

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28916-vanno-annullati-gli-atti-strettamente-conseguenti-nei-limiti-dell-interesse-dei-ricorrenti-e-segnatamente-a-la-segnalazione-all-autorit-di-vigilanza-b-l-incameramento-della-cauzione-c-l-iscrizion>

Autore: Lazzini Sonia

Vanno annullati gli atti strettamente conseguenti, nei limiti dell'interesse dei ricorrenti, e, segnatamente: a) la segnalazione all'Autorità di vigilanza; b) l'incameramento della cauzione; c) l'iscrizione nel casellario informatico.

C.St. 04.08.2009 n. 4906_bis

Vanno annullati gli atti strettamente conseguenti, nei limiti dell'interesse dei ricorrenti, e, segnatamente:

- a) la segnalazione all'Autorità di vigilanza;
- b) l'incameramento della cauzione;
- c) l'iscrizione nel casellario informatico.

La caducazione di tali atti, quale diretta conseguenza dell'annullamento del provvedimento di esclusione, non comporta tuttavia l'assorbimento dei motivi di ricorso rivolti autonomamente contro tali atti, e segnatamente dei motivi di ricorso sui presupposti per incamerare la cauzione provvisoria, sulle garanzie partecipative quanto al procedimento di iscrizione nel casellario informatico, sulla sussistenza del potere dell'Autorità di vigilanza di attivare il casellario informatico per servizi e forniture nelle more dell'adozione del regolamento di esecuzione e attuazione del codice appalti. Infatti l'assorbimento è consentito solo se non vi sia un oggettivo interesse della parte all'esame e alla decisione delle censure residue e autonome, mentre è precluso in relazione ai motivi il cui accoglimento avrebbe per l'interessato portata maggiormente soddisfattiva.

Invero il c.d. assorbimento dei motivi è da stigmatizzare, anche nei casi di accoglimento del ricorso, perché è interesse del ricorrente avere una compiuta disamina della questione sotto tutti i profili prospettati, anche ai fini del successivo giudizio di ottemperanza ovvero della tutela risarcitoria, e, segnatamente, avere una compiuta disamina dei motivi maggiormente soddisfatti.

La giurisprudenza ha affermato che i principi di effettività e completezza della tutela impongono di valorizzare il ruolo della domanda dell'interessato, riducendo la pronuncia di assorbimento dei motivi ai soli casi - in realtà del tutto marginali - in cui sussista un rapporto di chiara continenza, pregiudizialità logica, o implicazione, tra la censura accolta e quella non esaminata: si pensi alle ipotesi in cui il giudice accoglie il motivo riguardante l'omessa motivazione e, contestualmente, dichiara assorbita la censura di insufficiente motivazione.

Tale conclusione, strettamente collegata al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, espresso dall'art. 112, c.p.c., con disposizione avente il valore di principio generale di ogni processo, diventa inevitabile in un contesto sistematico diretto ad assicurare il più intenso e integrale accertamento del rapporto amministrativo controverso, in relazione ai profili ritualmente prospettati dalle parti interessate, anche per evitare lunghi e defatiganti contenziosi diretti a riproporre le stesse domande in seguito al rinnovo del provvedimento, affetto dagli stessi vizi non esaminati dal giudice (Cons. giust. sic., 22 aprile 2009 n. 299).

Vanno pertanto esaminati i motivi con cui sono dedotte censure autonome contro gli atti consequenziali di incameramento della cauzione e iscrizione nel casellario informatico, il cui accoglimento avrebbe portata più soddisfacente dell'annullamento per invalidità derivata, sia sotto il profilo della futura riedizione del potere, sia sotto il profilo della tutela risarcitoria.

In dettaglio, la Sezione osserva, quanto alla censura circa l'ambito oggettivo della segnalazione all'Autorità di vigilanza, che la segnalazione all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine generale (secondo quanto più volte statuito da questo Consesso: Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2004 n. 5792; Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2007 n. 554). Pertanto la censura di illegittimità dell'atto di segnalazione perché avente ad oggetto una esclusione per difetto di requisiti generali, è infondata, fermo restando il suo annullamento per invalidità derivata.

Quanto alla censura avente ad oggetto l'incameramento della cauzione provvisoria, con cui si deduce che essa non può essere introitata in caso di difetto dei requisiti generali, ma solo in caso di mancata stipulazione del contratto o di difetto dei requisiti speciali, il Collegio osserva che, a prescindere da ogni questione sulla natura e funzione della cauzione provvisoria, e sulla possibilità di suo incameramento al di fuori dei casi espressamente previsti, nella specie la possibilità di incamerare la cauzione discende direttamente dall'art. 75, co. 6, d.lgs. n. 163/2006, a tenore del quale detta cauzione copre <<la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario>>. Il fatto dell'affidatario è qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali. La censura è pertanto infondata, fermo restando l'annullamento dell'atto di incameramento della cauzione per invalidità derivata.

Non è stata invece chiesta, e comunque il Collegio non avrebbe giurisdizione a pronunciarsi, la caducazione dell'eventuale contratto nel frattempo stipulato con la nuova aggiudicataria.

11.11. L'appellante non ha formulato domanda di risarcimento del danno. La domanda di risarcimento del danno non può essere accolta perché formulata del tutto genericamente e del tutto sfornita di prova. Inoltre di risarcimento del danno potrà farsi questione solo all'esito delle nuove determinazioni dell'amministrazione. Pertanto la domanda è inammissibile

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 4906 del 4 agosto 2009, emessa dal Consiglio di Stato



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi:

1) n. 8522/2008 proposto da La Ricorrente s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giacomo Valla ed elettivamente domiciliata presso il dott. Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria n. 2;

contro

Acquedotto Pugliese s.p.a., in persona del rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Nardelli e dall'avv. Ernesto Mocci, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, via Germanico n. 146;

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del Presidente in carica, non costituita nel presente appello;

I.N.P.S., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Caliulo, Antonietta Coretti, Lelio Maritato, Antonino Sgroi, ed elettivamente domiciliato in Roma, via della Frezza, n. 17;

e nei confronti di

Consorzio fra Controinteressata – CONTROINTERESSATA, in persona del legale rappresentante in carica, (in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con le imprese Conte Antonio e Italcappa cooperativa sociale s.c.r.l.), non costituito in appello;

2) n. 10267/2008, proposto da RICORRENTE DUE AGUA S.A. (già Ricorrente due S.A.), in persona del legale rappresentante in carica (in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con le società: La Ricorrente s.p.a.; Ricorrente tre Metano s.r.l.; Ricorrente quattro s.r.l.; Ricorrente

cinque s.r.l.), rappresentata e difesa dall'avv. Sante Nardelli e dall'avv. Giovanni Vittorio Nardelli, ed elettivamente domiciliata presso il dott. Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria n. 2;

contro

Acquedotto Pugliese s.p.a., in persona del rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Nardelli e dall'avv. Ernesto Mocci, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, via Germanico n. 146;

I.N.P.S., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Caliulo, Antonietta Coretti, Lelio Maritato, Antonino Sgroi, ed elettivamente domiciliato in Roma, via della Frezza, n. 17;

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui per legge domicilia, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

e nei confronti di

Consorzio fra Controinteressata – CONTROINTERESSATA, in persona del legale rappresentante in carica, (in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con le imprese Conte Antonio e Italcappa cooperativa sociale s.c.r.l.), non costituito in appello;

entrambi per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Puglia – Bari, sez. I, 3 luglio 2008 n. 1623.

