

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 13/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29404-la-non-veridicit-delle-dichiarazioni-rese-per-partecipare-alla-gara-inficia-il-suo-risultato-anche-se-l-elemento-acquisito-aliunde>

Autore: Lazzini Sonia

La non veridicità delle dichiarazioni rese per partecipare alla gara inficia il suo risultato, anche se l'elemento è acquisito "aliunde".

C.St. 07.04.2010 n. 1964

La non veridicità delle dichiarazioni rese per partecipare alla gara inficia il suo risultato, anche se l'elemento è acquisito "aliunde".

in una gara di appalto per opere pubbliche, l'Amministrazione appaltante ha il potere-dovere di disattendere l'autocertificazione prodotta da un concorrente, in quel caso rivelatasi non veritiera in una diversa gara, malgrado, nella gara in oggetto - a differenza di quella in cui essa si è rivelata non veritiera - l'autocertificazione non fosse stata sottoposta (per sorteggio) al vaglio critico e dunque non fosse risultata immediatamente non veritiera.

non è ammissibile che l'Amministrazione affidi un contratto sulla base di un'inesatta percezione del possesso, da parte dei partecipanti, dei necessari requisiti; deve anche essere soggiunto come la presentazione di dichiarazioni inesatte possa anche costituire reato.

l'Amministrazione poteva evitare di incorrere nell'illegittimità riscontrata facendo uso dell'ordinaria diligenza, e verificando le dichiarazioni di cui si tratta ai sensi dell'art. 71 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

Non è, deve ribadirsi, consentito, che comportamenti anche delittuosi condizionino un'attività quale quella dell'affidamento dei contratti pubblici, la cui disciplina costituisce attuazione del principio di cui all'art. 97 della Costituzione.

Afferma, in conclusione, il Collegio che l'art. 73 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, non esclude affatto l'incidenza della dichiarazione falsa sulla legittimità del provvedimento di aggiudicazione che ha concorso a formare; il significato della disposizione è invece quello di onerare il dichiarante della responsabilità per le conseguenze del suo atto dolosamente o colposamente infedele.

Di conseguenza, la falsità o erroneità delle dichiarazioni comporta l'illegittimità del provvedimento che si fonda sul loro contenuto.

L'appellante sostiene poi l'erroneità della sentenza appellata nella parte in cui afferma l'illegittima ammissione alla gara del Consorzio suddetto per non avere dimostrato l'affidabilità morale degli amministratori delle imprese consorziate.

Sostiene l'appellante che l'adempimento non era, nella specie, necessario in quanto il Consorzio ha partecipato alla gara in nome proprio, non per affidare l'esecuzione del contratto ad una consorziate, per cui è tenuto a dimostrare esclusivamente la sua affidabilità.

La tesi non è condivisa dal Collegio.

Occorre osservare che già l'art. 11 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, disponeva che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei lavori ai soggetti di cui all'art. 10, comma 1, lettere b) e c), devono essere riferiti ai consorzi e non alle singole imprese consorziate, in tal modo dimostrando "a contrariis", che i requisiti di affidabilità morale devono essere dimostrati anche dalle imprese consorziate (in termini C. di S., VI, 15 maggio 2003, n. 2646).

L'art. 35 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ancora più restrittivo, stabilisce che anche i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici dei consorzi di cui al primo comma, lett. b) e c), del precedente art. 34 devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

La "ratio" delle disposizioni appena richiamate è ben evidente in quanto consentendo ad imprese diverse di confondere i rispettivi requisiti di affidabilità morale nell'ambito del consorzio questo costituirebbe uno strumento disposizione degli imprenditori meno affidabili, tra i quali si possono

trovare imprese collegate alla criminalità organizzata, le quali potrebbero indirettamente partecipare a gare d'appalto, condizionandole.

Afferma, in conclusione, il Collegio che i Consorzi stabili per partecipare a gare d'appalto per l'aggiudicazione di contratti della pubblica Amministrazione sono tenuti a dimostrare, nei termini stabiliti dal bando, l'affidabilità morale degli organi di vertice delle imprese consorziate.

Il motivo d'appello risulta, quindi, infondato.

L'appellante contesta la sentenza di primo grado anche nella parte relativa alla condanna al risarcimento dei danni.

Afferma in primo luogo che il richiamato art. 73 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, esclude la sua responsabilità in ordine alle conseguenze della presentazione di dichiarazioni non veritiere.

