

Peraltro ciò rileva sotto il profilo della sanzione irrogabile, che, nel caso dell'art. 48, è triplice (esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di Vigilanza), mentre nel caso di irregolarità relative ai requ

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Peraltro ciò rileva sotto il profilo della sanzione irrogabile, che, nel caso dell'art. 48, è triplice (esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di Vigilanza), mentre nel caso di irregolarità relative ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 dello stesso corpus normativo è costituita solamente dall'esclusione dalla gara

I requisiti di ordine generale devono essere controllati a tutte le imprese concorrenti, e la loro mancanza comporta l'esclusione del concorrente dalla gara.

La verifica di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 ha ad oggetto i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, e non si estende anche ai requisiti di carattere generale

Deve ritenersi di per sé coerente con la ratio e la lettera del citato art. 38 del codice dei contratti pubblici che la presentazione di una dichiarazione non veritiera e reticente legittimi un giudizio di inaffidabilità ex se, giustificante l'esclusione dalla procedura di valutazione comparativa concorrenziale

L'A.T.I. controinteressata ha altresì proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione della ricorrente

principale alla procedura di gara, nell'assunto che doveva, invece, essere esclusa per il mancato possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006, chiedendo altresì che il Comune provveda, ai sensi dell'art. 48, comma 2, dello stesso codice dei contratti, al controllo del possesso dei requisiti di partecipazione autodichiarati dalla Ricorrente S.p.a.

Osserva in particolare che la società ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura aperta, in quanto dalla dichiarazione sostitutiva in data 6 agosto 2008, resa in sede di gara, è emerso che nel casellario informatico istituito presso l'Osservatorio dei Lavori Pubblici risulta iscritta l'annotazione secondo cui la Stazione appaltante Azienda Sanitaria Locale di Viterbo ha comunicato che l'impresa in questione si è resa responsabile di gravi inadempimenti contrattuali in relazione all'appalto dei lavori di completamento dell'ospedale di Belcolle e ciò ha comportato la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 119 del d.P.R. n. 554 del 1999; risulta altresì che avverso detto provvedimento è stata proposta domanda giudiziale dinanzi al Tribunale Ordinario di Viterbo; risulta altresì dall'autodichiarazione che, in ragione della suddetta annotazione, la Foligno Nuova S.p.a. ha escluso la società Ricorrente da altra procedura di gara, ed anche tale provvedimento risulta annotato; avverso tale ultima annotazione è stato presentato ricorso in data 3 luglio 2007 al T.A.R. per l'Umbria.

Allega i seguenti motivi di diritto :

4) Eccesso di potere per carenza di istruttoria; violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 anche in relazione all'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000.

L'autodichiarazione concernente la proposizione di un gravame giurisdizionale avverso l'annotazione inserita nel casellario in data 5 giugno 2007 dall'Autorità di Vigilanza su segnalazione della società Foligno Nuova attesta la non definitività del provvedimento dell'Autorità, lasciando intendere che il giudizio innanzi al T.A.R. dell'Umbria fosse ancora pendente alla data in cui la dichiarazione è stata resa (6 agosto 2008). In realtà, il ricorso in questione è stato trattato dal T.A.R. dell'Umbria all'udienza del 7 novembre 2007 e definito con sentenza 8 novembre 2007, n. 811, con cui il ricorso è stato dichiarato in parte inammissibile ed in parte respinto, con condanna della parte ricorrente al pagamento delle spese

legali; né risulta interposto appello avverso la sentenza.

Ciò comporta che l'autodichiarazione deve intendersi reticente e non veritiera, in quanto, al momento in cui è stata resa, il giudizio innanzi al T.A.R. non era più pendente, ma concluso da circa nove mesi; ciò avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara controversa della concorrente ai sensi e per gli effetti dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000.

La Commissione di gara nella seduta del 26 agosto 2008 non si è avveduta dell'autodichiarazione, che comunque evidenziava l'inaffidabilità professionale della concorrente.

Soprattutto il seggio di gara non ha verificato la non veridicità della dichiarazione in ordine alla pendenza del ricorso avverso l'annotazione di esclusione dalla gara da parte della società Foligno Nuova.