Visti i ricorsi in appello;

visti gli atti di costituzione in giudizio in epigrafe precisati;

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

visti gli atti tutti di causa;

relatore alla pubblica udienza del 16 giugno 2009 il consigliere Rosanna De Nictolis;

uditi gli avvocati Giacomo Valla e Giovanni Vittorio Nardelli per le parti appellanti, l'avv. Giovanni Nardelli e l'avv. Mocci per l'Acquedotto Pugliese, l'avv. dello Stato Vitale per l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Il procedimento amministrativo.

1.1. L'Acquedotto Pugliese s.p.a. (in sigla A.Q.P., con bando comunitario in data 4 luglio 2006 indiceva una gara d'appalto con procedura ristretta per l'affidamento del servizio di custodia, conduzione e ispezione, compresa l'attività di pronto intervento, pulizia e sanificazione delle opere fognarie, nonché dei lavori di manutenzione ordinaria delle reti idriche, ubicate negli abitati dell'Ambito 7 (Comuni di Adelfia, Alberobello, Capurso, Casamassima, Castellana Grotte, Cellamare, Conversano, Locorotondo Mola di Bari, Monopoli, Noci, Noicattaro, Polignano a Mare, Putignano, Rutigliano, Triggiano, Turi, Valenzano), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con importo a base d'asta pari a euro 13.105.714,04.

1.2. Con provvedimento del 7 dicembre 2006 la gara veniva aggiudicata all'a.t.i. capeggiata dalla Costruzioni RUTA s.r.l. mentre seconda graduata risultava l'a.t.i. capeggiata dalla società D'Controinteressata due rag. Francesco Costruzione s.r.l., terza classificata era l'a.t.i. capeggiata dalla Ricorrente due s.a. (ora Ricorrente due Agua s.a.), e quarta classificata l'a.t.i. capeggiata da Controinteressata.

1.3. A seguito delle rituali verifiche sul possesso dei requisiti dichiarati dalle imprese aggiudicatrici, la stazione appaltante disponeva l'esclusione dalla gara dell'a.t.i. Costruzioni RUTA s.r.l. ed annullava in autotutela l'aggiudicazione già disposta in favore della stessa.

1.4. L'appalto veniva quindi aggiudicato all'a.t.i. seconda classificata, capeggiata dalla società D'Controinteressata due rag. Francesco Costruzione s.r.l., con provvedimento del 10 maggio

2007. In prosieguo anche questa a.t.i. veniva esclusa, con conseguente aggiudicazione alla terza classificata, l'a.t.i. Controinteressata tre, odierna appellante.

1.5. Tuttavia, anche nei confronti di quest'ultima veniva successivamente disposta l'esclusione dalla gara. La stazione appaltante infatti riscontrava difformità tra il contenuto delle dichiarazioni presentate, nella fase di prequalificazione, dalle mandanti Ricorrente tre Metano s.r.l. e La Ricorrente s.p.a., circa l'insussistenza delle cause di esclusione dalle gare d'appalto di cui all'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, e le informazioni provenienti dagli enti previdenziali e ricavabili dai casellari giudiziari dei rispettivi amministratori e direttori tecnici.

1.6. Pertanto, con provvedimento del 13 luglio 2007, veniva disposta l'esclusione dalla gara dell'a.t.i. Ricorrente due s.a., accompagnata dall'incameramento della cauzione provvisoria e dalla segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

1.7. Con provvedimento del 7 settembre 2007 la gara veniva pertanto aggiudicata alla quarta classificata, l'a.t.i. capeggiata da Controinteressata.

1.8. Con determinazione del 3 marzo 2008 comunicata alle ricorrenti La Ricorrente s.p.a. e Ricorrente tre Metano s.r.l., l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici disponeva l'annotazione, nel casellario informatico degli operatori economici, del provvedimento di esclusione e la conseguente applicazione della sospensione di un anno (ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. h), d.lgs. n. 163/2006) con decorrenza dal 27 settembre 2007.

2. I ricorsi di primo grado.

2.1. In primo grado venivano proposti tre distinti ricorsi, rispettivamente da Ricorrente due Agua s.a., La Ricorrente s.p.a. e Ricorrente tre Metano s.r.l.

2.2. Ricorrente due Agua impugnava:

a) il provvedimento del 13 luglio 2007 con cui A.Q.P. ha disposto l'esclusione dell'a.t.i. da essa capeggiata, ha annullato la precedente aggiudicazione definitiva in suo favore e ha disposto l'incameramento della cauzione provvisoria;

b) l'atto datato 16 luglio 2007 con cui è stato comunicato il provvedimento di esclusione;

c) gli atti e provvedimenti presupposti ivi compresa la nota del 28 giugno 2007 a firma del r.u.p., il parere dell'unità tecnico giuridica di A.Q.P. del 25 giugno 2007, la nota del 3 luglio 2007 recante avviso di avvio del procedimento, la nota del 12 luglio 2007 della citata unità tutela giuridica, la nota A.Q.P. del 9 agosto 2007;

d) il d.u.r.c. datato 11 maggio 2007 e le note INPS del 20 giugno 2007 in cui si afferma che la società Ricorrente s.p.a. alle date del 3 agosto 2006 e del 18 ottobre 2006 non può essere considerata regolare in relazione agli obblighi contributivi previdenziali e assistenziali;

e) la determinazione con cui A.Q.P., ha aggiudicato l'appalto a Controinteressata;

f) non veniva formulata richiesta di risarcimento del danno.

2.3. A sua volta La Ricorrente s.p.a. impugnava

a) il provvedimento di esclusione e gli atti presupposti, nonché ove occorra i d.u.r.c. e le note INPS ma non anche l'atto di aggiudicazione in favore di Controinteressata;

b) con successivi motivi aggiunti, contestava la nota di comunicazione del provvedimento di esclusione all'Autorità di vigilanza, e la conseguente determinazione del 3 marzo 2008 dell'Autorità, recante iscrizione nel casellario informatico del provvedimento di esclusione dalla gara, con la conseguente esclusione dalle gare di appalto per la durata di un anno con decorrenza dal 27 settembre 2007; nonché la determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 1/2008 recante istituzione del casellario informatico per servizi e forniture;

c) chiedeva altresì il risarcimento del danno, senza peraltro fornire deduzioni e elementi di prova in ordine al danno subito.

2.4. Non interessa in questa sede il contenuto del ricorso di primo grado proposto da Ricorrente tre Metano s.r.l. che non ha proposto appello.

