

Per false dichiarazioni generiche non è legittima l'escussione della cauzione provvisoria a norma dell'articolo 48 del codice dei contratti sulla verifica del reale possesso dei requisiti di ordine speciale

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

La disposizione di cui all'articolo 48 del codice dei contratti, prevede l'esclusione dalla gara e la sanzione accessoria dell'escussione della cauzione provvisoria, solo nel caso in cui i concorrenti (o l'aggiudicatario) non comprovino il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa; cioè in casi, per così dire, di falsità qualificata. La norma, per il suo carattere sanzionatorio, è di stretta interpretazione e non può essere estesa ad altre ipotesi. La sanzione per le (generiche) false dichiarazioni è contenuta invece nell'art. 6, comma 11, del D.Lg. 163/06, che commina - dopo un apposito procedimento attivato dall'Autorità - 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", la "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 la sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri".

Merita di essere segnalata la sentenza numero 434 del 4 agosto 2008, emessa dal Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste

La Società ricorrente lamenta appunto, col motivo n. 5, l'illegittimità del provvedimento, in parte qua, laddove, a titolo di sanzione, ha disposto - in violazione dell'art. 48 del D.Lg. 1643/06 - anche l'incameramento della cauzione provvisoria.

Per questa parte, il ricorso è fondato.

Dispone, infatti, l'art. 48, che "le Stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti ... 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'art. 6 comma 11". Il secondo comma procede affermando che "la richiesta di cui al comma 1 (cioè del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa) è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni".

La disposizione, quindi, prevede l'esclusione dalla gara e la sanzione accessoria dell'escussione della cauzione provvisoria, solo nel caso in cui i concorrenti (o l'aggiudicatario) non comprovino il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa; cioè in casi, per così dire, di falsità qualificata.

La norma, per il suo carattere sanzionatorio, è di stretta interpretazione e non può essere estesa ad altre ipotesi.

La sanzione per le (generiche) false dichiarazioni è contenuta invece nell'art. 6, comma 11, del D.Lg. 163/06, che commina - dopo un apposito procedimento attivato dall'Autorità - 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", la "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 la sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri".

Il Comune, in definitiva, per le false dichiarazioni in merito ai requisiti di partecipazione non poteva - come invece ha fatto - escutere la cauzione provvisoria, ma doveva limitarsi a segnalare la circostanza all'Autorità di Vigilanza.

Il ricorso quindi, nei termini suddetti, può essere accolto.>

A cura di *****

N. 00434/2008 REG.SEN.

N. 00580/2007 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 580 del 2007, proposto da: Impresa ALFA Tobia Spa, rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, piazza Unita' D'Italia 7;

contro

Comune di Lignano Sabbiadoro, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso lo stesso, in Trieste, via Donota 3;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, della determinazione dd. 16.11.2007 con la quale si è stabilito di: revocare l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto dei lavori di una Stazione Media dei Carabinieri - palazzina residenziale; convocare la Commissione di gara per la riformulazione della graduatoria; provvedere all'escussione della cauzione provvisoria; nonché della determinazione dd. 29.6.2007 n. 632 di indizione della gara, ed in particolare del Bando e del Disciplinare di gara.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Lignano Sabbiadoro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del giorno 09/07/2008 il cons. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - La ricorrente Impresa ALFA Tobia s.p.a. (di seguito: ALFA) espone di aver partecipato ad una gara d'appalto indetta dal Comune di Lignano Sabbiadoro per l'affidamento dei lavori di realizzazione di una Stazione Media dei Carabinieri - palazzina residenziale, ai sensi dell'art. 18, comma 1, della L.r. 14/02, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. - Con atto n. 185 del 21.8.07, la ricorrente *****à veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria, previa verifica del possesso dei prescritti requisiti di ordine generale.

Con successivo provvedimento n. 47306 del 20.11.07, la Stazione appaltante comunicava la revoca dell'aggiudicazione, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, per aver reso false dichiarazioni in sede di gara.

In particolare, si imputa alla ricorrente di non aver dichiarato alcune condanne in cui erano incorsi gli amministratori, per le quali avevano goduto del beneficio della non menzione.

1.2. - Contro il provvedimento di revoca (impugnato in uno con il Bando e Disciplinare di gara) la ricorrente deduce:

1) difetto di presupposti e travisamento di fatto.

Il Comune motiva la revoca dell'aggiudicazione con riferimento a presunte "false dichiarazioni rese in sede di gara, emerse a seguito delle verifiche eseguite".

