

Tassatività delle cause di esclusione?

Scritto da Giorgia Motta

Sabato 22 Ottobre 2011 09:34 - Ultimo aggiornamento Sabato 22 Ottobre 2011 09:50

N. 330/2011 Reg. Prov. Coll. N. 362 Reg. Ric. ANNO 2011 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 362 del 2011, proposto da:

M. S.r.l., con sede in Acquasparta, in proprio ed in qualità di mandante del r.t.i. A. S.p.a. (già S. S.p.a.) con sede in Milano, rappresentata e difesa dall'avv. Alvaro Bartollini, con domicilio eletto presso F. T. in Perugia, corso

...omissis...

;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale - A.U.S.L. n. 4 - di Terni, rappresentata e difesa dall'avv. Patrizia Bececco, con domicilio eletto presso D. A., in Perugia, via

...omissis...

;

nei confronti di

- C. S.r.l., con sede in Spoleto, rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Battisti, con domicilio eletto presso C. F. in Perugia, piazza

...omissis...

;

- A. S.p.a.;

per l'annullamento

della delibera n. 1131 del 03.08.2011 comunicata il 23.08.2011, con la quale il Direttore Generale dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 4 di Terni annullava l'aggiudicazione definitiva, disposta con deliberazione n. 740/D.G. del 17.05.2011, del servizio di vigilanza e trasporto valori delle sedi dell'A.U.S.L. a favore del r.t.i. A. S.p.a. (mandataria) M. S.r.l. (mandante)

nonché della pedissequa segnalazione del 26.08.2011 prot. n. 008575 ai fini dell'inserimento del nominativo della ricorrente nel casellario informatico delle esclusioni ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Tassatività delle cause di esclusione?

Scritto da Giorgia Motta

Sabato 22 Ottobre 2011 09:34 - Ultimo aggiornamento Sabato 22 Ottobre 2011 09:50

Visti gli atti di costituzione in giudizio della A.U.S.L. n. 4 - Terni e della C. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2011 il dott. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. La controversia riguarda l'esito della procedura aperta finalizzata all'affidamento per tre anni del servizio di vigilanza e trasporto valori nelle sedi della A.U.S.L. n. 4 di Terni.

Dopo l'annullamento in autotutela (a causa di errori nella valutazione delle offerte) di una prima aggiudicazione, con provvedimento n. 740/D.G. in data 17 maggio 2011, la gara veniva aggiudicata al r.t.i. di cui faceva parte la società odierna ricorrente.

Dal controllo del possesso dei requisiti, è infatti emersa a carico del rappresentante legale della società ricorrente l'esistenza di sei decreti penali di condanna irrevocabili, non menzionati nella domanda di partecipazione.

Pertanto, con deliberazione n. 1131 in data 3 agosto 2011, l'A.U.S.L. n. 4 ha annullato la precedente aggiudicazione ed ha aggiudicato la gara all'impresa seconda classificata; con nota prot. 8575 in data 26 agosto, ha effettuato la conseguente segnalazione all'Autorità di Vigilanza ai sensi dell'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici.

2. La ricorrente impugna detti ultimi provvedimenti.

2.1. Lamenta che sia stata violato o erroneamente applicato l'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici in relazione al bando di gara, sottolineando che il bando di gara ed il modulo allegato alla domanda non richiedevano l'indicazione di tutti indistintamente i precedenti penali, bensì soltanto di quelli concernenti "fatti gravi"; poiché i decreti penali, oltre a risalire a molti anni addietro, si riferiscono ad illeciti a suo dire non gravi, invoca (richiamando Cons. Stato, V, 19 giugno 2009, n. 4082) l'orientamento secondo il quale dalla dichiarazione si possono omettere i precedenti penali non risultanti dal certificato richiesto dall'interessato e quelli che l'interessato stesso non ritiene idonei a compromettere, secondo l'

id quod plerumque accidit

, la propria moralità professionale, e quindi ad integrare la fattispecie dell'articolo 38.

2.2. Sostiene che, in ogni caso, l'A.U.S.L., prima di comminare l'esclusione, avrebbe dovuto considerare l'estinzione delle condanne in applicazione dell'articolo 460 c.p.p., la presentazione

Tassatività delle cause di esclusione?

Scritto da Giorgia Motta

Sabato 22 Ottobre 2011 09:34 - Ultimo aggiornamento Sabato 22 Ottobre 2011 09:50

della domanda di riabilitazione ai sensi dell'articolo 676 c.p.p., e l'integrazione della documentazione prontamente effettuata dalla ricorrente; il non aver a ciò provveduto, determina a suo dire illogicità manifesta e carenza di motivazione.

3. Resistono, controdeducendo puntualmente, l'A.U.S.L. n. 4 e la società attualmente aggiudicataria.

4. Il ricorso è infondato e deve pertanto essere respinto.

4.1. L'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici considera, come cause di esclusione, al comma 1, lettera c), tra l'altro, l'aver riportato condanne per <<reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale>>.

Il comma 2 prevede che <<Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione>>.