2.5. Con le censure dei ricorsi e motivi aggiunti di primo grado si lamentava, in sintesi, che:

a) in base al tenore letterale del bando i concorrenti sarebbero stati tenuti a dichiarare solo le condanne penali per gravi reati incidenti sulla moralità professionale, e le gravi violazioni, definitivamente accertate, in materia di contributi previdenziali e assistenziali, e non qualsivoglia condanna penale o violazione previdenziale;

b) pertanto in caso di omessa dichiarazione di reati non gravi o violazioni contributive non gravi, non si configurerebbe una autonoma causa di esclusione;

c) nella specie non vi sarebbero né condanne penali per reati gravi, né gravi violazioni contributive definitivamente accertate;

d) in ogni caso non avrebbe potuto essere incamerata la cauzione provvisoria, stante la tassatività dei casi di incameramento (artt. 75 e 48 codice appalti), e la impossibilità di incameramento in caso di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale;

e) il procedimento di segnalazione e iscrizione nel casellario informatico del provvedimento di esclusione, si sarebbe svolto senza le garanzie di partecipazione di cui alla l. n. 241/1990;

f) trattandosi di appalto di servizi, il provvedimento di esclusione non avrebbe potuto essere iscritto nel casellario informatico; quest'ultimo, all'epoca dei fatti, era previsto solo per i lavori e non per i servizi e le forniture (ai sensi del d.P.R. n. 34/2000); la disciplina del casellario per servizi e forniture sarebbe quiescente fino all'entrata in vigore del regolamento generale di esecuzione del codice appalti, ancora in itinere; illegittimamente e senza potere, pertanto, l'Autorità di vigilanza, con la delibera n. 1/2008, avrebbe anticipato, rispetto al nuovo e futuro regolamento suddetto, l'istituzione del casellario informatico per servizi e forniture;

g) sarebbe illegittima la decorrenza della sanzione dell'esclusione dalle gare di appalto per un anno, fissata dall'Autorità nel 27 settembre 2007, data di acquisizione dell'informativa, anziché nella data in cui la falsa dichiarazione è stata resa.

3. Le statuizioni della sentenza di primo grado.

Il Tar adito, con la sentenza in epigrafe, riuniti i ricorsi:

a) ha dato atto che in corso di causa A.Q.P. ha adottato un provvedimento in autotutela, datato 18 aprile 2008, con cui ha espunto dalle cause di esclusione dell'a.t.i. le condanne penali nei confronti dell'amministratore di Ricorrente tre Metano s.r.l.;

b) non si è pronunciato sul motivo di ricorso con cui si contesta l'esclusione per condanna penale nei confronti del sig. Volpe, amministratore de La Ricorrente s.p.a.;

c) ha respinto le censure che contestano l'esclusione per asserite false dichiarazioni in ordine alla regolarità contributiva, ritenendo che, se è vero che costituiscono causa di esclusione solo le violazioni gravi e definitivamente accertate in materia di contributi previdenziali e assistenziali (art. 38, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 163/2006), e non qualsivoglia irregolarità risultante dal d.u.r.c., tuttavia la valutazione di gravità o meno compete alla stazione appaltante; pertanto, il concorrente è tenuto a dichiarare tutte le violazioni, a prescindere dalla loro gravità, e, in difetto, pone in essere una falsa dichiarazione che è autonoma causa di esclusione dalla gara;

d) ha dichiarato inammissibile la contestazione in ordine all'atto di segnalazione all'Autorità di vigilanza, inteso quale atto endoprocedimentale del procedimento di iscrizione nel casellario informatico;

e) ha respinto le censure in relazione all'incameramento della cauzione provvisoria, affermando che la cauzione, oltre alla tradizionale funzione di garantire l'amministrazione quando l'aggiudicatario non stipuli il contratto, avrebbe assunto l'ulteriore funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alla gara;

f) ha respinto le censure in ordine alla violazione delle regole partecipative quanto al procedimento di iscrizione del provvedimento di esclusione nel casellario informatico, affermando che essendo l'iscrizione un atto dovuto, meramente esecutivo e non provvedimento, non si applicherebbero le garanzie partecipative di cui alla l. n. 241/1990;

g) ha respinto le censure volte all'annullamento della delibera n. 1/2008 dell'Autorità di vigilanza che ha istituito il casellario informatico per servizi e forniture, ritenendo che ne avesse il potere, nelle more del nuovo regolamento di attuazione del d.lgs. n. 163/2006;

h) ha accolto la censura relativa alla data di decorrenza della sanzione dell'esclusione dalle gare per un anno;

i) ha respinto conseguentemente la domanda risarcitoria, dando atto anche della sua formulazione generica.

4. Gli appelli.

La sentenza risulta appellata solo da due delle tre originarie ricorrenti in primo grado.

Non risultano proposti appelli incidentali.

I due appelli principali risultano tempestivamente e ritualmente notificati e depositati.

Entrambi gli appelli ripropongono le censure dei ricorsi di primo grado, anche, tuzioristicamente, quelle assorbite dal Tar, e muovono motivate censure alla sentenza.

5. Riunione degli appelli.

Essi devono essere riuniti perché proposti avverso la medesima sentenza e perché sollevano, in parte, le medesime questioni.

6. Questioni sulla dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale.

Il contenuto formale di tale dichiarazione secondo la legge di gara.

6.1. La principale questione, pregiudiziale a tutte le altre, sollevata con gli appelli, è quella della portata delle cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006.

Si assume, infatti, che nella specie il bando richiedeva una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui al citato art. 38, parafrasandone la portata. Pertanto, correttamente le ricorrenti hanno dichiarato di non avere condanne penali per reati gravi (art. 38, co.

1, lett. c), e di non aver commesso gravi violazioni, definitivamente accertate, in materia contributiva (art. 38, co. 1, lett. i).

Dalla documentazione successivamente acquisita, vale a dire i certificati penali e i d.u.r.c. non sarebbero affatto emerse né condanne penali per reati gravi, né violazioni previdenziali gravi, definitivamente accertate.

Pertanto, non sussisterebbero le cause di esclusione menzionate, e la dichiarazione resa non sarebbe falsa e come tale presupposto per una autonoma causa di esclusione.

7. Il mezzo è fondato per quanto di ragione.

7.1. L'art. 38, d.lgs. n. 163/2006 menziona i c.d. requisiti di ordine morale, aventi carattere generale, nel senso che devono essere posseduti da tutti i concorrenti in qualsivoglia gara di appalto.

Essi differiscono dai requisiti c.d. speciali, che riguardano non il profilo <<morale>>, ma la capacità tecnico-professionale o economico-finanziaria, e che variano a seconda del tipo di appalto e di oggetto della prestazione.

La mancanza dei requisiti generali si traduce in altrettante cause di esclusione.

L'art. 38 elenca da un lato requisiti (e conseguenti cause di esclusione) il cui accertamento è <<oggettivo>>, e non implica valutazione alcuna, ad es. il fallimento, la pendenza di un procedimento di prevenzione, e dall'altro lato requisiti (e conseguenti cause di esclusione), il cui accertamento implica una valutazione da parte della stazione appaltante: ad es. la condanna per reati <<gravi>> incidenti sulla <<moralità professionale>>, la <<grave negligenza>> nell'esecuzione di precedenti contratti, le violazioni <<gravi>> in materia previdenziale.

