

Sempre l'Amministrazione pubblica può verificare il reale possesso dei requisiti morali

Il possesso della attestazione Soa in capo ad una impresa non impedisce né sostituisce l'accertamento e la valutazione dei requisiti morali, concernendo piuttosto il profilo di ordine tecnico, organizzativo ed economico della impresa.

In sede di gara pubblica, quindi, la sanzione dell'incameramento della cauzione prevista dall'art. 10, comma 1, L.109/1994 è applicabile per il dato formale dell'inadempimento rispetto ai doveri di lealtà nelle trattative.

La decisione numero 2933 del 7 giugno 2005 emessa dal Consiglio di Stato, merita di essere segnalata per alcuni importanti principi in essa contenuti:

- √ il possesso dei requisiti morali, più di quanto possa accadere per tutti gli altri, che difficilmente mutano in modo radicale nel periodo di validità dell'attestazione Soa, è invece soggetto ad eventi imprevedibili all'atto del rilascio di tale certificazione, che possono influire sull'affidabilità morale dell'impresa e dei suoi dirigenti, e che sono tali da giustificare un duplice accertamento, all'atto del rilascio dell'attestazione ed al momento della partecipazione a ciascuna gara d'appalto
- √ l'esclusione da una gara d'appalto derivante dall'assenza dei requisiti ex art. 75 d.P.R. n.554 del 1999 non costituisce una pena accessoria, un effetto penale della condanna od una sanzione amministrativa in sé, quanto piuttosto, una misura di natura eminentemente cautelare, diretta ad evitare la situazione di pericolo e d'allarme sociale che potrebbe discendere dalla stipulazione di contratti tra la stazione appaltante e soggetti che abbiano dimostrato la loro inettitudine organizzativa aziendale o la loro propensione a violare la legge penale o quelle a tutela di valori indisponibili od irrinunciabili
- √ Il requisito della inesistenza di sentenze di condanna definitive o patteggiate, come è stato chiarito dalla Circolare del Ministero dei Lavori Pubblici n.182/400/93 del 1° marzo 2000, in coerenza con la definizione tradizionalmente assunta dalle norme nazionali e comunitarie, mira ad escludere dagli appalti il concorrente che si sia reso colpevole di comportamenti penalmente rilevanti per fatti la cui natura e contenuto siano idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante per la inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto

In particolare in tema di funzione della cauzione provvisoria, ci è utile sapere che:

Prima della entrata in vigore della L.109/1994 la cauzione provvisoria serviva all'amministrazione a garanzia dell'adempimento del solo aggiudicatario dell'obbligazione relativa alla sottoscrizione del contratto. Con l'articolo 10 della L.109/1994 la previsione relativa all'incameramento della cauzione provvisoria è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall'aggiudicatario, assumendo così una funzione di garanzia non della stipula del contratto, ma della serietà e affidabilità dell'offerta. La sanzione dell'incameramento della cauzione provvisoria è quindi correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza e di produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione alla gara e di presentazione dell'offerta.

La escussione della cauzione, il cui scopo è liquidare in via forfetaria il danno subito dalla stazione appaltante per omessa stipulazione del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario provvisorio, riguarda non solo l'assenza della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa di questi, ma

anche tutti i casi in cui abbia prodotto dichiarazioni non confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione o abbia effettuato false dichiarazioni.

A cura di Sonia LAZZINI

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 Quarta) ha pronunciato la seguente
D E C I S I O N E

Sul ricorso r.g.n.10625/2004 proposto in appello da società ***** Costruzioni srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, nel cui studio in Roma domicilio alla via Principessa Clotilde n.2,

contro

Ministero della Giustizia, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici ope legis domicilio in Roma alla via dei Portoghesi n.12,

e contro

consorzio di Bonifica Bacchiglione Brenta, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Manzi e dall'avv. Francesco Volpe, con i quali domicilio in Roma via Confalonieri n. 5 presso lo studio del primo,

per l'annullamento

della sentenza n.7487/2004 depositata in data 28.7.2004 con la quale il TAR Lazio, Roma, sezione 3^o ter ha respinto il ricorso r.g.n.11320/2003 proposto dalla odierna appellante.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia;

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

Relatore alla udienza pubblica dell'8 marzo 2005 il Consigliere Sergio De Felice;

Uditi gli avvocati A. Clarizia, A. Manzi e l'Avv. dello Stato Giordano;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue;

FATTO

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, la società ***** Costruzioni s.r.l. aveva impugnato l'atto con il quale il Consorzio di Bonifica Bacchiglione Brenta, quale stazione appaltante, l'aveva esclusa dalla gara a pubblico incanto per i lavori di ripristino dei danni causati dalle eccezionali avversità atmosferiche della prima decade di ottobre in Provincia di Padova, nonché degli atti connessi e conseguenti, la escussione della cauzione provvisoria, la circolare ministeriale del Ministero della giustizia n.3194 del 17.6.2003, i provvedimenti del medesimo Ministero di Giustizia con cui era stato disposto il rilascio da parte dell'Ufficio centrale del casellario giudiziale alle pubbliche amministrazioni e ai gestori di pubblici servizi dei certificati generali riguardanti un determinato soggetto.