5) Eccesso di potere per carenza di istruttoria; violazione dell'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Neppure in sede di aggiudicazione definitiva il Comune di Trevi, pur avendone l'obbligo, ha accertato la causa di esclusione esistente in capo alla società Ricorrente, contravvenendo alla disposizione di cui all'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, che impone la verifica del possesso dei requisiti autodichiarati in sede di gara anche da parte della seconda classificata.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il ricorso incidentale è fondato nei termini che seguono.

Occorre riconoscere che la dichiarazione resa in data 6 agosto 2008 dalla Ricorrente S.p.a. ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (t.u. delle disposizioni in materia di documentazione amministrativa) presenta, con riguardo all'annotazione nel casellario informatico del 5 giugno 2007, concernente l'esclusione disposta dalla Foligno S.p.a., un contenuto obiettivamente reticente, ed in quanto tale non veridico sotto un profilo riconducibile comunque al requisito di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del codice dei contratti pubblici, laddove si limita ad affermare che avverso detta annotazione «è stato presentato in data 3 luglio 2007 ricorso innanzi al T.A.R. per l'Umbria-Perugia per ottenere l'annullamento».

Ed invero, alla data del 6 agosto 2008, era intervenuta, da quasi nove mesi, la sentenza 8 novembre 2007, n. 81 del T.A.R. Umbria, che ha ritenuto il ricorso inammissibile nella parte in cui gravava l'esclusione dalla gara disposta dall Foligno Nuova S.p.a., e lo ha respinto relativamente all'impugnativa dell'iscrizione nel casellario informatico, condannando la Ricorrente & ***** anche al pagamento delle spese di giudizio.

All'epoca della dichiarazione sostitutiva, dunque, non poteva più parlarsi di pendenza del processo, ovvero, sotto altro profilo, di un provvedimento di annotazione ad efficacia precaria od interinale; va precisato che la ditta Ricorrente, anche negli scritti difensivi, in questa sede, non allega di avere interposto appello, circostanza, peraltro, che avrebbe comunque dovuto essere dichiarata, in coerenza con il principio di autoresponsabilità, connesso alla possibilità di presentare dichiarazioni che hanno valore giuridico nei confronti dell'Amministrazione, né adombra la circostanza, di per sé assai poco probabile, di non essere stata a conoscenza dell'intervenuta pubblicazione della sentenza del Tribunale Amministrativo.

Ora, secondo un condiviso indirizzo giurisprudenziale, deve ritenersi di per sé coerente con la ratio e la lettera del citato art. 38 del codice dei contratti pubblici che la presentazione di una dichiarazione non veritiera e reticente legittimi un giudizio di inaffidabilità ex se, giustificante l'esclusione dalla procedura di valutazione comparativa concorrenziale (in termini Cons. Stato, Sez. VI, 11 agosto 2009, n. 4928).

Va considerato comunque che l'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, in tema di autocertificazione, dispone

che, ferma restando la responsabilità penale, qualora dal controllo «emerge la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera».

Il beneficio (da cui si decade) conseguente alla dichiarazione non veritiera è, chiaramente, nel caso di specie, l'ammissione alla gara (in termini T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 3 maggio 2010, n. 300; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 27 ottobre 2008, n. 1847).

Giova aggiungere che l'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 non lascia alcun margine di discrezionalità all'Amministrazione che si avveda della non veridicità delle dichiarazioni (T.A.R. Lombardia, Sez. II, 26 aprile 2006, n. 1054; Sez. I, 7 febbraio 2008, n. 299).

Si potrebbe obiettare che però, nel caso di specie, l'Amministrazione comunale non ha inteso provvedere all'esclusione della ricorrente principale. E' però possibile replicare, al riguardo, che secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, spetta al giudice amministrativo la verifica del rispetto, da parte dell'Amministrazione, dei canoni di legalità della sua azione, configurati dalla normativa che ne regola l'attività provvedimentale, e rientra, quindi, sicuramente nel suo ambito cognitivo l'accertamento dei presupposti che impongono l'adozione di determinati provvedimenti. Non si tratta, dunque, della sostituzione del giudice all'Amministrazione nel compimento delle valutazioni proprie della funzione amministrativa, quanto dell'ordinaria conduzione dell'indagine sulla legalità dell'azione amministrativa scrutinata, sotto il profilo della legittimità dell'omesso accertamento della veridicità delle dichiarazioni sostitutive presentate dalla Ricorrente S.p.a. (così Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2009, n. 1755; Sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4817).