7.2. In relazione ai requisiti per i quali occorre compiere non un accertamento vincolato, ma una valutazione, si pone la questione, che ha avuto finora soluzione non univoca, di come debba essere formulata la dichiarazione del concorrente, in ordine al possesso dei requisiti.

Su come vada formulata la dichiarazione, non può tuttavia disquisirsi in astratto, in quanto occorre avere riguardo alla legge speciale di gara (bando e disciplinare), e dunque verificare quale contenuto il bando attribuisce a tale dichiarazione.

Non di rado i bandi richiedono, genericamente, che il concorrente dichiari di non trovarsi in una delle situazioni che sono causa di esclusione ai sensi dell'art. 38, codice.

Ora, l'art. 38, considera causa di esclusione l'aver riportato condanna penale per <<reati gravi>> incidenti sulla moralità professionale; ovvero l'aver commesso violazioni <<gravi>> alle norme in materia di contributi previdenziali o assistenziali.

La valutazione di <<gravità>> implica un apprezzamento che può essere compiuto diversamente dal concorrente e dalla stazione appaltante.

Sicché, se il bando indica genericamente di dichiarare l'insussistenza di una causa di esclusione, esso, di fatto, legittima il concorrente che abbia riportato condanne penali, o commesso violazioni in materia contributiva, a compiere una valutazione di gravità/non gravità.

7.3. Si pone pertanto la questione se possa considerarsi <<falsa>> una dichiarazione del concorrente, con cui si afferma di non aver riportato condanne per gravi reati incidenti sulla moralità professionale, ovvero di non aver commesso gravi violazioni in materia contributiva, laddove sussistano condanne o violazioni in materia contributiva, ma esse si prestino a una valutazione opinabile di gravità/non gravità.

Un orientamento di questo Consesso, che il Collegio condivide e fa proprio, ha ritenuto che laddove il bando richiede genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione dell'art. 38, codice, esso giustifica una valutazione di gravità/non gravità compiuta dal concorrente, sicché il concorrente non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive; andrà escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni contributive siano gravi e definitivamente accertate.

La dichiarazione del concorrente, in tale caso, non può essere ritenuta <<falsa>> (Cons. St.,

sez. V, 8 settembre 2008 n. 4244; Cons. St., sez. V, 7 ottobre 2008 n. 4897; Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007 n. 945, che osserva testualmente che ove il bando richieda genericamente una dichiarazione circa la insussistenza delle cause di esclusione legali, il bando di fatto demanda <<al singolo concorrente il giudizio circa l'incidenza sull'affidabilità morale e professionale di eventuali reati dal medesimo commessi>> sicché <<è da escludere che possa qualificarsi falsa dichiarazione una valutazione soggettiva del concorrente stesso (la quale potrà tutt'al più non essere condivisa, ma giammai potrà essere ritenuta falsa, e cioè non corrispondente ad un dato oggettivamente riscontrabile). Diversa sarebbe stata la situazione se fosse stato imposto al concorrente di dichiarare tutti i reati per i quali fossero intervenute sentenze di condanna passate in giudicato o applicazione della pena a richiesta ex art. 444 del codice di procedura penale, affidando poi all'amministrazione ogni valutazione in proposito. In tal caso infatti, qualora il concorrente avesse ommesso di dichiarare taluno di tali reati, si sarebbe potuta configurare una falsa autocertificazione, con conseguente esclusione dalla gara.>>).

7.4. Diverso discorso deve essere fatto quando il bando sia più preciso, e non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, codice, ma specifichi che vanno dichiarate tutte le condanne penali, o tutte le violazioni contributive: in tal caso, il bando esige una dichiarazione dal contenuto più ampio e più puntuale rispetto a quanto prescritto dall'art. 38 codice, all'evidente fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito, al fine dell'esclusione.

In siffatta ipotesi, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver ommesso una dichiarazione prescritta dal bando.

7.5. Fatta questa premessa di carattere generale, occorre esaminare che cosa, nel caso di specie, prescriveva la legge di gara, e quali sono i motivi che hanno determinato l'esclusione dalla gara.

Il bando di gara (punto III.2.1) chiede una dichiarazione in carta semplice da cui risulti: <<l'insussistenza, ai sensi dell'art. 38, c. 1, del d.lgs. 163/2006, di una delle cause di esclusione dalle gare di appalto>>.

Non costa vi sia un disciplinare di gara (non prodotto né in primo grado né in appello, né menzionato negli scritti difensivi), a differenza che per altre gare di analogo tenore indette nel medesimo arco temporale per altri ambiti territoriali.

Vi è invece la lettera invito, che tuttavia non si occupa di come vada redatta la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale.

Il bando, dunque, non richiede, come pure avrebbe potuto, una dichiarazione onnicomprensiva, che dichiarasse la presenza o assenza di qualsivoglia condanna penale e di qualsivoglia violazione contributiva; richiede la dichiarazione dei requisiti di cui all'art. 38, e dunque la dichiarazione circa la presenza o assenza di condanna penale per reati gravi o gravi violazioni contributive, definitivamente accertate.

7.6. Dato che le cause di esclusione dalle gare sono da ritenere tassative, e che va applicato il principio di massima partecipazione alle gare, e considerato il tenore del bando, ne consegue che non costituisce di per sé dichiarazione falsa, e non dà luogo ad autonoma causa di esclusione, la omessa menzione di condanne penali non gravi e la omessa menzione di violazioni contributive che non sono gravi o non sono definitivamente accertate, atteso che il bando, per come è formulato, non imponeva di dichiarare qualsivoglia condanna penale o violazione contributiva.

7.7. Neppure si può ritenere che vi sia stata una consapevole mala fede nell'omettere l'indicazione di tutte le condanne penali e di tutte le violazioni contributive, atteso che il concorrente sa che la propria dichiarazione viene sottoposta a verifica mediante acquisizione del certificato penale integrale e del d.u.r.c., sicché sa che qualsivoglia reato o violazione contributiva da lui commessa, sarà sottoposta a vaglio di gravità/non gravità.

7.8. Nel caso di specie, pertanto, la asserita incompletezza della dichiarazione, sotto il profilo che non sarebbero state dichiarate tutte le condanne penali e tutte le violazioni contributive, non può essere di per sé sola causa di esclusione, ma può essere causa di esclusione solo se viene compiuta una verifica di gravità delle violazioni.

7.9. Tale verifica di gravità compete alla stazione appaltante e nella specie è stata del tutto omessa.

Infatti il provvedimento di esclusione, e i presupposti atti istruttori, si incentrano sulla presunta falsità della dichiarazione, senza considerare che era il bando di gara, per come formulato, a indurre il concorrente a ritenere di dover dichiarare solo i reati gravi e le violazioni contributive gravi e definitivamente accertate.

Ma negli atti impugnati non viene compiuta alcuna valutazione in ordine alla gravità delle violazioni.