La appellante aveva partecipato alla gara su indicata, risultandone aggiudicataria provvisoria in data 11 luglio 2003. La stazione appaltante si era attivata per accertare il possesso dei requisiti, compreso quello di cui all'art. 75, comma 1, lettera c) del DPR 554/1999. Al riguardo, otteneva dal Tribunale di Padova il certificato dal quale si evinceva a carico del presidente del Consiglio di amministrazione della aggiudicataria, Giampiero De Riva, la esistenza di decisioni di condanna penale a seguito di patteggiamento, per reati di turbata libertà degli incanti, e per falso ideologico in atti pubblici.

A seguito di tale verifica, veniva disposta la esclusione, unitamente alla escussione della cauzione provvisoria, impugnati dalla società ***** Costruzioni s.r.l.

Il Tribunale adito respingeva il ricorso ritenendo infondate le doglianze prospettate in quella sede.

Con l'atto di appello vengono dedotte le censure di violazione e falsa applicazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili, riproponendo in sostanza le medesime censure di cui all'originario ricorso.

Si sostiene il vizio di violazione di legge in riferimento al DPR 313/2003 (artt. 23,24,28,33,39), alla L.50/1999, alla legge 675/1996, alla L.241/1990, art. 97 Costituzione, L.689/1981, DPR 445/2000, artt. 163, 164, 166 c.p., legge 109/1994; si deduce il vizio di eccesso di potere sotto vari profili.

In sostanza si sostiene che l'art. 75 d.P.R. 554/1999 è inapplicabile agli appalti sopra-soglia, bastando la attestazione SOA di cui la società appellante è munita; il Consorzio appaltante non era legittimato a richiedere, né l'Ufficio giudiziario a fornire, in ossequio al t.u. del casellario giudiziale e alla legge in materia di protezione dei dati personali, il certificato che apporta anche le decisioni patteggiate ai sensi dell'art. 444 c.p.p.; si deduce la irrilevanza del falso ideologico commesso otto anni prima; si contesta la legittimità della escussione della cauzione provvisoria.

Si è costituito il Consorzio di Bonifica Bacchiglione Brenta, chiedendo il rigetto dell'appello. Si è costituito altresì il Ministero della Giustizia, chiedendo il rigetto dell'appello.

Alla udienza pubblica dell'8 marzo 2005 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.L'appellante, che ha reso dichiarazione di inesistenza di precedenti penali pur in presenza di condanne patteggiate riguardanti il presidente del Consiglio di Amministrazione della società, con il primo motivo di appello, già rigettato in primo grado, lamenta la illegittimità dell'accertamento effettuato a mezzo della acquisizione di certificato del casellario giudiziale, sostenendo la sufficienza della positiva attestazione Soa, in ordine ai requisiti di ordine generale, tecnico-organizzativi e economico-finanziari necessari per la realizzazione di lavori pubblici.

La censura è infondata.

Il possesso della attestazione Soa in capo ad una impresa non impedisce né sostituisce l'accertamento e la valutazione dei requisiti morali, concernendo piuttosto il profilo di ordine tecnico, organizzativo ed economico della impresa. (art. 1, comma 3, D.P.R. 25 gennaio 2000, n 34, che definisce l'attestazione di qualità condizione necessaria e sufficiente solo per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria).

Al contrario, il possesso dei requisiti morali, più di quanto possa accadere per tutti gli altri, che difficilmente mutano in modo radicale nel periodo di validità dell'attestazione Soa, è invece soggetto ad eventi imprevedibili all'atto del rilascio di tale certificazione, che possono influire sull'affidabilità morale dell'impresa e dei suoi dirigenti, e che sono tali da giustificare un duplice accertamento, all'atto del rilascio dell'attestazione ed al momento della partecipazione a ciascuna gara d'appalto.

In tema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, il legislatore affida alle SOA il limitato compito di verificare e attestare l'eventuale esistenza della certificazione o dichiarazione di elementi del sistema di qualità, in aggiunta agli altri requisiti.