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 509 del 10 novembre 2010 pronunciata dal Tar Umbria,
Perugia

N. 00509/2010 REG.SEN.

N. 00451/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 451 del 2009, proposto da:

Ditta Ricorrente & *****, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso l'avv. ***** in Perugia, via Baglioni, 10;

contro

Comune di Trevi, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. *****, presso il quale è elettivamente domiciliato in Perugia, via Bartolo n. 10;

nei confronti di

A.T.I. Controinteressata S.p.A.- Controinteressata due S.r.l., ciascuna in proprio e nella rispettiva veste in seno all'A.T.I., in persona del legale rappresentante della mandataria capogruppo ing. *****, rappresentata e difesa dall'avv. *****, presso la quale è elettivamente domiciliata in Perugia, via Bonazzi, 9;

per l'annullamento

a)- della nota del 06.11.2008, prot. n. 17974, con cui il Comune di Trevi comunica che, in seguito alla seduta pubblica del 13.10.2008, è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'ATI

Controinteressata s.p.a.-Controinteressata due s.r.l.;

b)- del verbale della Commissione di gara dell'18.08.2008; c)- del verbale della Commissione del 26.08.2008; d)- del verbale della Commissione del 11.09.2008; e)- del verbale della Commissione del 12.09.2008; f)- del verbale della Commissione del 15.09.2008; g)- del verbale della Commissione del 16.09.2008; h)- del verbale della Commissione del 17.09.2008; i)- del verbale della Commissione del 15.09.2008; i)- del verbale della Commissione del 18.09.2008; l)- del verbale della Commissione del 19.09.2008; m)- del verbale della Commissione del 25.09.2008; n)- del verbale della Commissione del 26.09.2008; o)- del verbale della Commissione del 13.10.2008 con cui è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'***** Controinteressata s.p.a.-Controinteressata due s.r.l.; p)- del verbale n. 1 della Commissione del 29.12.2008; q)- del verbale n. 2 della Commissione del 02.03.2009; r)- del verbale n.3 della Commissione del 08.06.2009;

s)- della determinazione del Comune di Trevi-Responsabile del Servizio n 66 del 10.6.2009, con cui i lavori oggetto della appalto vengono affidati definitivamente alla ATI Controinteressata S.p.a.-Cosmos-Controinteressata due s.r.l.;

t)- della nota del 13.07.2009, prot. n. 11053 con cui il Comune di Trevi comunica l'aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI Controinteressata s.p.a. - Controinteressata due s.r.l.;

u)- nonché di ogni altro atto presupposto, coordinato, dipendente, connesso e consequenziale, che, comunque, possa ledere gli interessi del ricorrente ed in particolare, per quanto occorra, del bando di gara di procedura concorsuale aperta, con il criterio dell'offerta più vantaggiosa per l'affidamento dei lavori di recupero di opere infrastrutturali e delle pavimentazioni colpite dal sisma del 26 settembre 1997 e, successivi, nell'ambito del P.I.R. per l'importo complessivo a base d'appalto di euro 6.670.025,91.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Trevi e dell'A.T.I. Controinteressata S.p.A.-Controinteressata due S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dall'A.T.I. Controinteressata S.p.a.-Controinteressata due S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione, in favore della controinteressata A.T.I. Controinteressata S.p.a.-Controinteressata due S.r.l., dell'appalto di lavori bandito dal Comune di Trevi per l'affidamento dei lavori di recupero di opere infrastrutturali e delle pavimentazioni colpite dal sisma del 26 settembre 1997, chiedendo altresì il risarcimento dei danni in forma specifica, od, in

subordine, per equivalente.

Premette che l'appalto è stato affidato all'esito di una procedura aperta, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cui hanno partecipato dodici imprese, e di essere risultata seconda graduata.

Deduce a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione degli artt. 83, 86, commi 2, 3 e 5, 87 del d.lgs. n. 163 del 2006; dell'art. 34 del d.P.R. n. 554 del 1999; eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà, omessa istruttoria, violazione della par condicio, illogicità manifesta; violazione del principio di imperatività del bando.