8. Segue. La dichiarazione in ordine all'assenza di condanne penali per reati gravi.

8.1. In ordine alla condanna penale riportata dall'amministratore della società La Ricorrente, trattandosi di illecito contravvenzionale, omessa consegna di prospetto di paga, di cui all'art. 1, l. n. 4/1953, in concreto punito con l'ammenda di lire quindicimila, e trattandosi di illecito depenalizzato sin dal 1994, andava compiuta una specifica valutazione di gravità.

8.2. Non rileva in questa sede la condanna per decreto penale riportata dalla Ricorrente tre Metano s.r.l., perché nel corso del giudizio di primo grado l'A.Q.P. con atto di autotutela (provvedimento del 18 aprile 2008) ha ritenuto di non dover annoverare tale condanna penale e la sua omessa dichiarazione da parte del concorrente tra i motivi del provvedimento di esclusione.

8.3. Si deve poi considerare una palese perplessità e contraddittorietà che emerge dal confronto tra provvedimento finale e atti istruttori.

Infatti il provvedimento finale imputa le <<false dichiarazioni>> sulle condanne penali solo alle società Ricorrente tre Metano e La Ricorrente, e infatti sono queste le società, che, insieme alla mandataria dell'a.t.i., si sono ritenute lese e hanno impugnato il provvedimento di esclusione.

Tuttavia negli atti istruttori si fa menzione di due condanne penali con decreto a carico del direttore tecnico di altra società mandante della medesima a.t.i., la Ricorrente quattro s.r.l.; negli atti istruttori si omette la valutazione di gravità per tali condanne; e nel provvedimento finale si omette del tutto di considerare la rilevanza della dichiarazione prodotta dalla società Ricorrente quattro. Sicché non è chiaro perché per un componente dell'a.t.i. sarebbe rilevante l'omessa dichiarazione di una condanna penale, e per un altro sarebbe invece rilevante.

9. Segue. La dichiarazione in ordine all'assenza di gravi violazioni contributive, definitivamente accertate.

9.1. Quanto alle violazioni di carattere contributivo, il discorso deve essere più articolato, dovendosi attentamente ricostruire il quadro normativo vigente all'epoca della gara e del provvedimento di esclusione.

9.2. L'art. 38, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 163/2006, considera causa di esclusione non qualsivoglia violazione in materia di obblighi contributivi, ma solo le <<violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali>>.

Va evidenziata la differenza rispetto al regime normativo previgente per gli appalti, quale è quello per cui è processo, di servizi nei settori speciali (ex esclusi).

Prima dell'entrata in vigore del codice appalti, in base al combinato disposto degli artt. 22, d.lgs. n. 158/1995 e 12, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 157/1995, sono esclusi dalle gare, tra l'altro, coloro che <<che non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali a favore dei lavoratori, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti>>.

E' evidente che prima del d.lgs. n. 163/2006, per gli appalti di servizi nei settori speciali, andava dichiarata dal concorrente qualsivoglia violazione in ordine al pagamento di contributi previdenziali e

assistenziali. Nel nuovo regime, sono causa di esclusione solo le gravi violazioni, definitivamente accertate.

9.3. L'art. 38, d.lgs. n. 163/2006 crea anche una differenza tra la regolarità contributiva richiesta al partecipante alla gara, e la regolarità contributiva richiesta all'aggiudicatario al fine della stipula del contratto.

Infatti, il concorrente può essere escluso solo in presenza di gravi violazioni, definitivamente accertate, sicché le violazioni non gravi, o ancora non definitive, non sono causa di esclusione.

Invece, al fine della stipula del contratto, l'affidatario deve presentare la certificazione di regolarità contributiva ai sensi dell'art. 2, d.l. n. 210/2002 (art. 38, co. 3, d.lgs. n. 163/2006); tale disposizione, a sua volta, prevede il rilascio del d.u.r.c., documento unico di regolarità contributiva, che attesta contemporaneamente la regolarità contributiva quanto agli obblighi nei confronti dell'I.N.P.S., dell'I.N.A.I.L. e delle Casse edili.

Il d.u.r.c. regolare, poi, è requisito che accompagna l'intera fase di esecuzione del contratto, essendo necessario al fine del pagamento secondo gli stati di avanzamento e al fine del pagamento della rata di saldo dopo il collaudo.

9.4. Si tratta allora di stabilire se la causa di esclusione di cui al citato art. 38, co. 1, lett. i), possa di per sé desumersi da un d.u.r.c. irregolare, e se, dunque, il concorrente che abbia un d.u.r.c. irregolare, laddove dichiararsi di non aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, ponga in essere una dichiarazione <<falsa>>.

9.5. Per risolvere tale questione, occorre esaminare quali sono i presupposti in presenza dei quali il d.u.r.c. attesta la regolarità contributiva, e quando invece viene attestato che difetta la regolarità contributiva.

Anche su questo punto, si è registrata una evoluzione normativa, tra la data degli atti di gara per cui è processo, e l'epoca successiva al provvedimento di esclusione.

All'epoca degli atti di gara e del provvedimento di esclusione, si applicavano la circolare I.N.P.S. 26 luglio 2005 n. 92 e la circolare INAIL 25 luglio 2005 n. 38; in prosieguo, è stato adottato il decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 24 ottobre 2007.

Tra le circolari del 2005, vigenti all'epoca dei fatti, e il d.m. del 2007, successivo, non vi è perfetta coincidenza.

Infatti, secondo le suddette circolari:

a) il d.u.r.c. attesta la regolarità contributiva solo se non vi sono inadempienze in atto, sicché anche una inadempienza di lieve entità osta alla dichiarazione di regolarità contributiva;

b) se pende contenzioso amministrativo, il d.u.r.c. attesta la regolarità contributiva solo se il ricorso verte su questioni controverse o interpretative, sia adeguatamente motivato e non sia manifestamente presentato a scopi dilatori o pretestuosi; fuori da queste ipotesi, l'irregolarità contributiva, ancorché sia contestata mediante un contenzioso amministrativo, osta alla dichiarazione di regolarità contributiva;

c) nulla dicono le circolari in ordine alla questione della irregolarità contributiva <<sopravvenuta>> a causa di aiuti di Stato dichiarati dagli organi comunitari illegittimi, sicché gli enti hanno formulato richieste di rimborso di contributi in precedenza oggetto di esonero o sgravio.

Il d.m. del 2007 è stato emanato in attuazione dell'art. 1, co. 1176, l. n. 296/2006, a tenore del quale << Con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sentiti gli istituti previdenziali interessati e le parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le modalità di rilascio, i contenuti analitici del documento unico di regolarità contributiva di cui al comma 1175, nonché le tipologie di pregresse irregolarità di natura previdenziale ed in materia di tutela delle condizioni di lavoro da non considerare ostative al rilascio del documento medesimo. In attesa dell'entrata in vigore del decreto di cui al presente comma sono fatte salve le vigenti disposizioni speciali in materia di certificazione di regolarità contributiva nei settori dell'edilizia e dell'agricoltura>>.