Tale circostanza è stata segnalata, in data 13.9.07, all'Autorità Giudiziaria, per le valutazioni del caso. In esito ad una successiva istanza comunale, sarebbe emerso che era stato aperto un procedimento penale a carico dell'Impresa ALFA.

Tuttavia, contrariamente a quanto affermato dal Comune nel provvedimento impugnato, nessun decreto penale di condanna risulta ancora emesso per i fatti segnalati.

La revoca si basa, quindi su di un falso presupposto.

2) Violazione della lex specialis. Difetto di presupposto e travisamento di fatto.

Il Comune afferma l'esistenza di un contrasto tra le dichiarazioni rese in sede di gara e le risultanze del Casellario giudiziario.

Così non è. Infatti il Disciplinare di gara prevedeva che gli amministratori dovevano rendere - compilando l'allegato n. 2 - una dichiarazione (ex artt. 46, 47 e 38 del D.P.R. 445/00) volta ad attestare l'inesistenza di cause ostative alla partecipazione alla gara; dichiarando, per quanto qui rileva, "che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del c.p.c., per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale", e di avere (oppure di non avere) subito condanne per le quali avevano beneficiato della non menzione.

Gli interessati (*****, ***** e *****) si sono strettamente attenuti a tali prescrizioni e non hanno reso dichiarazioni scientemente false: per quanto riguarda la prima prescrizione, infatti, il bando rimetteva ai concorrenti medesimi decidere se una condanna incidere o meno sull'affidabilità morale e professionale, pertanto gli istanti non hanno ritenuto di dichiarare alcune condanne (effettivamente subite) che, a loro avviso, erano prive di siffatta rilevanza.

Se la P.A. avesse voluto conoscere tutte le sentenze di condanna, avrebbe dovuto dirlo con chiarezza, e solo ove il Bando fosse stato così configurato e i partecipanti avessero omesso di menzionare qualche sentenza, si sarebbe potuto parlare di false dichiarazioni.

Inoltre, va osservato che, benché la gara sia stata indetta in vigore del D.Lg. 163/06 (applicabile anche alla Regione Autonoma Friuli - Venezia Giulia in virtù dell'espresso rinvio operato dall'art. 15 della L.r. 14/02), il cui art. 38, comma 1, lett. c) - per quanto qui rileva - inibisce la partecipazione alle gare a coloro "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"; il Bando in questione non menziona affatto i decreti penali di condanna, con la conseguenza che, del tutto legittimamente, gli interessati ne hanno ritenuto l'irrilevanza e non li hanno dichiarati.

Quindi, la circostanza che i certificati del casellario giudiziale riportino condanne non dichiarate non è sufficiente a giustificare l'esclusione.

In ogni caso, dato che si trattava di condanne risalenti e di lieve entità, la P.A. aveva l'onere di motivare adeguatamente la loro ritenuta rilevanza sull'affidabilità e moralità professionale.

Le dichiarazioni non possono essere ritenute false neppure con riferimento al punto 7 del paragrafo A4 del Disciplinare, in relazione al quale i tre soggetti hanno dichiarato di non avere subito condanne per le quali hanno beneficiato della non menzione, laddove dai certificati generali è emerso il contrario.

Secondo la prospettazione della ricorrente anche tali dichiarazioni devono ritenersi corrette, in quanto l'all. 2, che gli stessi avevano l'obbligo di compilare - poneva quale unica alternativa di indicare le condanne (di cui al precedente capoverso) per le quali avevano o non avevano goduto della non menzione. Poiché essi avevano dichiarato - secondo l'istante legittimamente - di non averne affatto subite, non erano nella possibilità di precisare per quali avevano goduto della non menzione.

Quindi, non hanno dichiarato il falso, ma sono stati imprecisi a causa dell'oscura e non puntuale formulazione della lex specialis.

3) Difetto di motivazione. Violazione del principio del favor participationis e dell'art. 46 del D.Lg. 163/06. Violazione della lex specialis e del principio di affidamento.

La motivazione dell'atto è del tutto generica, non essendo sufficiente richiamare l'esistenza di precedenti condanne o di contrasti con i certificati del casellario giudiziale.

La P.A. avrebbe dovuto adeguatamente considerare l'ambiguità delle clausole del Disciplinare e non revocare l'aggiudicazione alla ALFA, che incolpevolmente aveva ritenuto - proprio per tale ambiguità - l'irrilevanza delle condanne subite; o, quantomeno, invitare l'Impresa a fornire chiarimenti.

4) Violazione dell'art. 48 del D.Lg. 163/06 e invalidità derivata.