La giurisprudenza prevalente afferma che l'articolo 38, comma 1 (nelle diverse fattispecie ivi elencate) ricollega l'esclusione dalla gara pubblica al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati nel bando (per la fattispecie di cui alla lettera c), la stazione appaltante deve valutare caso per caso la condotta dell'offerente, tenendo conto di molteplici aspetti quali quelli soggettivi, temporali, relazionali per verificare la sua professionalità per come nel tempo si è manifestata, dando specifico conto delle risultanze nella motivazione dell'eventuale provvedimento di esclusione - cfr. TAR Umbria, 25 febbraio 2011, n. 58), mentre il comma 2 non prevede analoga sanzione per l'ipotesi di mancata o non perspicua dichiarazione (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 24 marzo 2011, n. 1795).

4.2. Nel caso in esame non viene concretamente in rilievo la disposizione del comma 1, lettera c), succitata.

L'esclusione discende invece dalla lacunosità e non rispondenza al vero della dichiarazione sostitutiva presentata dalla ricorrente.

Al riguardo, va ricordato che, laddove il bando richiede genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 38 del Codice, esso giustifica una valutazione di gravità/non gravità compiuta dal concorrente, sicché questi 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 tal caso, non può essere ritenuta falsa. 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'articolo 38, 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 dalla legge, all'evidente fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno

Tassatività delle cause di esclusione?

Scritto da Giorgia Motta

Sabato 22 Ottobre 2011 09:34 - Ultimo aggiornamento Sabato 22 Ottobre 2011 09:50

dell'illecito, al fine di 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 omesso una dichiarazione prescritta dal bando (cfr. Cons. Stato, VI, 21 dicembre 2010, n. 9324; 24 giugno 2010, n. 4019; 22 gennaio 2010, n. 1017 - oltre a n. 4082/2009, cit.).

4.3. Sembra al Collegio che, nel caso in esame, la *lex specialis* avesse un simile contenuto impegnativo.

Infatti, mentre il disciplinare di gara (pag. 4, § 7.1., lett. c) si limita a chiedere una dichiarazione riferita all'assenza delle condizioni ostative di cui all'articolo 38, la modulistica di gara (dichiarazione unica sostitutiva dell'atto di notorietà - allegato 1, da presentare all'interno della Busta A) - alla pag. 4, lett. a), sub 7), dove contiene la dichiarazione sui requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38 del Codice, richiede espressamente anche la dichiarazione di <<aver riportato le seguenti condanne beneficiando della non menzione>> (campo riempito dalla ricorrente con <<N.a.>> cioè "nulla avere"). E avverte che << ... qualora emerga la non veridicità del contenuto della presente dichiarazione la scrivente Impresa decadrà dai benefici per i quali la stessa è stata rilasciata>>, vale a dire dall'ammissione alla gara.

4.4. La ricorrente, dunque, non ha indicato, come invece richiedeva il modulo della dichiarazione sostitutiva, i decreti penali di condanna.

La ricorrente sostiene che la contraddittorietà tra previsioni ambigue avrebbe dovuto condurre ad applicare quella più favorevole alla maggiore partecipazione alla gara.

Il Collegio ritiene che non sussista confusione, ma semplicemente, come frequentemente accade, un'integrazione tra le previsioni dei diversi documenti che compongono la *lex specialis*

4.5. Né la necessità di rilasciare detta dichiarazione può ritenersi superata dalla previsione (contenuta nella nota in calce al modulo della dichiarazione) che consentiva al concorrente di presentare i certificati comprovanti i requisiti richiesti (in concreto, il certificato del casellario giudiziale del legale rappresentante della ricorrente, dal quale non risulterebbero i decreti penali in questione), non essendosi avvalsa la ricorrente di detta opportunità, cioè non avendo prodotto in sede di gara, in sostituzione della dichiarazione, detto certificato.

4.6. Stante la natura del motivo di esclusione, sembra infine evidente l'irrilevanza di fatti successivi, quali la richiesta di riabilitazione, o estrinseci alla completezza della domanda, quali l'estinzione dei reati o la presentazione di chiarimenti o integrazioni documentali dopo la scadenza del termine.

4.7. Può aggiungersi che non trova applicazione l'articolo 46, comma 1-*bis*

, del Codice, introdotto dall'articolo 4, comma 2, n. 2, lettera d), del d.l. n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011, che, secondo le prime interpretazioni giurisprudenziali, avrebbe introdotto il

Tassatività delle cause di esclusione?

Scritto da Giorgia Motta

Sabato 22 Ottobre 2011 09:34 - Ultimo aggiornamento Sabato 22 Ottobre 2011 09:50

principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, dichiarando nulle le prescrizioni ulteriori. Infatti, poiché la previsione disattesa è prevista dalla legge (articolo 38, comma 2), e comunque concerne <<elementi essenziali>> dell'offerta (la dichiarazione di tutte le condanne penali, ritenuta dalla stazione appaltante necessaria a consentire la valutazione della loro eventuale rilevanza ostativa), si rientrerebbe comunque in una delle ipotesi di esclusione consentite.

5. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento in favore di ciascuna delle parti resistenti costituite della somma di euro 2.000,00 (duemila/00), oltre agli accessori di legge, per spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE F.F.

Carlo Luigi Cardoni

L'ESTENSORE

Pierfrancesco Ungari

IL CONSIGLIERE

Stefano Fantini

Depositata in Segreteria il 13 ottobre 2011

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