Tale d.m., come si evince dalla sua premessa, disciplina il d.u.r.c. in termini generali, quale che sia lo scopo per cui il d.u.r.c. è richiesto, chiarendosi così un equivoco che poteva insorgere da una esegesi letterale della norma primaria (si legge nel preambolo: <<Considerata l'esigenza di una disciplina uniforme in ordine alle modalità di rilascio ed ai contenuti analitici del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC), sia per la concessione di agevolazione «normative e contributive», sia per gli appalti di lavori servizi e forniture pubbliche che per i lavori privati dell'edilizia, nonché per la fruizione di benefici e sovvenzioni previsti dalla disciplina comunitaria>>).

Non è perciò dubbio che il d.m. in questione riguarda anche il d.u.r.c. necessario per l'affidamento di appalti pubblici.

Secondo il nuovo d.m.:

a) ai fini specifici della partecipazione a gare di appalto, viene fissata una soglia di <<gravità>> delle violazioni, ritenendosi le violazioni al di sotto di tale soglia di gravità non ostative al rilascio del d.u.r.c.: non si considera, in particolare, grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore a 100 euro, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del d.u.r.c. (art. 8, co. 3, d.m. citato);

b) la pendenza di qualsivoglia contenzioso amministrativo impedisce di ritenere il soggetto in posizione irregolare; fino alla decisione che respinge il ricorso, può essere dichiarata la regolarità contributiva (art. 8, co. 2, lett. a), d.m. citato);

c) non costituisce causa ostativa al rilascio del d.u.r.c. l'aver beneficiato degli aiuti di stato specificati nel d.P.C.M. emanato ai sensi dell'art. 1, co. 1223, l. n. 296/2006, sebbene non ancora rimborsati o depositati in conto bloccato (art. 8, co. 4, d.m. citato).

Sia le previgenti circolari, sia il d.m. ritengono non ostative della dichiarazione di regolarità contributiva le pendenze processuali, fino alla sentenza definitiva.

9.6. Dopo il d.m. del 2007, si può affermare che il d.u.r.c. attesta solo le irregolarità contributive <<definitivamente accertate>>, e solo quelle che superano una <<soglia di gravità>>, fissata autonomamente dal citato d.m.

Sicché, dopo il d.m. del 2007, una declaratoria di non regolarità contributiva è grave indizio, ai fini dell'art. 38, co. 1, lett. i), codice appalti, che sia stata commessa una <<violazione grave>> e <<definitivamente accertata>>. Escluso, comunque, ogni automatismo, segnatamente quanto alla valutazione di <<gravità>>, che il codice appalti riserva alla stazione appaltante, non essendo l'amministrazione vincolata a valutare la gravità con gli stessi parametri utilizzati dal citato d.m. del 2007, che non costituisce atto attuativo del codice appalti.

9.7. Ma prima del d.m. del 2007, e dunque secondo la normativa in vigore all'epoca dei fatti di causa, il solo fatto che il d.u.r.c. non fosse regolare, non costituiva di per sé prova di una grave violazione contributiva definitivamente accertata, atteso che, come si è visto, secondo le citate circolari del 2005, era ostativo alla dichiarazione di regolarità contributiva qualsivoglia inadempimento, a prescindere da qualsivoglia soglia di gravità, e anche le irregolarità che non fossero ancora definitivamente accertate, perché era pendente contenzioso amministrativo.

9.8. Pertanto, nel caso specifico:

a) la stazione appaltante, a fronte di d.u.r.c. che attestavano la non regolarità alla data di presentazione della candidatura e alla data di presentazione dell'offerta, doveva accertare il tenore della irregolarità, per verificare se fosse o meno grave;

b) ciò era tanto più doveroso ove si consideri che sono stati esibiti d.u.r.c. successivi che invece attestano la regolarità contributiva, sia a dette date, sia alla data dell'aggiudicazione;

c) ciò era tanto più doveroso ove si consideri quanto dedotto dalla società La Ricorrente in ordine al contenzioso derivante dalle pronunce degli organi comunitari di illegittimità di aiuti di Stato, che hanno determinato un obbligo postumo di versamento di contributi, inizialmente non dovuti;

d) gli atti istruttori appaiono perplessi e carenti laddove affermano in via ipotetica, utilizzando il verbo al condizionale, violazioni gravi degli obblighi contributivi, senza indicare né la fonte della notizia (che non risulta dai d.u.r.c. agli atti), né la effettiva sussistenza delle violazioni.

9.9. Quanto in particolare, alla irregolarità contributiva <<sopravvenuta>>, essa si riferisce a contratti di formazione e lavoro.

La decisione della Commissione europea dell'11 maggio 1999, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee n. L 42, del 15 febbraio 2000, concernente il regime di aiuti di Stato concessi dall'Italia per interventi a favore dell'occupazione, ha ritenuto illegittimo aiuto di stato le agevolazioni contributive connesse alla stipulazione di contratti di formazione lavoro, previste dalle seguenti norme:

1) decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, recante misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali;

2) legge 29 dicembre 1990, n. 407, recante disposizioni diverse per l'attuazione della manovra di finanza pubblica 1991-1993;

3) decreto-legge 29 marzo 1991, n. 108, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° giugno 1991, n. 169, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno dell'occupazione;

4) decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n. 451, recante disposizioni urgenti in materia di occupazione e di fiscalizzazione degli oneri sociali;

5) art. 15 della legge 24 giugno 1997, n. 196, recante norme in materia di promozione dell'occupazione.

Ne ha conseguentemente ordinato il recupero: dal che può verificarsi una irregolarità contributiva di chi non ha restituito i contributi.

Essendo la vicenda complessa in diritto e in fatto, la stazione appaltante, a fronte di una prima dichiarazione di non regolarità contributiva e di un successivo rilascio di d.u.r.c., e delle deduzioni delle

odierne ricorrenti, in ordine all'essere destinatarie di una richiesta di rimborso di contributi per i quali avevano originariamente fruito di sgravio, doveva acclarare la veridicità delle dichiarazioni e quale fosse l'effettiva situazione di fatto.

10. Va aggiunto che i ricorsi di primo grado e gli atti di appello tentano di conseguire in sede giudiziaria il giudizio di <<non gravità>> delle violazioni contributive.

Ma sotto tale profilo le censure sono inammissibili perché implicherebbero una non consentita sostituzione del giudice all'amministrazione.

Infatti l'amministrazione non ha compiuto, come avrebbe dovuto, alcuna valutazione di gravità/non gravità della violazione contributiva, decretando l'esclusione non per la gravità della violazione contributiva, ma, a monte, per asserita falsità della dichiarazione che ha omesso di indicare tutte le irregolarità contributive.

A fronte di tale radicale omissione di giudizio, il giudice non può compiere alcuna valutazione di gravità/non gravità.

Il sindacato giurisdizionale sarebbe stato consentito, nei limiti dei tradizionali vizi di legittimità, se l'amministrazione avesse compiuto una valutazione in termini di gravità, e la stessa fosse stata impugnata in giudizio per contestarne l'eccesso di potere per difetto di motivazione, travisamento, illogicità.