Il provvedimento è illegittimo nella parte in cui dispone l'escussione della cauzione provvisoria, non essendo il caso all'esame ricompreso nella previsione dell'art. 48.

5) Difetto di presupposti e violazione della lex specialis

Va annullata anche la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici , in quanto le dichiarazioni rese non sono scientemente false, ma dovute - al più - ad errore scusabile.

6) Violazione dell'art. 15 della L.r. 14/02 e dell'art. 38 del D.Lg. 163/06. Violazione della par condicio. Ambiguità delle prescrizioni di gara.

In via subordinata, la ricorrente chiede l'annullamento degli atti di indizione della gara, del Bando e del Disciplinare per violazione dell'art. 38 del D.Lg. 163/06, che prevede l'esclusione solo di chi ha subito condanne "per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale".

Il Bando ha ampliato illegittimamente le ipotesi previste e, non richiamando espressamente i decreti penali di condanna, ha reso ambigua la prescrizione del Disciplinare.

In definitiva, il tenore del Bando ha indotto la ricorrente a credere che non fossero preclusivi alla partecipazione i decreti penali di condanna e le sentenze che, a suo giudizio, non incidessero sulla moralità professionale.

2. - L'Amministrazione, costituita, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso, concludendo per la sua reiezione.

3. - Con ampie memorie le parti hanno precisato ed ampliato le proprie difese e le già rassegnate conclusioni.

4. - Il ricorso è fondato in parte, e va pertanto accolto nei limiti di cui appresso.

4.1. - Il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria di cui si controverte è motivato, in modo assai stringato, per relationem ad altri atti, esponendo che "a seguito verifica dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara sono emersi degli elementi contrastanti rispetto ad alcune dichiarazioni sostitutive fornite in sede di gara dall'impresa", "elementi" più oltre definiti esplicitamente "false

dichiarazioni”.

Dette dichiarazioni si riferiscono, in particolare, alle condanne subite dagli amministratori.

Il Bando, per quanto di interesse, al punto A4 n. 4, richiedeva una dichiarazione - resa ai sensi del D.P.R. 445/00 - “che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale, per reati che incidono sulla moralità professionale”; e, al n. 5, (di dichiarare) “l’esistenza o meno di condanne per le quali ha beneficiato della non menzione”.

Le disposizioni da applicare alle dichiarazioni rese in sede di gara, nella fattispecie, sono due: l’art. 38 del D.Lg. 163/00, sui requisiti di ordine generale, che esclude dalla partecipazione alle gare i soggetti che hanno subito determinate condanne, e l’art. 75 del D.P.R. 445/00, il quale espressamente stabilisce che “fermo restando quanto previsto dall’articolo 76”, relativamente alle sanzioni penali, “qualora dal controllo di cui all’articolo 71 emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera”.

Ne consegue che ogni falsa dichiarazione, se non determina l’esclusione dalla gara (o, come nella specie, la revoca dell’aggiudicazione provvisoria) in diretta applicazione dell’art. 38, la determina comunque ai sensi dell’art. 75 delle disposizioni sull’autocertificazione, dato che, nella specie, il “beneficio conseguito” - in funzione del quale la falsa dichiarazione è stata resa - è proprio quello della partecipazione alla gara.

4.2. - E’ vero, come osserva il ricorrente, che il Disciplinare (discostandosi, in parte, dalla formulazione dell’art. 38 del D.Lg. 163/00) non prevede (espressamente) di dichiarare anche i decreti penali di condanna, ma solo le “sentenze” di condanna passate in giudicato e i patteggiamenti, tuttavia ciò, ai fini della legittimità dell’atto qui opposto, è irrilevante in quanto il Disciplinare di gara, al punto A4 n. 7, richiede anche espressamente - con prescrizione inequivoca - di dichiarare “l’esistenza o meno di condanne per le quali ha beneficiato della non menzione”.

Ne consegue che se fosse anche possibile ritenere errore scusabile la mancata indicazione dei decreti penali di condanna (non richiesti in modo palese, ancorchè da ritenersi ricompresi nella generica dizione di "sentenze di condanna" recata dal Disciplinare), è invece per certo falsa la dichiarazione di non aver subito condanne "per le quali ha beneficiato della non menzione", dato che tutti e tre gli amministratori ne hanno indiscutibilmente riportate.

Né può trovare favorevole apprezzamento la prospettazione della ricorrente *****à secondo la quale l'espressione "condanne per le quali ha beneficiato della non menzione", andava riferita esclusivamente a quelle del punto A4 n. 4 (cioè quelle per le quali, a suo dire, era il dichiarante stesso a valutare se incidavano o meno sull'affidabilità morale o professionale). Poiché gli amministratori avevano ritenuto di non dichiarare l'esistenza di queste ultime (per le quali avevano ottenuto la non menzione), ritenendole irrilevanti ai suddetti fini, gli stessi hanno anche dichiarato di non aver subito condanne con beneficio di non menzione.

In realtà, il tenore letterale del Disciplinare, che richiede due specifiche dichiarazioni - una per le condanne o patteggiamenti per reati che incidono sull'affidabilità - e un'altra, ulteriore, per le condanne con beneficio della non menzione, smentisce tale tesi difensiva.

4.3. - A ciò va aggiunto che la difformità tra quanto autocertificato in sede di gara e quanto emerso dal Casellario giudiziale costituisce anche dichiarazione non veritiera ai sensi dell'art. 75 del D.P.R. 445/00, con conseguente decadenza dal beneficio della partecipazione, che viene a costituire quindi, causa autonoma di esclusione.

Correttamente, pertanto, l'Amministrazione ha revocato l'aggiudicazione nei confronti della ALFA che aveva reso dichiarazioni risultate, in esito ai successivi controlli, non veritiere in ordine ai requisiti generali di partecipazione.

4.4. - Altrettanto correttamente il Comune ha effettuato la segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, come prescritto (da ultimo) dalla Determinazione della stessa Autorità del 10.1.2008 n. 1, che fa obbligo alla Stazione appaltante di comunicare (ai fini

dell'inserimento nel "Casellario informatico degli operatori economici esecutori dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture"), tra l'altro, i "provvedimenti di esclusione dalle gare, ai sensi delle vigenti disposizioni in materia, adottati dalle Amministrazioni aggiudicatrici, Enti aggiudicatori, ***** aggiudicatori e Stazioni appaltanti", nonché ogni riscontrata "falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e di qualificazione", ai fini di generale conoscenza e per l'eventuale irrogazione di sanzioni.

4.5. - A questo proposito, va osservato che la Determinazione n.1/08, precisa che "nei confronti dell'operatore economico escluso anche per aver fornito dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione alla procedura di affidamento verrà instaurato un procedimento in contraddittorio, al termine del quale sarà eventualmente comminata dall'Autorità la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 6, comma 11, del Codice".

La Società ricorrente lamenta appunto, col motivo n. 5, l'illegittimità del provvedimento, in parte qua, laddove, a titolo di sanzione, ha disposto - in violazione dell'art. 48 del D.Lg. 1643/06 - anche l'incameramento della cauzione provvisoria.

Per questa parte, il ricorso è fondato.

Dispone, infatti, l'art. 48, che "le Stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti ... 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'art. 6 comma 11". Il secondo comma procede affermando che "la richiesta di cui al comma 1 (cioè del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa) è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni".

La disposizione, quindi, prevede l'esclusione dalla gara e la sanzione accessoria dell'escussione della cauzione provvisoria, solo nel caso in cui i concorrenti (o l'aggiudicatario) non comprovino il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa; cioè in casi, per così dire, di falsità qualificata.

La norma, per il suo carattere sanzionatorio, è di stretta interpretazione e non può essere estesa ad altre ipotesi.

La sanzione per le (generiche) false dichiarazioni è contenuta invece nell'art. 6, comma 11, del D.Lg. 163/06, che commina - dopo un apposito procedimento attivato dall'Autorità - 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", la "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 la sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri".

Il Comune, in definitiva, per le false dichiarazioni in merito ai requisiti di partecipazione non poteva - come invece ha fatto - escutere la cauzione provvisoria, ma doveva limitarsi a segnalare la circostanza all'Autorità di Vigilanza.

Il ricorso quindi, nei termini suddetti, può essere accolto.

4. - Spese e competenze di causa possono essere totalmente compensate tra le parti, sussistendo giuste ragioni.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia ***** , definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie in parte, nei termini di cui in motivazione, e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato nella parte in cui dispone l'escussione della cauzione provvisoria.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 09/07/2008 con l'intervento dei Magistrati:

***** , Presidente

***** , Consigliere

***** , ***** , Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/08/2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

<https://www.diritto.it/per-false-dichiarazioni-generiche-non-e-legittima-l-escussione-della-cauzione-provvisoria-a-norma-dell-articolo-48-del-codice-dei-contratti-sulla-verifica-del-reale-possesso-dei-requisiti-di-ordine-sp/>