A seguito di accesso alla documentazione di gara la ricorrente contesta l'anomalia dell'offerta dell'A.T.I. controinteressata. In particolare, quest'ultima, nell'elaborato "Relazione su spese generali ed utile di impresa", ha dichiarato che le spese generali di gestione ammontano ad euro 247.511,78, pari al 6% del valore dell'offerta. Il ribasso offerto dall'A.T.I. è del 25,74%, sì che l'offerta ammonta ad euro 4.515.180,02; senonché, partendo dal valore dell'offerta al netto delle spese generali ed utile d'impresa, pari ad euro 4.125.196,28, aggiungendovi le spese generali dalla stessa dichiarate, pari ad euro 247.511,78, si arriva ad un importo totale di euro 4.620.219,84, che sfora quello offerto. Deve dunque ritenersi che l'incidenza delle spese generali è pari al 3,45%, aliquota di gran lunga inferiore alla soglia del 6%, dichiarata al solo scopo di restare nel limite imposto dalla lex specialis (pag. 20 del disciplinare).

Per quanto concerne l'utile d'impresa, il disciplinare individua la soglia limite al di sotto della quale l'offerta va rigettata come non affidabile nel 5%, mentre dalla dichiarazione dell'A.T.I. risulta addirittura un utile pari allo 0%, con una perdita di euro 336.050,81.

Ne consegue che già per quanto esposto l'offerta dell'A.T.I. Controinteressata-Controinteressata due doveva essere esclusa.

Inoltre il disciplinare di gara prevedeva la giustificazione e specifica dei valori offerti relativi ad una serie di voci di elenco prezzi unitari, aggiungendo che le giustificazioni debbano essere supportate da idonea documentazione.

L'offerta della controinteressata evidenzia incongruenze anche con riguardo a significative voci di prezzo, ed in specie per la voce NP 11 "pavimentazione in acciottolato" e per la NP 13 "pavimentazione in mattoni cotto"; il costo dei ciottoli è indicato in euro/mq 4,50, laddove nei preventivi dei fornitori prodotti dalla stessa A.T.I. è pari ad euro/mq. 13,20; con riferimento, poi, alla voce NP 13, il costo del mattone per questa lavorazione è pari ad euro/cad. 0,27, a fronte dell'importo di euro/cad. 0,45 previsto nelle schede di analisi di altre lavorazioni comprendenti analogo materiale.

Aggiungendo a quelle ora esposte ulteriori incongruenze, si determina una differenza rispetto all'offerta della controinteressata non giustificata di almeno euro 268.000,00, cui vanno aggiunti ulteriori euro 30.958,68 per le migliorie poposte con riguardo alla lavorazione della "soletta in calcestruzzo fibrorinforzata".

In sede di gara, la Stazione appaltante ha chiesto alla A.T.I. Controinteressata-Controinteressata due giustificazioni, relativamente alle incongruità predette, con la nota prot. n. 17974 del 14 novembre 2008.

L'A.T.I., con riferimento al prezzo NP 11 "pavimentazione in acciottolato", ha offerto un preventivo di euro/tn 44,00 (della Edilcalce S.r.l.) diverso da quello prodotto in sede di gara (rilasciato dalla Odorizi Porfidi S.r.l., e pari a euro/tn 80,00). Si tratta evidentemente non già di un giustificativo, ma di una vera e propria integrazione. Anche con riferimento alle altre voci la giustificazione prodotta è del tutto inattendibile.

Per quanto concerne, poi, le spese generali e l'utile di impresa, il disciplinare di gara ha previsto le aliquote minime, che sono rispettivamente del 6% e del 5%; l'A.T.I. controinteressata, su richiesta dell'Amministrazione, ha fornito una relazione che costituisce un mero espediente per supplire all'anomalia dell'offerta, mediante "correzione" dei valori indicati in sede di gara. Ciò dicasi con riguardo alle spese generali mediante impropria inclusione in tale categoria delle "migliorie" apportate al progetto, operazione che, oltre a violare l'art. 34 del d.P.R. n. 554 del 1999, comporta una modifica della composizione dell'offerta.

