inoltre eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, omessa istruttoria, contraddittorietà, difetto di motivazione e disparità di trattamento. Sviamento di potere.

Il Collegio ritiene non positivamente apprezzabile detta censura, consistente nella ripetizione della censura di contraddittorietà per ritenuta irrilevanza del contrasto delle risultanze del controllo effettuato dalla stazione appaltante con le dichiarazioni rese dal legale rappresentante della società ricorrente e con quelle rese dal legale rappresentante della società controinteressata, per le medesime osservazioni in precedenza esposte circa la impossibilità che la mancata indicazione di condanne oggetto di estinzione potesse comportare la esclusione dalla **gara**.

III.4.- Con il quarto motivo aggiunto sono stati dedotti violazione dell'art. 97 della Costituzione, della L. n. 241 del 1990, dell'art. 5 del D.P.R. n. 313 del 2002, degli artt. 27 e 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dei principi del contraddittorio, di trasparenza, di proporzionalità e di adeguatezza; inoltre eccesso di potere per illogicità, omessa valutazione dei presupposti, omessa istruttoria, travisamento, contraddittorietà e difetto di motivazione. Sviamento di potere.

Anche la surriportata censura, che ripete il motivo di gravame che deduce la illegittimità del certificato del Casellario Giudiziario del legale rappresentante della società ricorrente (che non avrebbe più dovuto riportare condanne di cui ai punti 4 e 5), non è condivisa dal Collegio per le medesime osservazioni in precedenza svolte circa la impossibilità di impugnazione per illegittimità del certificato del Casellario Giudiziario; perché esso possiede dignità probatoria privilegiata e fa fede sino a querela di falso, nonché circa la doverosità della esclusione della parte ricorrente per mancata indicazione di condanne depenalizzate, a prescindere da quelle estinte.

III.5.- Con il quinto motivo di gravame sono stati dedotti violazione degli artt. 6, 20, 38 e 48 del D. Lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 9 del Capitolato Speciale di Appalto della L. n. 241 del 1990 e dei principi generali vigenti in materia. Illegittimità derivata. Inoltre

eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà e difetto di motivazione. La nota dell'Autorità per la Vigilanza del 25.7.2008 e quella della A.U.S.L. Roma B del 4.8.2008 sarebbero illegittime per non essere stato ivi considerato che il legale rappresentante di parte ricorrente era stato condannato per reati depenalizzati ed estinti. L'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, la *lex specialis* e la determinazione dell'Autorità per la Vigilanza n. 1/2008 del 10.1.2008 facevano riferimento a sentenze e decreti penali di condanna per omessa dichiarazione scientemente falsa di reati gravi in danno dello Stato che incidono sulla moralità professionale, mentre i reati commessi dal suddetto non sarebbero stati gravi e non avrebbero inciso sulla moralità professionale del suddetto.

Innanzitutto il Collegio ritiene di non poter condividere la eccezione di inammissibilità della impugnazione di detta determinazione del 10.1.2008 per tardività, stante la inutilità della impugnazione della disposizione stessa per quanto evidenziato al precedente punto II.10.-.

Quanto alle restanti censure il Collegio le valuta indivisibili, in quanto la normativa in materia ricollega l'esclusione della società dalla **gara** alla mancata indicazione di reati depenalizzati, a prescindere dalla buona fede del dichiarante.

IV.- Il ricorso deve essere, pertanto, in parte accolto, limitatamente ai provvedimenti di segnalazione alla Autorità di Vigilanza impugnati, che vanno annullati nei limiti sopra indicati; va respinto, unitamente ai motivi aggiunti, nella restante parte.

V.- La riconosciuta infondatezza della domanda impugnatoria comporta la reiezione anche della richiesta di declaratoria di nullità – invalidità dell'intervenuto contratto e della pretesa risarcitoria, peraltro avanzata in forma del tutto generica, e considerato che sono stati oggetto di ordinanza di sospensione i provvedimenti di segnalazione alla Autorità di Vigilanza.

VI.- Le spese del giudizio, stante la particolarità della fattispecie, possono essere compensate tra le parti.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione terza quater -, previo stralcio dagli atti del giudizio della memoria della A.U.S.L. Roma B depositata il 23.2.2009, **accoglie in parte** il ricorso in epigrafe indicato, limitatamente ai provvedimenti impugnati di segnalazione alla Autorità di Vigilanza per i Lavori Pubblici, che vanno annullati nei limiti e nei termini di cui in motivazione, **respinge** per la restante parte il ricorso, la richiesta di risarcimento danni ed i motivi aggiunti.

### **Spese compensate.**

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla pubblica amministrazione.

Così deciso in Roma, dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione III quater -, nelle camere di consiglio del 25.2.2009 e del 25.3.2009, con l'intervento dei signori Magistrati elencati in epigrafe.

Consigliere Mario DI GIUSEPPE

Presidente

Consigliere Antonio AMICUZZI

Estensore

---

---

--