L'argomentazione non si attaglia al caso di specie nel quale l'odierna appellata aveva rappresentato alla stazione appaltante l'erroneità delle suddette dichiarazioni oltre un mese prima della sottoscrizione del contratto, in tal modo consentendole di verificare la circostanza ed adottare i provvedimenti conseguenti.

Di conseguenza, l'Amministrazione poteva evitare di incorrere nell'illegittimità riscontrata facendo uso dell'ordinaria diligenza, e verificando le dichiarazioni di cui si tratta ai sensi dell'art. 71 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

L'appellante sostiene poi che la sua colpa deve essere esclusa in quanto il Tribunale Amministrativo con ordinanza n. 743 in data 7 luglio 2005 aveva respinto l'istanza di sospensione, presentata dalla parte odierna appellata.

Neanche questa argomentazione può essere condivisa in quanto l'ordinanza invocata è motivata con riferimento ad una sola delle censure dedotte in ricorso e quando ancora non erano stati notificati i motivi aggiunti, con i quali è stata dedotta l'illegittimità dell'ammissione alla gara del Consorzio ELLE.

Di conseguenza, l'ordinanza richiamata non è sufficiente per escludere la colpa della stazione appaltante.

In conclusione, l'appello deve essere respinto anche in relazione alla condanna al risarcimento dei danni.

SI LEGGA ANCHE

Carenza dei requisiti di regolarità contributiva della mandante, accertata dalla stessa amministrazione in un'altra contestuale gara: è corretta l'esclusione, in autotutela, dell'Ati anche se non sorteggiata? la stazione appaltante ha il potere di verificare il reale contenuto delle autocertificazioni anche al di fuori della norma del sorteggio di cui all'attuale art. 48 del codice dei contratti (precedente norma di cui all'articolo 10 comma 1 quater della Merloni)?

La questione va affrontata ponendo attenzione alla ragione e alla natura della dichiarazione sostitutiva circa la regolarità contributiva, nella specie domandata da bando e presentata dalla ditta risultata esclusa nell'altra gara. Una concezione formalistica ed esclusiva dell'autocertificazione, per cui la conoscenza della sua non veridicità acquisita dall'Amministrazione in una gara non spiegherebbe effetti di sorta anche in un'altra gara, parallela e di simile oggetto, violerebbe sia elementari canoni di logica (un medesimo soggetto non può non sapere ciò che ufficialmente sa in una sede contestuale), sia il principio costituzionale di buon andamento della attività amministrativa, che esige che l'Amministrazione si avvalga dei mezzi di conoscenza di cui già dispone e non ne neghi senza ragione la capacità dimostrativa. L'autocertificazione costituisce non un mezzo di garanzia del dichiarante (tale per cui quanto egli atteso non può essere superato se non nei casi stabiliti), ma un semplice mezzo di speditezza dell'attività amministrativa, cioè di semplificazione procedimentale inerente alle formalità del rapporto, per cui il suo contenuto resta sempre e comunque esposto alla verifica ad opera della destinataria amministrazione: verifica che avviene indifferentemente o con i metodi previsti del sorteggio, o per altra causa, come la presente, senza che sia coperta, seppure solo in parte, da una qualche riserva metodologica di acclaramento. La modesta aliquota di sorteggiati da verificare (di cui

all'art. 10, comma 1-quater, l. 11 febbraio 1994, n. 109) indica solo il dovere dell'Amministrazione di procedere al vaglio su un campione minimo causale, ma non una limitazione al potere di vaglio stesso. **Questi principi ben collocavano l'Amministrazione nella condizione di, in rispetto alla buona amministrazione e alla parità di condizioni tra i concorrenti, dover dichiarare d'ufficio, anche in autotutela, l'assenza del requisito della regolarità contributiva della mandante. La circostanza, dunque, che l'autocertificazione presentata in questa gara dalla stessa ATI non fosse stata smentita dai controlli a campione dell'Amministrazione, era irrilevante di fronte a siffatta conoscenza altrimenti acquisita**

Importantissima risulta essere la decisione numero 1608 del 14 aprile 2008, inviata per la pubblicazione in data 17 aprile 2008, emessa dal Consiglio di Stato