Deve altresì considerarsi che l'A.T.I. non ha comunque ottemperato alla richiesta dell'Amministrazione di cui alla nota prot. n. 1200 del 15 gennaio 2009 con cui si chiedeva di predisporre un quadro riepilogativo contenente il dettaglio degli importi offerti, del calcolo dell'utile di impresa e delle spese generali. Il quadro presentato dall'A.T.I. Controinteressata non riporta infatti il codice di ciascuna voce di elenco prezzi, né la relativa completa descrizione come da elenco prezzi posto a base di gara, risultando di non agevole lettura e talora contraddittorio. E' dunque illegittima, se non altro per violazione degli artt. 83, 86, commi 3 e 5, e 87 del d.lgs. n. 163 del 2006, la valutazione espressa dalla Commissione nel verbale n. 2 del 2 marzo 2009 concludendo nel senso che i chiarimenti presentati sono soddisfacenti.

Consentita, in sede di verifica dell'anomalia, è solo una integrazione delle giustificazioni già presentate, ma non uno sconvolgimento degli elementi costitutivi dell'offerta presentata; ciò si è invece verificato nel caso di specie, ove è stato consentito al concorrente di modificare i preventivi, sostituendo i fornitori ed addirittura l'offerta stessa, sia nella sua composizione, sia nel valore delle spese generali e degli interventi di miglioria, passati da euro 247.511,78 ad euro 230.366,328. A seguito della richiesta di chiarimenti l'A.T.I. controinteressata ha dunque riformulato le offerte originarie, con modifica contenutistica dei prezzi.

Deve sussistere un rapporto di specificazione tra le giustificazioni originarie e quelle successive presentate in contraddittorio, altrimenti subendo un vulnus il principio di parità di trattamento dei soggetti in gara per effetto di un'inammissibile dilatazione del tempo utile per la presentazione dell'offerta soltanto in favore di uno o più concorrenti.

2) Violazione degli artt. 83, 86, commi 2, 3 e 5, 87 del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà, omessa istruttoria, illogicità manifesta, travisamento.

Molte offerte dei fornitori presentate dall'A.T.I. Controinteressata non risultano vincolate alla durata dell'appalto (ad esempio, l'offerta ***** è valida sino al 31 luglio 2008, quella delle Fonderie Belli sino al 31 agosto 2008).

Si tratta di offerte che, ancora prima del provvedimento di aggiudicazione, hanno perso di efficacia, e devono dunque essere considerate tamquam non essent.

3) Violazione degli artt. 76, 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 87 del d.P.R. n. 554 del 1999; eccesso di potere per disparità di trattamento, erronea presupposizione, illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà, carenza di motivazione; violazione della lex specialis, violazione delle direttive tecniche.

Il disciplinare di gara, alla pag. 23, prevede che ai fini dell'attribuzione del punteggio per il "valore tecnico delle opere progettate" saranno valutate le migliori tecniche e/o tecnologiche proposte per l'aumento della qualità impiantistica delle reti di urbanizzazione e del materiale di finitura in rapporto alla carrabilità delle vie principali al fine di facilitare e/o allungare gli interventi di manutenzione; le migliori dovevano dunque riguardare esclusivamente le proposte per l'aumento della qualità in riferimento alla carrabilità per agevolare la manutenzione delle stesse.

Le migliori proposte dalla controinteressata non hanno, al contrario, nulla a che vedere con detto aspetto, riguardando percorsi tattili, illuminazione artistica, impianto di videosorveglianza che non comportano alcun miglioramento alla carrabilità, né incidono sulla manutenzione delle strade.

Inoltre la tipologia di pavimentazione "a calce" proposta dall'A.T.I. contrasta con le prescrizioni della

Soprintendenza recepite dalla relazione tecnico-illustrativa del progetto esecutivo a base di appalto.

L'offerta tecnica dell'A.T.I. Controinteressata-Controinteressata due non può pertanto ritenersi una miglioria a termini del bando e disciplinare di gara, bensì una variante non conforme a quanto richiesto dalla specifica voce del disciplinare ed al progetto esecutivo a base di gara.

Per tale valutazione l'A.T.I. aggiudicataria ha contraddittoriamente conseguito un punteggio pari a 19,59, vicino al massimo; la difformità dalle previsioni del disciplinare avrebbe dovuto comportare un punteggio pari a zero, con conseguente ricalcolo del punteggio complessivo, tale da determinare l'aggiudicazione in favore della Ricorrente S.p.a.

Si sono costituiti in giudizio l'A.T.I. Controinteressata S.p.a.-Controinteressata due S.r.l. ed il Comune di Trevi argomentatamente chiedendo la reiezione del ricorso (l'Amministrazione ne ha anche eccepito l'irricevibilità).