11. La portata dell'accoglimento degli appelli. I vizi autonomi degli atti consequenziali.

11.1. Alla luce di quanto esposto, il provvedimento di esclusione è illegittimo e va annullato, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, che dovrà valutare se le condanne penali e le violazioni contributive avessero o meno i connotati di gravità.

11.2. Vanno annullati gli atti strettamente conseguenti, nei limiti dell'interesse dei ricorrenti, e, segnatamente:

- a) la segnalazione all'Autorità di vigilanza;
- b) l'incameramento della cauzione;

c) l'iscrizione nel casellario informatico.

11.3. La caducazione di tali atti, quale diretta conseguenza dell'annullamento del provvedimento di esclusione, non comporta tuttavia l'assorbimento dei motivi di ricorso rivolti autonomamente contro tali atti, e segnatamente dei motivi di ricorso sui presupposti per incamerare la cauzione provvisoria, sulle garanzie partecipative quanto al procedimento di iscrizione nel casellario informatico, sulla sussistenza del potere dell'Autorità di vigilanza di attivare il casellario informatico per servizi e forniture nelle more dell'adozione del regolamento di esecuzione e attuazione del codice appalti.

Infatti l'assorbimento è consentito solo se non vi sia un oggettivo interesse della parte all'esame e alla decisione delle censure residue e autonome, mentre è precluso in relazione ai motivi il cui accoglimento avrebbe per l'interessato portata maggiormente soddisfattiva.

Invero il c.d. assorbimento dei motivi è da stigmatizzare, anche nei casi di accoglimento del ricorso, perché è interesse del ricorrente avere una compiuta disamina della questione sotto tutti i profili prospettati, anche ai fini del successivo giudizio di ottemperanza ovvero della tutela risarcitoria, e, segnatamente, avere una compiuta disamina dei motivi maggiormente soddisfatti.

La giurisprudenza ha affermato che i principi di effettività e completezza della tutela impongono di valorizzare il ruolo della domanda dell'interessato, riducendo la pronuncia di assorbimento dei motivi ai soli casi - in realtà del tutto marginali - in cui sussista un rapporto di chiara continenza, pregiudizialità logica, o implicazione, tra la censura accolta e quella non esaminata: si pensi alle ipotesi in cui il giudice accoglie il motivo riguardante l'omessa motivazione e, contestualmente, dichiara assorbita la censura di insufficiente motivazione.

Tale conclusione, strettamente collegata al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, espresso dall'art. 112, c.p.c., con disposizione avente il valore di principio generale di ogni processo, diventa inevitabile in un contesto sistematico diretto ad assicurare il più intenso e integrale accertamento del rapporto amministrativo controverso, in relazione ai profili ritualmente prospettati dalle parti interessate, anche per evitare lunghi e defatiganti contenziosi diretti a riproporre le stesse

domande in seguito al rinnovo del provvedimento, affetto dagli stessi vizi non esaminati dal giudice (Cons. giust. sic., 22 aprile 2009 n. 299).

11.4. Vanno pertanto esaminati i motivi con cui sono dedotte censure autonome contro gli atti consequenziali di incameramento della cauzione e iscrizione nel casellario informatico, il cui accoglimento avrebbe portata più soddisfacente dell'annullamento per invalidità derivata, sia sotto il profilo della futura riedizione del potere, sia sotto il profilo della tutela risarcitoria.

11.5. In dettaglio, la Sezione osserva, quanto alla censura circa l'ambito oggettivo della segnalazione all'Autorità di vigilanza, che la segnalazione all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine generale (secondo quanto più volte statuito da questo Consesso: Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2004 n. 5792; Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2007 n. 554). Pertanto la censura di illegittimità dell'atto di segnalazione perché avente ad oggetto una esclusione per difetto di requisiti generali, è infondata, fermo restando il suo annullamento per invalidità derivata.

11.6. Quanto alla censura avente ad oggetto l'incameramento della cauzione provvisoria, con cui si deduce che essa non può essere introitata in caso di difetto dei requisiti generali, ma solo in caso di mancata stipulazione del contratto o di difetto dei requisiti speciali, il Collegio osserva che, a prescindere da ogni questione sulla natura e funzione della cauzione provvisoria, e sulla possibilità di suo incameramento al di fuori dei casi espressamente previsti, nella specie la possibilità di incamerare la cauzione discende direttamente dall'art. 75, co. 6, d.lgs. n. 163/2006, a tenore del quale detta cauzione copre <<la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario>>. Il fatto dell'affidatario è qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali. La censura è pertanto infondata, fermo restando l'annullamento dell'atto di incameramento della cauzione per invalidità derivata.

11.7. Con ulteriore censura si assume che, trattandosi di appalto di servizi, il provvedimento di esclusione non avrebbe potuto essere iscritto nel casellario informatico.

11.7.1. Si sostiene che quest'ultimo, all'epoca dei fatti, era previsto solo per i lavori e non per i servizi e le forniture (ai sensi del d.P.R. n. 34/2000); la disciplina del casellario per servizi e forniture sarebbe quiescente fino all'entrata in vigore del regolamento generale di esecuzione del codice appalti, ancora *in itinere*; illegittimamente e senza potere, pertanto, l'Autorità di vigilanza, con la delibera n. 1/2008, avrebbe anticipato, rispetto al nuovo e futuro regolamento suddetto, l'istituzione del casellario informatico per servizi e forniture.

11.7.2. Il mezzo è infondato.

E' vero che il d.P.R. n. 34/2000 contempla il casellario informatico solo per i lavori pubblici.

E' anche vero che solo con il terzo d.lgs. correttivo del codice appalti (d.lgs. n. 152/2008), successivo ai fatti di causa, il casellario informatico è stato espressamente esteso ai servizi e alle forniture (art. 7, co. 10, d.lgs. n. 163/2006, come novellato), con rinvio al regolamento della relativa disciplina.

Tuttavia non può escludersi che, nelle more del nuovo regolamento, il casellario informatico per servizi e forniture venga attivato con delibera dell'Autorità di vigilanza, come è avvenuto in virtù della delibera n. 1/2008.

Infatti dall'intero sistema del codice, anche prima del terzo correttivo, si desume che il casellario informatico riguarda anche i servizi e le forniture, e che è ritenuto immediatamente operante. Sicché, il terzo correttivo ha una portata esplicativa di un principio già desumibile dal codice nella sua precedente formulazione.

Infatti l'art. 38, co. 1, lett. e), h), n-bis), prevede cause di esclusione per comprovare le quali vanno utilizzati i dati in possesso dell'Osservatorio, ovvero del casellario. Si tratta di cause di esclusione comuni a servizi, lavori, forniture. Il codice dà dunque per presupposto, essendo le cause di esclusione di immediata applicazione, che sia attivato lo strumento attuativo, vale a dire il casellario, anche per servizi e forniture.

E il potere di attivazione spetta all'Autorità, che nell'esercizio del potere di vigilanza è anche portatrice del potere di chiedere dati e informazioni alle stazioni appaltanti: sicché ben può stabilire, con delibera di carattere generale, quali atti e documenti le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere (art. 6, co. 9, lett. a), codice).