L'art. 75 d.P.R. 554/1999 prevede la esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e la preclusione alla stipula dei relativi contratti, tra gli altri, per i soggetti (lettera c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza, oltre che di condanna passata in giudicato, anche di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per reati che incidono sulla affidabilità morale e professionale.

Il divieto opera, quando si tratta di società di capitali, se la sentenza è stata emessa a carico degli amministratori muniti del potere di rappresentanza.

L'art.75, comma 2, d.P.R. n.554/1999, configura, in via generale, una causa di esclusione automatica dalle procedure di affidamento degli appalti nei confronti di coloro che sono stati condannati, anche con una sentenza ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per un reato che incida sulla affidabilità morale e professionale.

2. Nella specie, inoltre, l'appellante ha del tutto omesso di indicare nella autocertificazione la esistenza delle sentenze di patteggiamento, rendendosi per ciò solo, responsabile di dichiarazione non veritiera (essendo anche la sentenza patteggiata causa di esclusione) e tale fatto, da solo, concreta causa autonoma di esclusione dalla gara.

La omessa indicazione da parte di una impresa concorrente in una gara di appalto per l'affidamento di lavori pubblici, nell'ambito della autocertificazione della esistenza di sentenze di patteggiamento ex art. 444 c.p.p. a carico di determinati soggetti, per reati che incidono sulla loro moralità professionale, si manifesta già come dichiarazione non veritiera, cui consegue necessariamente la esclusione dalla gara, con carattere assorbente.

3.Non può giustificarsi, tra l'altro, la omissione della dichiarazione circa la esistenza di condanne penali patteggiate, sulla base della peculiarità del rito processual-penale utilizzato.

L'istituto del patteggiamento, ossia della decisione penale di condanna su richiesta della parte, non può certo costituire un espediente per sfuggire ai requisiti di moralità professionale, richiesti ai partecipanti alle gare di appalto, nel senso che la valutazione della incidenza di tali reati su detta moralità e, quindi, sulla possibilità di partecipare alla gara non può essere rimessa all'arbitrio del concorrente; pertanto, essendo mendace la dichiarazione che non dia piena contezza delle condanne patteggiate, è legittimamente escluso dalla gara il concorrente che ometta di dichiararle e sarebbe illegittimo l'operato della amministrazione appaltante che non tenesse conto della omissione di dichiarazione.

4.Con altro motivo di appello viene reiterata la censura, già respinta in prime cure, riguardante la illegittimità del rilascio alla stazione appaltante, da parte dell'Ufficio del casellario giudiziale di Padova, di certificato attestante le sentenze patteggiate a carico del presidente del consiglio di amministrazione.

La censura è infondata, già per il carattere assorbente della legittimità della esclusione dovuta alla falsa dichiarazione.

Da un lato, ai sensi dell'art. 24 L.675 del 1996, è ammissibile il trattamento dei dati personali relativamente alle decisioni di patteggiamento, a favore dei soggetti pubblici, ai fini dell'accertamento del requisito di idoneità morale di coloro che intendono partecipare a gare d'appalto, nelle ipotesi previste dalla legge.

Dall'altro lato, l'art. 46 d.P.R. n.445/2000, ai sensi del quale l'interessato, con dichiarazioni sottoscritte prodotte in sostituzione delle normali certificazioni, può, tra l'altro, autocertificare di non aver riportato condanne penali e di non essere destinatario di provvedimenti che riguardano l'applicazione di misure di prevenzione, di decisioni civili e di provvedimenti amministrativi iscritti nel casellario giudiziale ai

sensi della vigente normativa e di non essere a conoscenza di essere sottoposto a procedimenti penali, va coordinato con l'art. 75 d.P.R. n.554/1999.

Tale ultimo articolo richiede che i partecipanti a gare di appalto di lavori pubblici dimostrino mediante la produzione di certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti che non ricorrono le condizioni prescritte al comma 1, lett. b) e c), ovvero che non sono pendenti procedimenti per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 L.n.1423 del 1956 ovvero non sono state pronunciate sentenze di condanna penale passate in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per reati che incidono sulla affidabilità morale e professionale, trova la sua ragione di essere nella circostanza che la richiesta di certificati – in un sistema in cui l'ammissione alle procedure concorsuali per appalti pubblici non è condizionata alla assoluta assenza di precedenti penali, bensì alla mancanza di condanne “per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale” – si presenta del tutto giustificata, tenendo conto delle esigenze di speditezza del procedimento e delle oggettive difficoltà che lo stesso imprenditore potrebbe incontrare nella redazione di una esatta e corretta dichiarazione.