L'A.T.I. controinteressata ha altresì proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione della ricorrente principale alla procedura di gara, nell'assunto che doveva, invece, essere esclusa per il mancato possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006, chiedendo altresì che il Comune provveda, ai sensi dell'art. 48, comma 2, dello stesso codice dei contratti, al controllo del possesso dei requisiti di partecipazione autodichiarati dalla Ricorrente S.p.a.

Osserva in particolare che la società ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura aperta, in quanto dalla dichiarazione sostitutiva in data 6 agosto 2008, resa in sede di gara, è emerso che nel casellario informatico istituito presso l'Osservatorio dei Lavori Pubblici risulta iscritta l'annotazione secondo cui la Stazione appaltante Azienda Sanitaria Locale di Viterbo ha comunicato che l'impresa in questione si è resa responsabile di gravi inadempimenti contrattuali in relazione all'appalto dei lavori di completamento dell'ospedale di Belcolle e ciò ha comportato la risoluzione del contratto ai sensi dell'art.

119 del d.P.R. n. 554 del 1999; risulta altresì che avverso detto provvedimento è stata proposta domanda giudiziale dinanzi al Tribunale Ordinario di Viterbo; risulta altresì dall'autodichiarazione che, in ragione della suddetta annotazione, la Foligno Nuova S.p.a. ha escluso la società Ricorrente da altra procedura di gara, ed anche tale provvedimento risulta annotato; avverso tale ultima annotazione è stato presentato ricorso in data 3 luglio 2007 al T.A.R. per l'Umbria.

Allega i seguenti motivi di diritto :

4) Eccesso di potere per carenza di istruttoria; violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 anche in relazione all'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000.

L'autodichiarazione concernente la proposizione di un gravame giurisdizionale avverso l'annotazione inserita nel casellario in data 5 giugno 2007 dall'Autorità di Vigilanza su segnalazione della società Foligno Nuova attesta la non definitività del provvedimento dell'Autorità, lasciando intendere che il giudizio innanzi al T.A.R. dell'Umbria fosse ancora pendente alla data in cui la dichiarazione è stata resa (6 agosto 2008). In realtà, il ricorso in questione è stato trattato dal T.A.R. dell'Umbria all'udienza del 7 novembre 2007 e definito con sentenza 8 novembre 2007, n. 811, con cui il ricorso è stato dichiarato in parte inammissibile ed in parte respinto, con condanna della parte ricorrente al pagamento delle spese legali; né risulta interposto appello avverso la sentenza.

Ciò comporta che l'autodichiarazione deve intendersi reticente e non veritiera, in quanto, al momento in cui è stata resa, il giudizio innanzi al T.A.R. non era più pendente, ma concluso da circa nove mesi; ciò avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara controversa della concorrente ai sensi e per gli effetti dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000.

La Commissione di gara nella seduta del 26 agosto 2008 non si è avveduta dell'autodichiarazione, che comunque evidenziava l'inaffidabilità professionale della concorrente.

Soprattutto il seggio di gara non ha verificato la non veridicità della dichiarazione in ordine alla pendenza del ricorso avverso l'annotazione di esclusione dalla gara da parte della società Foligno Nuova.

5) Eccesso di potere per carenza di istruttoria; violazione dell'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Neppure in sede di aggiudicazione definitiva il Comune di Trevi, pur avendone l'obbligo, ha accertato la causa di esclusione esistente in capo alla società Ricorrente, contravvenendo alla disposizione di cui all'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, che impone la verifica del possesso dei requisiti autodichiarati in sede di gara anche da parte della seconda classificata.

All'udienza del 3 novembre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Per motivi di ordine processuale può essere, secondo l'insegnamento di Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11, preliminarmente esaminato il ricorso incidentale proposto dall'A.T.I. Controinteressata-Controinteressata due avverso l'ammissione alla gara della Ricorrente S.p.a., assumendo il medesimo valenza pregiudiziale rispetto a quello principale per il suo carattere "paralizzante".

2. - Deve essere anzitutto disattesa l'eccezione di irricevibilità del ricorso incidentale, svolta dalla ditta Ricorrente nell'assunto che anche alla notificazione del medesimo si applichi la dimidiazione dei termini prevista dall'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971.

Ed invero, ai sensi dell'art. 37 del r.d. n. 1054 del 1924, richiamato per i processi dinanzi al T.A.R. dall'art.

22 della legge n. 1034 del 1971, il termine per la proposizione del gravame incidentale è di trenta giorni dallo scadere del termine normativamente fissato per il deposito del ricorso principale, e quindi, nelle controversie sottoposte allo speciale procedimento previsto dall'art. 23 bis della legge T.A.R., il termine complessivo è di quarantacinque giorni dalla notifica del ricorso principale (dovendosi sommare i 15 giorni per il deposito del ricorso principale ai trenta giorni previsti dall'art. 37 del t.u.C.S.).

Il ricorso principale è stato notificato alla controinteressata-ricorrente incidentale il 28 ottobre 2009; il termine per il deposito scadeva dunque il 12 novembre, con la conseguenza che il ricorso incidentale, notificato in data 11 dicembre 2009, deve ritenersi tempestivo.

Vale solamente la pena di precisare come, secondo il costante insegnamento giurisprudenziale formatosi prima dell'entrata in vigore del c.p.a., la deroga alla dimidiazione del termine per la proposizione del ricorso, prevista dall'art. 23 bis della legge T.A.R., si applica anche alla notifica del ricorso incidentale (Cons. Stato, Sez. V, 21 settembre 2005, n. 4940; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 19 gennaio 2006, n. 153; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 ottobre 2008, n. 8825; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 11 giugno 2010, n. 1795).

3. - Procedendo dunque all'esame del merito, con il primo motivo viene dedotto l'eccesso di potere, nonché la violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 in relazione all'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, contestandosi, oltre che l'inaffidabilità professionale della Ricorrente S.p.a., il carattere reticente e non veritiero della dichiarazione sostitutiva dalla medesima resa il 6 agosto 2008 con riferimento all'annotazione inserita dall'A.V.C.P. nel casellario informatico delle imprese in data 5 giugno 2007 (a seguito della segnalazione del provvedimento di esclusione adottato dalla Foligno S.p.a.), avverso la quale viene attestata la proposizione (e dunque la pendenza) di un ricorso dinanzi al T.A.R. per l'Umbria, mentre invece detto ricorso si era già concluso con sentenza 8 novembre 2007, n. 811, sfavorevole alla dichiarante; ciò avrebbe dovuto comportare l'esclusione della società Ricorrente dalla gara.

Con il secondo motivo, che può essere trattato congiuntamente al primo per connessione tematica, si

lamentata poi come tale inveritiera dichiarazione non sia stata accertata, in violazione dell'art. 48, comma 2, del codice dei contratti pubblici, neppure alla conclusione delle operazioni di gara, in sede di controllo sul possesso dei requisiti, concernente l'aggiudicatario ed anche il concorrente risultato secondo graduato.

Il ricorso incidentale è fondato nei termini che seguono.

Occorre riconoscere che la dichiarazione resa in data 6 agosto 2008 dalla Ricorrente S.p.a. ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (t.u. delle disposizioni in materia di documentazione amministrativa) presenta, con riguardo all'annotazione nel casellario informatico del 5 giugno 2007, concernente l'esclusione disposta dalla Foligno S.p.a., un contenuto obiettivamente reticente, ed in quanto tale non veridico sotto un profilo riconducibile comunque al requisito di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del codice dei contratti pubblici, laddove si limita ad affermare che avverso detta annotazione «è stato presentato in data 3 luglio 2007 ricorso innanzi al T.A.R. per l'Umbria-Perugia per ottenere l'annullamento».

Ed invero, alla data del 6 agosto 2008, era intervenuta, da quasi nove mesi, la sentenza 8 novembre 2007, n. 81 del T.A.R. Umbria, che ha ritenuto il ricorso inammissibile nella parte in cui gravava l'esclusione dalla gara disposta dall Foligno Nuova S.p.a., e lo ha respinto relativamente all'impugnativa dell'iscrizione nel casellario informatico, condannando la Ricorrente & ***** anche al pagamento delle spese di giudizio.

All'epoca della dichiarazione sostitutiva, dunque, non poteva più parlarsi di pendenza del processo, ovvero, sotto altro profilo, di un provvedimento di annotazione ad efficacia precaria od interinale; va precisato che la ditta Ricorrente, anche negli scritti difensivi, in questa sede, non allega di avere interposto appello, circostanza, peraltro, che avrebbe comunque dovuto essere dichiarata, in coerenza con il principio di autoresponsabilità, connesso alla possibilità di presentare dichiarazioni che hanno valore

giuridico nei confronti dell'Amministrazione, né adombra la circostanza, di per sé assai poco probabile, di non essere stata a conoscenza dell'intervenuta pubblicazione della sentenza del Tribunale Amministrativo.

Ora, secondo un condiviso indirizzo giurisprudenziale, deve ritenersi di per sé coerente con la ratio e la lettera del citato art. 38 del codice dei contratti pubblici che la presentazione di una dichiarazione non veritiera e reticente legittimi un giudizio di inaffidabilità ex se, giustificante l'esclusione dalla procedura di valutazione comparativa concorrenziale (in termini Cons. Stato, Sez. VI, 11 agosto 2009, n. 4928).

Va considerato comunque che l'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, in tema di autocertificazione, dispone che, ferma restando la responsabilità penale, qualora dal controllo «emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera».

Il beneficio (da cui si decade) conseguente alla dichiarazione non veritiera è, chiaramente, nel caso di specie, l'ammissione alla gara (in termini T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 3 maggio 2010, n. 300; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 27 ottobre 2008, n. 1847).

Giova aggiungere che l'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 non lascia alcun margine di discrezionalità all'Amministrazione che si avveda della non veridicità delle dichiarazioni (T.A.R. Lombardia, Sez. II, 26 aprile 2006, n. 1054; Sez. I, 7 febbraio 2008, n. 299).

Si potrebbe obiettare che però, nel caso di specie, l'Amministrazione comunale non ha inteso provvedere all'esclusione della ricorrente principale. E' però possibile replicare, al riguardo, che secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, spetta al giudice amministrativo la verifica del rispetto, da parte dell'Amministrazione, dei canoni di legalità della sua azione, configurati dalla normativa che ne regola l'attività provvedimentale, e rientra, quindi, sicuramente nel suo ambito cognitivo l'accertamento dei presupposti che impongono l'adozione di determinati provvedimenti. Non si tratta, dunque, della

sostituzione del giudice all'Amministrazione nel compimento delle valutazioni proprie della funzione amministrativa, quanto dell'ordinaria conduzione dell'indagine sulla legalità dell'azione amministrativa scrutinata, sotto il profilo della legittimità dell'omesso accertamento della veridicità delle dichiarazioni sostitutive presentate dalla Ricorrente S.p.a. (così Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2009, n. 1755; Sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4817).

Secondo quanto esposto, i requisiti di ordine generale devono essere controllati a tutte le imprese concorrenti, e la loro mancanza comporta l'esclusione del concorrente dalla gara.

Il che è quanto basta ai fini del decidere, pur dovendosi precisare, con riferimento a quanto dedotto con il secondo mezzo di gravame incidentale, che la verifica di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 ha ad oggetto i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, e non si estende anche ai requisiti di carattere generale (così T.A.R. Valle d'Aosta, 10 marzo 2010, n. 21; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 21 dicembre 2009, n. 3699).

Peraltro ciò rileva sotto il profilo della sanzione irrogabile, che, nel caso dell'art. 48, è triplice (esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di Vigilanza), mentre nel caso di irregolarità relative ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 dello stesso corpus normativo è costituita solamente dall'esclusione dalla gara.

4. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso incidentale va accolto, con la conseguenza che il ricorso principale deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione, in quanto l'impresa ricorrente principale, la quale ha presentato l'offerta che doveva essere esclusa, non può più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non può dunque trarre alcuna utilità dal presente giudizio.

La complessità e poliedricità delle questioni trattate giustifica comunque la compensazione tra tutte le

parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso incidentale, e, per l'effetto, dichiara improcedibile il ricorso principale.

Compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

***** , Presidente FF

***** , Consigliere

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

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/11/2010

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/peraltro-cio-rileva-sotto-il-profilo-della-sanzione-irrogabile-che-nel-caso-dell-art-48-e-triplice-esclusione-dalla-gara-escussione-della-cauzione-provvisoria-segnalazione-all-autorita-di-vigil/>