Così nel giudizio di primo grado

Superate le eccezioni di tardività e di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, la sentenza ritenne che le norme sulla regolarità contributiva esprimono un principio di ordine pubblico, tanto che l'omesso versamento di contributi è colpito da sanzione amministrativa o penale, senza che abbia rilievo la differenza tra irregolarità formale e non formale. La violazione di quelle norme comporta l'esclusione dalla gara, sia per specifica previsione di legge, sia per idoneità a incidere sul possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa. Un'impresa efficiente economicamente e finanziariamente e che operi in modo non illecito fa fronte regolarmente agli obblighi economici, specie a quelli contributivi per i dipendenti. L'art. 10, comma 1-quater, l. 11 febbraio 1994, n. 109 [a norma del quale quel sorteggiato 10% di offerenti chiamato a comprovare i propri requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, che non sia in grado di provarla, è escluso dalla gara] si applica anche al caso di omesso assolvimento degli obblighi di versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali a favore della mano d'opera occupata, perché è un indicatore d'incapacità o, quanto meno, di difficoltà economico-finanziaria

L'autocertificazione costituisce solo uno degli strumenti per garantire la rapidità dell'azione amministrativa e il contenimento degli oneri del privato che partecipa al procedimento, conforme al principio di buon andamento dell'art. 97 Cost. e ai derivati criteri di proporzionalità e sussidiarietà dell'intervento pubblico, mediante l'attivazione del principio di responsabilità personale dell'imprenditore. L'autocertificazione è strumentale all'esigenza di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa e di inutili aggravii per i privati.

Perciò, da un lato, il privato non può esimersi dall'autocertificazione quando la norma gliela imponga, d'altro lato, l'Amministrazione non può acquietarsi con la mera presa d'atto dell'autocertificazione: essa mantiene il potere-dovere di perseguire l'interesse pubblico. Il privato, a sua volta, non può vantare pretese di consolidamento di posizioni non conformi al diritto, perché fondate su autocertificazioni mendaci o fallaci.

In conclusione, l'Amministrazione era, o doveva essere, a conoscenza della mancanza di requisiti di una delle partecipanti, e doveva in autotutela escluderla dalla gara, anche se non si trattava della ZETA della aggiudicataria, per garantire la corretta e non distorta applicazione della disciplina di aggiudicazione automatica dell'appalto a seguito del calcolo dell'anomalia e per garantire la parità fra i concorrenti in rispetto ai principi di legalità ed imparzialità e di buon andamento, alla cui stregua l'aggiudicazione può intervenire solo in favore della migliore offerta.

L'Amministrazione non aveva ostacoli né nell'urgenza dell'opera (non essendo necessaria la ripetizione della gara, in quanto si sarebbe automaticamente conclusa in favore della ricorrente), né nella posizione dell'impresa esclusa (essendo essa stessa causa della propria esclusione a causa di un'errata autocertificazione), né nella posizione della seconda controinteressata, data la natura provvisoria dell'aggiudicazione intervenuta in suo favore; anzi, ogni eventuale ulteriore ritardo

dell'Amministrazione incidere sulla responsabilità della Amministrazione (con onere del risarcimento del danno per lesione dell'affidamento), ma non sull'obbligo di ripristino della legittimità: diversamente infatti si renderebbe la medesima Amministrazione arbitra di rispettare i parametri costituzionali della sua azione.

Secondo l'appello del Comune di Roma, questione dirimente è se l'Amministrazione abbia il potere-dovere di intervenire per far valere la carenza del requisito, nonostante fosse stato dichiarato con autocertificazione non smentita dai controlli a campione.

Se è vero che l'Amministrazione "non può acquietarsi di fronte alla mera presa d'atto dell'autocertificazione", è sufficiente ad assicurare l'interesse pubblico il tema dei controlli a campione sul 10 % dei concorrenti e quello nei confronti dell'aggiudicatario e secondo classificato; il che fa escludere che l'impresa aggiudicataria possa stipulare il contratto d'appalto senza avere i requisiti.

Il controllo a campione sui requisiti economico finanziari e tecnico-organizzativi contempera la semplificazione amministrativa e il principio di buona amministrazione, l'obiettivo dell'efficienza-efficacia-economicità delle procedure e lo scoraggiamento delle dichiarazioni mendaci che esplicano rilevanti influenze sul calcolo della soglia dell'offerta anomala e quindi sull'individuazione della aggiudicataria: La verifica è quella ai sensi dell'art. 10, comma 1-quater cit., ultimo periodo, e questo basta a escludere la possibilità che imprese senza requisiti contrattino con la p.a

Questo quindi il quesito che viene sottoposto al Supremo Giudice Amministrativo:

Il tema su cui la sentenza di primo grado si è incentrata e sul quale poggia l'appello del Comune di Roma, è se l'amministrazione appaltante avesse o meno il potere-dovere di disattendere l'autocertificazione, rivelatasi non veritiera nell'altra gara, anche nella gara qui in esame, malgrado in questa sede – a differenza di quella - l'autocertificazione non fosse stata sottoposta (per sorteggio) al vaglio critico e dunque non fosse risultata immediatamente non veritiera

I giudici di appello non hanno dubbi: la ditta doveva essere esclusa

<Una concezione formalistica ed esclusiva dell'autocertificazione, per cui la conoscenza della sua non veridicità acquisita dall'Amministrazione in una gara non spiegherebbe effetti di sorta anche in un'altra gara, parallela e di simile oggetto, violerebbe sia elementari canoni di logica (un medesimo soggetto non può non sapere ciò che ufficialmente sa in una sede contestuale), sia il principio costituzionale di buon andamento della attività amministrativa, che esige che l'Amministrazione si avvalga dei mezzi di conoscenza di cui già dispone e non ne neghi senza ragione la capacità dimostrativa.

Al tempo stesso, una siffatta concezione trasformerebbe indebitamente l'"autocertificazione" (cioè la dichiarazione sostitutiva di certificazioni, come meglio si esprime l'art. 46 (L-R) d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445) da mezzo di speditezza ed alleggerimento dell'attività istruttoria, cioè di semplificazione delle formalità del rapporto (per cui è il dichiarante ad attestare direttamente ciò che in principio dovrebbe attestare tramite onerose produzioni documentali), a mezzo di prova legale a garanzia del solo dichiarante, tale per cui quanto egli atteso non può essere superato se non nei casi stabiliti, con corrispondente irragionevole assunzione doverosa di rischio circa la mendacia della dichiarazione a carico della pubblica amministrazione per ciò che non attiene la modesta aliquota di sorteggiati da verificare; e con corrispondente esenzione del dichiarante dalla responsabilità, vale a dire dalla causa medesima su cui poggia l'istituto dell'autocertificazione. Vale a tal fine rammentare che, nell'impianto delle norme che la hanno introdotta, la possibilità di procedere sulla base di

dichiarazioni sostitutive esalta e non attenua la responsabilità del dichiarante quando gli consente di attenuare le incombenze istruttorie pubbliche>

Ma non solo

< In realtà, la dichiarazione sostitutiva di certificazioni ha una funzione non certificatoria, ma solo di allegazione infraprocedimentale di affermazioni circa fatti o stati di cui si domanda la dimostrazione. L'amministrazione, al di là dei controlli a campione, è tenuta a verificarla ogniqualvolta sorgono fondati dubbi sulla veridicità del dichiarato (art. 71 (L-R) d.P.R. n. 445 del 2000) e una volta che sia comunque, anche aliunde, entrata nella certezza della non veridicità, ha il dovere di trarne senz'altro le conseguenze. L'autocertificazione infatti non costituisce certezze pubbliche, ma solo attenua, e precariamente, all'interno del singolo procedimento, l'onere delle dimostrazioni che il privato sarebbe tenuto ad offrire tramite documenti pubblici. In ragione di questa stretta finalità semplificatoria, il suo contenuto resta sempre necessariamente esposto alla prova contraria.>

Anche le norme della 241/90 smi sono di conforto a questa tesi:

<In questo quadro, il patrimonio conoscitivo dell'amministrazione, anche altrove formato, non soffre restrizioni o preclusioni nell'utilizzazione per effetto dell'autonomia dei procedimenti amministrativi: la sua utilizzazione anche in procedimenti doverosi è resa anzi doverosa dal principio generale di buona amministrazione. Del fatto che questo patrimonio, comunque formato, resti dominante sulle allegazioni private è indice, prima ancora del dovere di controllo, la regola espressa nell'art. 18, comma 2, l. n. 241 del 1990, secondo cui, quando l'amministrazione già è in possesso di documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, li acquisisce d'ufficio al procedimento che sta trattando, senza che ciò debba esserle domandato dall'interessato (v. anche art. 43 (L-R) d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445). Quel principio di autonomia del singolo procedimento, in effetti, non può non essere rapportato alla considerazione dell'identità del soggetto procedente, e dunque dalla non frazionabilità delle sue conoscenze comunque acquisite e documentate, specie quando, come in questo caso, vi sia identità di oggetto e palese connessione tra i due procedimenti di gara>

In conclusione quindi

<Questi principi ben collocavano l'Amministrazione nella condizione di, in rispetto alla buona amministrazione e alla parità di condizioni tra i concorrenti, dover dichiarare d'ufficio, anche in autotutela, l'assenza del requisito della regolarità contributiva della mandante Costruzioni GAMMABIS dell'ATI GAMMA., che era stato accertato per la gara riguardante i Municipi da I a X (in smentita dell'autocertificazione) anche nella gara riguardante i Municipi da XI a XX; dal che vi derivava senz'altro l'esclusione della stessa ATI GAMMA. di D'A. Bruno & C. con Costruzioni GAMMABIS dalla gara (posto che il bando prevedeva che "i concorrenti dovranno essere in regola con i versamenti contributivi e previdenziali a favore del personale dipendente, da dimostrarsi, a pena di esclusione con le modalità del disciplinare di gara", ovvero mediante "autocertificazione attestante il possesso del requisito di regolarità contributiva che dovrà essere effettuata utilizzando esclusivamente il fac simile (modello definito dagli enti previdenziali) allegato al disciplinare di gara") e, per conseguenza ulteriore, il diverso calcolo della anomalia, con ogni automatica conseguenza circa la diversa individuazione della ditta aggiudicataria, così come sostenuto dall'appellata>

Ma non solo

<Corretta è dunque la considerazione, specifica in relazione alla vicenda oggetto della controversia, che l'Amministrazione non trovava ostacoli al corretto esplicarsi della sua azione, anche in autotutela, né nell'urgenza dell'opera, né nella posizione dell'impresa esclusa, che

aveva dato luogo alla non corretta autocertificazione, né nella posizione della seconda controinteressata, posta la natura provvisoria dell'aggiudicazione a suo favore. E che anzi la prospettiva del debito risarcitorio le imponeva un siffatto comportamento.

Non solo l'aggiudicazione è dunque invalida, ma anche gli altri atti impugnati: e correttamente ha deciso il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio con la sentenza qui gravata>

Si legga anche:

L'inadempimento del pagamento degli oneri contributivi è causa di escussione della garanzia provvisoria

Spetta all'assuntore della garanzia provvisoria verificare, gara per gara, il reale possesso di tutti i requisiti da parte della ditta partecipante: la norma sul sorteggio per la dimostrazione di tutte le capacità non distingue fra requisiti di ordine speciale e requisiti di ordine generale.

L'art. 10, comma 1 quater, della L. 11 febbraio 1994, n. 109, operando allorchè non sia comprovato "il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa" trova applicazione anche nel caso di omesso assolvimento degli obblighi di versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali a favore della mano d'opera occupata, trattandosi di elemento indicativo d'incapacità o, quanto meno, di difficoltà economico-finanziaria.

*La decisione numero 341 dell'8 febbraio 2005 del Consiglio di Stato (conferma il giudizio di prime cure: (***) T.A.R. Veneto, Sez. I[^], n. 1730 del giorno 8 marzo 2003) merita di essere segnalata per i seguenti importanti principi in essa sanciti:*

□ *L'art. 10, comma 1 quater, della L. 11 febbraio 1994, n. 109, prescrive, infatti, l'escussione della cauzione e l'applicazione delle misure sanzionatorie nel caso di mancata comprovazione "dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando di gara "senza distinguere tra requisiti di ordine speciale e requisiti di ordine generale.*

□ *anche il regolare assolvimento degli obblighi contributivi, ancorchè rientrante tra i requisiti di carattere generale indicati nell'art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, prescritti ai fini dell'ammissione alle pubbliche gare, costituisce, pur sempre, una significativa componente del requisito di capacità economico-finanziaria.*

□ *E', infatti, evidente che un'impresa efficiente sotto l'aspetto economico-finanziario fa regolarmente fronte a tutti i suoi obblighi di natura economica, ivi compresi quelli contributivi.*

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1964 del 7 aprile 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 01964/2010 REG.DEC.

N. 03413/2008 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso in appello numero di registro generale 3413 del 2008, proposto da:
Consorzio di Bonifica dell'Ufita, rappresentato e difeso dagli avv. Tiziano
Giovannelli, Arcangelo Guzzo, Claudio Martino, con domicilio eletto presso l'avv.
Arcangelo Guzzo in Roma, via Antonio Gramsci n. 9;

contro

Elettro Controinteressata Snc in proprio e quale mandataria capogruppo
dell'associazione temporanea di imprese con Controinteressata due Costruzioni
Srl, rappresentate e difese dall'avv. Paolo Tanga, con domicilio eletto presso
Giovanni Zitola in Roma, piazza M. Benti Bulgarelli n. 10;
Ditta ALFA Pasqualino, quale componente della suddetta ATI ed in proprio;
El. Mont. Impianti Srl, quale componente della suddetta ATI ed in proprio;
BETA Spa in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese
con BETA DUE S.r.l.;
ETA S.p.A.;
DELTA S.r.l.;
Tech-Tron S.r.l.;
GAMMA e C. S.p.A.;
ZETA di Angelo Triunfio e C. S.n.c.;
Ditta P. Vitantonio;
Ditta M. Domenico;
Consorzio ELLE S.r.l., già Consorzio ELLE;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo della Campania – Salerno, Sezione I, n. 00062/2008, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE APPALTO LAVORI SU FALDA SOTTERRANEA - RISARCIMENTO DANNO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2010 il consigliere di Stato Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Guzzo e Tanga;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale Amministrativo della Campania, sede di Salerno, la s.n.c. “Elettro Controinteressata” di Salomone Francesco e Cardone Massimino, la s.r.l. “El.Mont. Impianti” e la s.r.l. “Controinteressata due Costruzioni” in persona dei rispettivi legali rappresentanti impugnavano il verbale in data 2475/2005 con il quale la commissione giudicatrice nominata dal Consorzio di Bonifica dell’Ufita aveva provvisoriamente aggiudicato all’associazione temporanea di imprese fra s.p.a. BETA ed s.r.l. S.N.E.C. la gara d’appalto dei lavori di realizzazione di una soglia sotterranea per il rimpinguamento della falda sotterranea del Fiume Ufita in località Ponte Doganella e di impianti fotovoltaici per la produzione di energia elettrica, ove occorresse, nella parte in cui aveva disposto l’ammissione alla gara dell’A.T.I. Tech-Tron/GAMMA, dell’A.T.I. Artistica/T.A.V.A./P./Manganello, dell’A.T.I. ETA DELTA e del Consorzio ELLE; impugnava inoltre la deliberazione n. 107 in data 26/5/2007 con la quale la Deputazione Amministrativa del Consorzio aveva approvato il suddetto verbale ed aggiudicato

l'appalto alla suddetta A.T.I., la determinazione definitiva di aggiudicazione e le note consortili n. 1590 in data 28/5/2005 e n. 3788 in data 13/7/2005.

Deducevano violazione dei principi generali in materia di procedure di gara d'appalto di opere pubbliche e, in particolare, degli artt. 21 e segg. della legge 11/2/1994 n. 109 e degli artt. 75 e 90 del D.P.R. 21/2/1999 n. 554, del bando e del disciplinare di gara ed eccesso di potere, assumendo l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'A.T.I. Artistica/T.A.V.A./P./Manganello, dell'A.T.I. Tech-Tron/GAMMA e dell' A.T.I. ETA/DELTA e sostenendo che l'esclusione dalla gara delle stesse avrebbe dato luogo ad una diversa soglia di anomalia delle offerte con conseguente aggiudicazione dell'appalto all'A.T.I. ricorrente e non alla controinteressata BETA/S.N.E.C.

Con successivo atto le stesse società hanno sostenuto l'illegittimità dell'ammissione alla gara anche del Consorzio "ELLE", assumendo la mancata introduzione nel procedimento di gara di parte della documentazione richiesta a pena di esclusione.

Analoga impugnazione è stata proposta anche dall'Impresa ALFA Pasqualino, facente parte della stessa A.T.I.

Le ricorrenti chiedevano l'annullamento degli atti impugnati ed il risarcimento dei danni.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale Amministrativo della Campania, sede di Salerno, Sezione I, riuniva i ricorsi, accoglieva il primo e, per l'effetto, annullava gli atti impugnati e condannava il Consorzio di bonifica dell'Ufita al risarcimento del danno in favore della parte ricorrente, nei limiti indicati in motivazione, e dichiarava improcedibile il secondo ricorso proposto dall'impresa ALFA.

Avverso la predetta sentenza insorge il Consorzio di bonifica dell'Ufita in persona del legale rappresentante chiedendo la sua riforma ed il rigetto del ricorso di primo grado.

Si sono costituite in giudizio Elettro Controinteressata s.n.c. e Controinteressata due Costruzioni s.r.l., in proprio e nella loro qualità di mandataria capogruppo la prima e di mandante la seconda, chiedendo il rigetto dell'appello.

Alla pubblica udienza del 9 febbraio 2010 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

Il Consorzio, odierno appellante, ha indetto una gara d'appalto per l'aggiudicazione dei lavori di cui in narrativa.

La relativa aggiudicazione è stata impugnata dall'odierna appellata di fronte al Tribunale Amministrativo della Campania, sede di Salerno, che ha accolto il ricorso, annullando gli atti impugnati e disponendo il risarcimento dei danni per equivalente.

Avverso la predetta sentenza insorge il Consorzio, odierno appellante.

La controversia può essere riassunta nei termini che seguono.

L'offerta dell'appellata non è stata presa in considerazione in quanto è risultata superiore alla soglia di anomalia.

Con il ricorso di primo grado l'appellata ha sostenuto che alcune offerte erano state ammesse illegittimamente; la loro esclusione avrebbe modificato la soglia di anomalia, in termini tali da consentirle di risultare aggiudicataria.

Il TAR ha condiviso integralmente l'impugnativa, annullando l'aggiudicazione ed accordando il risarcimento per equivalente.

Nel presente grado, le parti costituite concordano sul fatto che la sentenza deve essere confermata laddove risulti l'illegittimità dell'esclusione delle associazioni temporanee di imprese Techtron ed ETA e del Consorzio ELLE (si veda, in particolare, pag. 7 dell'appello).

Su tali punti, deve essere condiviso quanto argomentato dai primi giudici.

Le suddette associazioni temporanee hanno partecipato al procedimento senza subire contestazioni.

Dopo la sua conclusione, l'odierna appellata è venuta a conoscenza del fatto che entrambe le associazioni suddette avevano ommesso di dichiarare l'inesistenza di cause di esclusione per alcuni amministratori o direttori tecnici cessati nel triennio. Il fatto è ammesso anche dal Consorzio appellante, il quale peraltro sostiene di essere tenuto, in sede di gara, a rispettare le dichiarazioni rese dai partecipanti, senza possibilità di svolgere autonome indagini; richiama, a sostegno della tesi l'art. 73 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

L'interpretazione proposta della disposizione appena richiamata non può essere condivisa.

C.di S., V, 14 aprile 2008, n. 1608, ha affermato che in una gara di appalto per opere pubbliche, l'Amministrazione appaltante ha il potere-dovere di disattendere l'autocertificazione prodotta da un concorrente, in quel caso rivelatasi non veritiera in una diversa gara, malgrado, nella gara in oggetto - a differenza di quella in cui essa si è rivelata non veritiera - l'autocertificazione non fosse stata sottoposta (per sorteggio) al vaglio critico e dunque non fosse risultata immediatamente non veritiera.

In altri termini, il Consiglio di Stato ha affermato che la non veridicità delle dichiarazioni rese per partecipare alla gara inficia il suo risultato, anche se l'elemento è acquisito "aliunde".

L'orientamento è condiviso dal Collegio, non essendo ammissibile che l'Amministrazione affidi un contratto sulla base di un'inesatta percezione del possesso, da parte dei partecipanti, dei necessari requisiti; deve anche essere soggiunto come la presentazione di dichiarazioni inesatte possa anche costituire reato.

Non è, deve ribadirsi, consentito, che comportamenti anche delittuosi condizionino un'attività quale quella dell'affidamento dei contratti pubblici, la cui disciplina costituisce attuazione del principio di cui all'art. 97 della Costituzione.

Afferma, in conclusione, il Collegio che l'art. 73 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, non esclude affatto l'incidenza della dichiarazione falsa sulla legittimità del provvedimento di aggiudicazione che ha concorso a formare; il significato della disposizione è invece quello di onerare il dichiarante della responsabilità per le conseguenze del suo atto dolosamente o colposamente infedele.

Di conseguenza, la falsità o erroneità delle dichiarazioni comporta l'illegittimità del provvedimento che si fonda sul loro contenuto.

Il motivo d'appello deve, pertanto, essere respinto.

L'appellante sostiene poi l'erroneità della sentenza appellata nella parte in cui afferma l'illegittima ammissione alla gara del Consorzio suddetto per non avere dimostrato l'affidabilità morale degli amministratori delle imprese consorziate.

Sostiene l'appellante che l'adempimento non era, nella specie, necessario in quanto il Consorzio ha partecipato alla gara in nome proprio, non per affidare l'esecuzione del contratto ad una consorziata, per cui è tenuto a dimostrare esclusivamente la sua affidabilità.

La tesi non è condivisa dal Collegio.

Occorre osservare che già l'art. 11 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, disponeva che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei lavori ai soggetti di cui all'art. 10, comma 1, lettere b) e c), devono essere riferiti ai consorzi e non alle singole imprese consorziate, in tal modo dimostrando "a contrariis", che i requisiti di affidabilità morale devono essere dimostrati anche dalle imprese consorziate (in termini C. di S., VI, 15 maggio 2003, n. 2646).

L'art. 35 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ancora più restrittivo, stabilisce che anche i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici dei consorzi di cui al primo comma, lett. b) e c), del precedente art. 34 devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, salvo che

per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

La "ratio" delle disposizioni appena richiamate è ben evidente in quanto consentendo ad imprese diverse di confondere i rispettivi requisiti di affidabilità morale nell'ambito del consorzio questo costituirebbe uno strumento disposizione degli imprenditori meno affidabili, tra i quali si possono trovare imprese collegate alla criminalità organizzata, le quali potrebbero indirettamente partecipare a gare d'appalto, condizionandole.

Afferma, in conclusione, il Collegio che i Consorzi stabili per partecipare a gare d'appalto per l'aggiudicazione di contratti della pubblica Amministrazione sono tenuti a dimostrare, nei termini stabiliti dal bando, l'affidabilità morale degli organi di vertice delle imprese consorziate.

Il motivo d'appello risulta, quindi, infondato.

La sentenza di primo grado deve, di conseguenza, essere confermata anche sotto questo profilo.

Atteso che, come riferito sopra, è pacifico che l'esclusione delle imprese di cui si è detto è sufficiente per confermare l'accoglimento del ricorso di primo grado, l'appello deve, in conclusione, essere respinto nella parte relativa alle domande a contenuto impugnatorio.

L'appellante contesta la sentenza di primo grado anche nella parte relativa alla condanna al risarcimento dei danni.

Afferma in primo luogo che il richiamato art. 73 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, esclude la sua responsabilità in ordine alle conseguenze della presentazione di dichiarazioni non veritiere.

L'argomentazione non si attaglia al caso di specie nel quale l'odierna appellata aveva rappresentato alla stazione appaltante l'erroneità delle suddette dichiarazioni

oltre un mese prima della sottoscrizione del contratto, in tal modo consentendole di verificare la circostanza ed adottare i provvedimenti conseguenti.

Di conseguenza, l'Amministrazione poteva evitare di incorrere nell'illegittimità riscontrata facendo uso dell'ordinaria diligenza, e verificando le dichiarazioni di cui si tratta ai sensi dell'art. 71 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

L'appellante sostiene poi che la sua colpa deve essere esclusa in quanto il Tribunale Amministrativo con ordinanza n. 743 in data 7 luglio 2005 aveva respinto l'istanza di sospensione, presentata dalla parte odierna appellata.

Neanche questa argomentazione può essere condivisa in quanto l'ordinanza invocata è motivata con riferimento ad una sola delle censure dedotte in ricorso e quando ancora non erano stati notificati i motivi aggiunti, con i quali è stata dedotta l'illegittimità dell'ammissione alla gara del Consorzio ELLE.

Di conseguenza, l'ordinanza richiamata non è sufficiente per escludere la colpa della stazione appaltante.

In conclusione, l'appello deve essere respinto anche in relazione alla condanna al risarcimento dei danni.

Le spese devono essere integralmente compensate in ragione della complessità della controversia.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello.

Compensa integralmente spese ed onorari del giudizio fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/04/2010

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

Il Dirigente della Sezione