Né è fondata la affermazione della inesistenza del potere della stazione appaltante di richiedere e ottenere certificati dell'Ufficio giudiziario riguardanti sentenze di patteggiamento.

L'art. 39 d.P.R.313/2002 prevede la consultazione diretta del sistema informatico riguardante i certificati in questione, oltre che dall'autorità giudiziaria, anche da parte anche delle amministrazioni pubbliche e dei gestori di pubblici servizi.

L'art.71 d.P.R.445/2000 consente i controlli delle amministrazioni procedenti in ordine alla veridicità delle dichiarazioni sostitutive relative ai requisiti di partecipazione alle gare.

5.E' infondato anche il motivo di appello che ripropone la incostituzionalità dell'art. 75 d.P.R.554/1999, in relazione all'art. 25 Costituzione.

Il mezzo è infondato, anche in base alla ratio della norma sopra spiegata. Inoltre, l'esclusione da una gara d'appalto derivante dall'assenza dei requisiti ex art. 75 d.P.R. n.554 del 1999 non costituisce una pena accessoria, un effetto penale della condanna od una sanzione amministrativa in sé, quanto piuttosto, una misura di natura eminentemente cautelare, diretta ad evitare la situazione di pericolo e d'allarme sociale che potrebbe discendere dalla stipulazione di contratti tra la stazione appaltante e soggetti che abbiano dimostrato la loro inettitudine organizzativa aziendale o la loro propensione a violare la legge penale o quelle a tutela di valori indisponibili od irrinunciabili.

Il requisito della inesistenza di sentenze di condanna definitive o patteggiate, come è stato chiarito dalla Circolare del Ministero dei Lavori Pubblici n.182/400/93 del 1° marzo 2000, in coerenza con la definizione tradizionalmente assunta dalle norme nazionali e comunitarie, mira ad escludere dagli appalti il concorrente che si sia reso colpevole di comportamenti penalmente rilevanti per fatti la cui natura e contenuto siano idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante per la inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto.

La stazione appaltante deve comunque compiere un apprezzamento discrezionale circa la incidenza della condanna sull'elemento fiduciario, traendo elementi di valutazione dalla gravità del fatto, dal tempo trascorso dalla condanna, e da eventuali recidive.

Nella specie, avendo l'amministrazione individuato una causa di esclusione, nell'ambito della disposizione di legge che le lascia un ambito discrezionale limitato, a causa della falsità della dichiarazione, oltre che dalla esistenza di sentenze di patteggiamento per reati di certo tipo, la esclusione non può non considerarsi legittima.

6. Con altro mezzo di appello si contesta la legittimità della escussione della cauzione e della segnalazione alla Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici.

La doglianza è infondata.

Prima della entrata in vigore della L.109/1994 la cauzione provvisoria serviva all'amministrazione a garanzia dell'adempimento del solo aggiudicatario dell'obbligazione relativa alla sottoscrizione del contratto. Con l'articolo 10 della L.109/1994 la previsione relativa all'incameramento della cauzione provvisoria è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall'aggiudicatario, assumendo così una funzione di garanzia non della stipula del contratto, ma della serietà e affidabilità dell'offerta. La sanzione dell'incameramento della cauzione provvisoria è quindi correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza e di produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione alla gara e di presentazione dell'offerta.

In sede di gara pubblica, quindi, la sanzione dell'incameramento della cauzione prevista dall'art. 10, comma 1, L.109/1994 è applicabile per il dato formale dell'inadempimento rispetto ai doveri di lealtà nelle trattative.

La escussione della cauzione, il cui scopo è liquidare in via forfetaria il danno subito dalla stazione appaltante per omessa stipulazione del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario provvisorio, riguarda non solo l'assenza della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa di questi, ma anche tutti i casi in cui abbia prodotto dichiarazioni non confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione o abbia effettuato false dichiarazioni.

In caso di difformità tra le dichiarazioni rese da un concorrente in una gara di appalto, risultato poi aggiudicatario, e la prova del relativo contenuto, l'art. 10 comma 1 quater, L.109/1994 prevede come conseguenze automatiche l'esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione e la segnalazione alla Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici.

7. Per le considerazioni sopra svolte, l'appello va respinto.

La condanna alle spese del giudizio segue il principio della soccombenza; le spese sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quarta, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, così provvede:

rigetta l'appello, confermando la impugnata sentenza. Condanna parte appellante al pagamento delle spese del giudizio, liquidandole in euro sei mila totali, di cui cinquemila a favore del Consorzio appellato e mille in favore della amministrazione statale.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio dell'8 marzo 2005,

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

7 giugno 2005