11.8. Quanto alla censura avente ad oggetto l'omissione delle garanzie partecipative nel procedimento di iscrizione nel casellario informatico, la stessa è parzialmente fondata, nei termini che seguono.

11.8.1. Dell'avvio del procedimento di iscrizione di dati nel casellario informatico presso l'Autorità deve essere notiziato l'interessato, anche quando la trasmissione di atti al casellario, da parte delle stazioni appaltanti, è dovuta in adempimento di disposizioni di legge, attese le conseguenze rilevanti che derivano da tale iscrizione e l'indubbio interesse del soggetto all'esattezza delle iscrizioni.

11.8.2. Invero, né dalla l. n. 241/1990, né dal sistema della legislazione sui pubblici appalti, si desume una deroga al principio generale dell'avviso di avvio del procedimento, quanto allo specifico procedimento di iscrizione dei dati nel casellario informatico presso l'Osservatorio.

11.8.3. Anzi, una conferma della necessità di garantire la partecipazione (mediante avviso di avvio del procedimento e mediante contraddittorio) nel procedimento di iscrizione di dati e notizie nel casellario informatico si desume proprio dalla determinazione n. 1/2008 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che ha istituito il casellario informatico per servizi e forniture.

In detta determinazione si dispone che al fine di consentire la tutela dell'operatore economico, la stazione appaltante deve notificare a quest'ultimo, ai sensi dell'art. 79, d.lgs. n. 163/2006, il provvedimento di esclusione dello stesso dalla gara, precisando che detto provvedimento è congiuntamente comunicato all'Autorità per l'inserimento del dato nel casellario informatico, il che potrà consentire all'operatore economico di fornire all'Autorità un'utile

informazione relativamente ad iniziative giurisdizionali intraprese. Analogamente, la stazione appaltante informa l'operatore economico circa le altre comunicazioni inoltrate all'Autorità.

Prima di disporre l'iscrizione nel casellario, l'Autorità procede alle verifiche del caso. La determinazione n. 1/2008 dispone infatti che l'Autorità, posta a conoscenza del provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante e dell'eventuale dichiarazione non veritiera resa dall'operatore economico, procede alla puntuale e completa annotazione dei relativi contenuti nel casellario informatico, salvo il caso che consti l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante. 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 viene instaurato un procedimento in contraddittorio.

11.8.4. In alcuni casi, si può ritenere che vi siano equipollenti dell'autonomo avviso di avvio del procedimento.

Così, quanto ai provvedimenti di esclusione, posto che la loro comunicazione dalla stazione appaltante all'Osservatorio è dovuta per legge, senza margini di opinabilità o apprezzamento, si può ritenere che la comunicazione del provvedimento di esclusione al concorrente costituisca anche equipollente dell'avviso di avvio del procedimento di iscrizione nel casellario informatico, che consegue *ex lege*.

Lo stesso è a dirsi quanto ai dati relativi alle imprese qualificate, che si desumono dal provvedimento di qualificazione (attestazione SOA). Infatti, posto che l'iscrizione di tali dati è prevista per legge, la comunicazione all'interessato del provvedimento di qualificazione (attestazione SOA), rende conoscibile da parte del destinatario la circostanza che i dati saranno inseriti nel casellario informatico.

11.8.5. In termini più generali, quando la legge prescrive in via automatica la segnalazione di determinati dati all'Osservatorio, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale in ordine

al se della comunicazione e al contenuto della stessa, si possono, come regola generale, individuare equipollenti dell'avviso di avvio del procedimento di iscrizione.

11.8.6. Diverso discorso va svolto per dati la cui comunicazione non è automatica e dovuta, ma frutto di valutazioni da parte della stazione appaltante, su dati opinabili: ciò accade ad es. nel caso di segnalazione di episodi di grave negligenza o grave inadempimento, e nel caso di false dichiarazioni. Infatti in tali casi la stazione appaltante, per effettuare la segnalazione, deve valutare se vi è o meno grave negligenza, grave inadempimento, falsità della dichiarazione. Sicché, l'interessato non può sapere *ex ante* se e quando tale valutazione verrà svolta in senso affermativo, e se vi sarà o meno segnalazione all'Osservatorio.

Pertanto, dell'avvio del procedimento di iscrizione nel casellario va dato avviso all'interessato, salvo a individuare caso per caso equipollenti idonei allo scopo (p.es. comunicazione dell'esclusione per grave negligenza o falsa dichiarazione, accompagnata dall'avviso che l'atto viene trasmesso anche all'Osservatorio).

11.8.7. Nel caso di specie deve ritenersi legittima l'iscrizione del provvedimento di esclusione, con omissione delle garanzie di partecipazione (fermo restando il suo annullamento per invalidità derivata).

Deve invece ritenersi illegittima l'iscrizione della <<falsa dichiarazione>> con omissione delle garanzie partecipative: per tanto tale iscrizione viene in questa sede annullata oltre che per invalidità derivata, anche per vizio proprio.

11.9. Per effetto dell'accoglimento degli appelli, restano in vita i soli capi della sentenza di primo grado che sono passati in giudicato perché non hanno formato oggetto di appello e che non sono in connessione logica immediata e diretta con capi di sentenza travolti (restano in vita i capi di sentenza che dichiarano improcedibilità per cessata materia del contendere; risulta travolto il capo di sentenza che accoglie il motivo in ordine alla decorrenza dell'iscrizione nel casellario informatico, travolto dalla presente sentenza, in virtù della quale l'iscrizione nel casellario è illegittima).

11.10. Non è stata invece chiesta, e comunque il Collegio non avrebbe giurisdizione a pronunciarsi, la caducazione dell'eventuale contratto nel frattempo stipulato con la nuova aggiudicataria.

11.11. L'appellante Ricorrente due Agua non ha formulato domanda di risarcimento del danno. La domanda di risarcimento del danno proposta da La Ricorrente non può essere accolta perché formulata del tutto genericamente e del tutto sfornita di prova. Inoltre di risarcimento del danno potrà farsi questione solo all'esito delle nuove determinazioni dell'amministrazione. Pertanto la domanda è inammissibile.

12. La particolare complessità delle questioni, sia in fatto che in diritto e le oscillazioni della giurisprudenza costituiscono motivi eccezionali che giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite in relazione al doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe:

1) riunisce gli appelli;

2) accoglie in parte gli appelli e, per l'effetto:

2.a) annulla gli atti impugnati, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della stazione appaltante;

2.b) dichiara inammissibile la domanda risarcitoria proposta da La Ricorrente s.p.a.;

3) compensa interamente tra le parti le spese e gli onorari del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 16 giugno 2009, con la partecipazione di:

Giovanni Ruoppolo - Presidente

Rosanna De Nictolis - Consigliere relatore ed estensore

Domenico Cafini - Consigliere

Roberto Chieppa - Consigliere

Roberto Garofoli - Consigliere

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/08/2009

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

p. Il Direttore della Sezione

Giovanni Ceci

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria