

E' legittima l'esclusione (con relativa escussione della cauzione provvisoria) di una ditta che, in un'altra gara della stessa amministrazione, abbia dichiarato il falso relativamente alla mancanza di carichi pendenti in capo al proprio amministratore unico: esiste infatti il potere (obbligo) del Responsabile del Procedimento di accertare d'ufficio i fatti ed interessi, che giustificano l'esistenza del procedimento amministrativo

Tre importanti insegnamenti ci vengono offerti dalla sentenza numero 7915 del 9 agosto 2006 emessa dal Tar Campania, ottava sezione di Napoli

Primo:

Non può che ritenersi che legittimamente la pubblica amministrazione abbia acquisito agli atti del procedimento una notizia proveniente da altro procedimento, ma sicuramente rilevante anche nella procedura di gara in esame, dove la ricorrente aveva parimenti riproposta la stessa dichiarazione non veritiera

Secondo:

il possesso dei requisiti morali è soggetto ad eventi imprevedibili che possono influire sull'affidabilità dell'impresa e dei suoi dirigenti, e che giustificano un accertamento, anche in fase di partecipazione a ciascuna gara d'appalto. Pertanto, l'aver ommesso di indicare nella autocertificazione la esistenza di fatti rilevanti implica di per sé la responsabilità di una dichiarazione non veritiera (essendo anche la sentenza patteggiata causa di esclusione) e tale fatto, da solo, concreta causa autonoma di esclusione dalla gara.

A tale esclusione consegue ex se l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità

Terzo:

l'esclusione dalla gara è conseguenza della violazione dell'obbligo di buona fede e lealtà contrattuale, precisato nell'ambito delle fasi di contrattazione dall'onere di evidenziare tutte le cause ostative. Pertanto, accertata la violazione di un tale obbligo di correttezza e correttamente esclusa l'impresa dalla partecipazione, l'intera vicenda si fonda sul fatto stesso della mendace dichiarazione, astraendosi dal contenuto del fatto non dichiarato

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CAMPANIA

OTTAVA SEZIONE DI NAPOLI

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella udienza pubblica del 3 aprile 2006 sul ricorso 4198/2004 proposto da **** srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Napoli, Riviera di Chiaia 33, presso lo studio dei procuratori avv. Gina Orlando e Roberto Bernasconi, che la rappresentano e difendono in virtù di mandato a margine del ricorso introduttivo

contro

Amministrazione provinciale di Napoli, in persona del presidente della giunta provinciale legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Napoli, piazza Matteotti 1, unitamente ai procuratori avv. Luciano Scetta e Antonino Cascone, che la rappresentano e difendono in virtù di mandato in calce al ricorso notificato

***, non costituita

per l'annullamento, previa sospensione,

a. del provvedimento, comunicato con nota prot. 467 del 23 gennaio 2004, di esclusione dalla gara di appalto indetta con bando 59/03 per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della segnaletica stradale anno 2003 sulle SS.PP. di gruppi stradali dell'area flegrea;

b. della nota raccomandata prot. 635 del 30 gennaio 2004 con cui si comunicava l'inoltro della segnalazione all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici ex art. 10 comma 1 quater legge 109/94;

c. della nota prot. 634 del 30 gennaio 2004 di comunicazione dell'escussione della cauzione provvisoria n. 5897/04 a seguito di esclusione dalla gara e del relativo provvedimento non noto;

d. del provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara alla ditta controinteressata;

e. di ogni altro atto comunque presupposto, connesso o consequenziale;

nonché, con memoria per motivi aggiunti depositata il 4 giugno 2004,

f. del verbale di gara del 22 gennaio 2004, depositato in giudizio il 21 aprile 2004;

g. della nota della Provincia di Napoli prot. 370 del 20 gennaio 2004;

e. di ogni altro atto comunque presupposto, connesso o consequenziale;

Letto il ricorso ed i relativi allegati, e tutti gli atti di causa;

Udito il relatore alla pubblica udienza, referendario Diego Sabatino;

Uditi altresì i difensori, come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto

Con ricorso iscritto al n. 4198/2004, la parte ricorrente impugnava i provvedimenti indicati in epigrafe. A sostegno delle sue doglianze, premetteva di aver partecipato al bando n. 59/03 della Provincia di Napoli per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della segnaletica

stradale anno 2003 sulle SS.PP. di gruppi stradali dell'area flegrea, e di aver presentato ritualmente la propria offerta con i documenti a corredo.

Con la nota impugnata, l'amministrazione resistente aveva inopinatamente informato l'impresa di averla esclusa dalla gara stessa, sulla base di un controllo di ufficio operato per la diversa gara 58/03, inoltrando poi segnalazione all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici.

Ritenendo illegittimo il comportamento dell'Amministrazione, instava quindi per l'annullamento degli atti impugnati con vittoria di spese processuali.

Si costituiva la parte resistente, Amministrazione provinciale di Napoli, chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via graduata, rigettare il ricorso.

All'udienza del 21 aprile 2004, la trattazione dell'istanza cautelare veniva rinviata ad altra camera di consiglio, ed alla successiva udienza del 28 aprile 2004, era cancellata dal ruolo.

All'udienza del 7 luglio 2004, l'istanza veniva accolta in parte con ordinanza n. 3830/2004, in relazione al solo incameramento della cauzione ed alla segnalazione all'Autorità.

All'udienza del 3 aprile 2006, il ricorso è stato discusso ed assunto in decisione.

Considerato in diritto

Il ricorso non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.

Con il primo motivo di doglianza, la ricorrente si duole di violazione di legge, violazione di *lex specialis*, violazione del giusto procedimento, manifesta ingiustizia, carenza di potere, erronea e falsa applicazione dell'art. 10 comma 1 quater della legge 109 del 1994, eccesso di potere per sviamento.

Il contenuto della censura attiene alla circostanza che la pubblica amministrazione avrebbe operato il controllo che ha poi portato all'esclusione in riferimento ad una gara diversa da quella a cui stava partecipando la ricorrente, con la conseguente violazione dei parametri normativi indicati.

La censura è infondata, sia in fatto che in diritto.

Appare emergere dai documenti presentati dall'amministrazione, e non contestati, che la ricorrente ha presentato, in relazione alla procedura di cui si verte, identificata dalla pubblica amministrazione resistente come gara n. 59/2003, una attestazione in cui l'amministratore unico e direttore tecnico della società affermava di non avere iscrizioni presso il casellario dei carichi pendenti unificato.

L'amministrazione, nel corso della valutazione di una gara diversa, ossia la n. 58/2003, a cui la stessa ricorrente aveva partecipato con la presentazione di una attestazione dal contenuto identico, provvedeva ad accertamenti di ufficio, rilevando, al contrario di quanto affermato nella attestazione, che a carico dell'amministratore unico esistevano iscrizioni presso il detto casellario.

A seguito di detto accertamento, l'amministrazione disponeva l'esclusione per la gara qui in esame, ossia la n. 59/2003, della ricorrente.

Così ricostruita la vicenda, la censura proposta della ricorrente appare del tutto infondata. Assodato che a carico dell'amministratore unico e direttore tecnico della società esistevano iscrizioni non dichiarate, la pubblica amministrazione si è trovata di fronte ad una affermazione non veritiera, fatta in relazione a due diverse procedure. Nella prima, ossia la n. 58/2003, vi era contestualità tra dichiarazione non veritiera, accertamento d'ufficio e provvedimento conseguente; nella seconda la

vicenda ha avuto un esito leggermente diverso. Nel senso che, a seguito della presentazione della dichiarazione non veritiera, l'amministrazione si giovava di una conoscenza acquisita non in quel procedimento, ma aliunde, e provvedeva all'esclusione.

Secondo la ricorrente, tale comportamento sarebbe causa di illegittimità. Secondo la lettera della legge sul procedimento, invece, tale illegittimità è esclusa.

Uno dei principi fondamentali dell'attività amministrativa, peraltro ratio giustificante di alcuni tipici casi di eccesso di potere (quali il difetto di istruttoria, errore di fatto, ecc.) è proprio quello della completezza nell'acquisizione di fatti ed interessi, che giustifica l'esistenza del procedimento amministrativo. E tale principio, pacificamente riconosciuto e posto alla base del sistema, è stato positivamente introdotto nella legge generale sull'attività amministrativa mediante l'indicazione espressa dei compiti del responsabile del procedimento, in capo al quale cade, tra l'altro, l'obbligo di accertare d'ufficio i fatti.

Vi è quindi un profilo di informalità di acquisizione degli elementi fondanti la decisione amministrativa, peraltro speculare al profilo di informalità di introduzione degli stessi da parte degli interessati.

Non può che ritenersi quindi che legittimamente la pubblica amministrazione abbia acquisito agli atti del procedimento una notizia proveniente da altro procedimento, ma sicuramente rilevante anche nella procedura di gara in esame, dove la ricorrente aveva parimenti riproposta la stessa dichiarazione non veritiera.

Con il secondo motivo di ricorso, viene dedotta violazione di legge; violazione e falsa applicazione dell'art. 10 comma 1 quater della legge 109 del 1994; violazione del giusto procedimento. Secondo la ricorrente, la trasmissione degli atti all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici e l'incameramento della cauzione sarebbero illegittimi in quanto attuati in contrario al disposto normativo, ed in dispregio alla esigenza di tutelare unicamente l'interesse pubblico alla serietà delle offerte economiche.

L'assunto non è fondato.

Come è stato anche di recente evidenziato (Consiglio Stato, sez. IV, 7 giugno 2005, n. 2933), il possesso dei requisiti morali è soggetto ad eventi imprevedibili che possono influire sull'affidabilità dell'impresa e dei suoi dirigenti, e che giustificano un accertamento, anche in fase di partecipazione a ciascuna gara d'appalto. Pertanto, l'aver omesso di indicare nella autocertificazione la presenza di fatti rilevanti implica di per sé la responsabilità di una dichiarazione non veritiera (essendo anche la sentenza patteggiata causa di esclusione) e tale fatto, da solo, concreta causa autonoma di esclusione dalla gara.

A tale esclusione consegue ex se l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità. Come espressamente dedotto nella sopra citata sentenza, la funzione di tale onere economico è mutata dopo l'entrata in vigore della legge 109 del 1994, in quanto non ha più il compito di garantire l'adempimento del solo aggiudicatario dell'obbligazione relativa alla sottoscrizione del contratto. Infatti con l'articolo 10 della legge "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".

Per tali ragioni, espressamente condivise dal Collegio, il motivo di censura va respinto.

Con il terzo motivo di censura, viene dedotta violazione di legge; violazione dell'art. 75 D.P.R. 554 del 1999; violazione del giusto procedimento; ingiustizia manifesta; violazione dell'art. 27 e 97 della Costituzione. In dettaglio, la ricorrente si duole perché il fatto penale di cui si verte non fosse tale da incidere sulla moralità professionale dell'imprenditore, e quindi non era idoneo a determinare l'esclusione dalla gara e le conseguenze ulteriori.

L'assunto non è condivisibile.

Come sopra indicato, l'esclusione dalla gara è conseguenza della violazione dell'obbligo di buona fede e lealtà contrattuale, precisato nell'ambito delle fasi di contrattazione dall'onere di evidenziare tutte le cause ostative. Pertanto, accertata la violazione di un tale obbligo di correttezza e correttamente esclusa l'impresa dalla partecipazione, l'intera vicenda si fonda sul fatto stesso della mendace dichiarazione, astraendosi dal contenuto del fatto non dichiarato.

Per tali ragioni, seguendo l'iter argomentativo sopra delineato, la censura proposta non può essere accolta.

Con il quarto motivo di censura, la ricorrente evidenzia violazione di legge; violazione dell'art. 71 del D.P.R. 445 del 2000 e dell'art. 75 del D.P.R. 554 del 1999; violazione del giusto procedimento. Secondo la ricorrente, non potrebbe evincersi dalla normativa di bando alcun elemento da cui evidenziare la falsità della dichiarazione, atteso che non vi era alcuna previsione di dichiarare la pendenza di procedimento penale.

L'assunto è infondato in fatto.

La falsità commessa attiene alla presentazione di una dichiarazione sostitutiva del certificato di carichi pendenti relativo all'amministratore unico dell'impresa. Nella dichiarazione sostitutiva viene allora indicata la mancanza di procedimenti pendenti.

Tuttavia, va evidenziato che proprio la detta attestazione è oggetto di espressa previsione di bando, alla lettera F) dello stesso, dove si prevede la possibilità di sostituzione dei certificati con dichiarazione ex D.P.R. 445 del 2000.

Pertanto, la mendace dichiarazione emerge in relazione ad una previsione espressa contenuta nella lex specialis, confermando quindi la giustezza del provvedimento di esclusione che la pone a fondamento.

Con il quinto motivo di doglianza, viene dedotta l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento; omessa istruttoria; carenza di motivazioni; violazione art. 7 e 8 della legge sul procedimento. Secondo la ricorrente, la pubblica amministrazione avrebbe dovuto procedere a tali adempimenti, stante la natura di controllo del procedimento.

L'assunto è infondato, atteso che la vicenda si colloca in un unico ambito procedimentale, attivato dalla partecipazione della stessa ricorrente alla procedura di gara.

Il ricorso va quindi respinto, con rigetto delle ulteriori richieste di responsabilità contrattuale e precontrattuale, che non possono essere accolte in quanto manca il profilo della illegittimità del comportamento della pubblica amministrazione.

Le spese processuali vanno poste a carico della parte soccombente e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, ottava sezione di Napoli, definitivamente pronunciando, disattesa e respinta ogni diversa istanza, domanda, deduzione ed eccezione, così provvede:

1. Respinge il ricorso n. 4198/2004;

2. Condanna la ***** srl a rifondere all'Amministrazione provinciale di Napoli le spese del presente giudizio, che liquida in complessivi € 1.500,00 (euro millecinquecento) oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge.

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

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 3 aprile e del 3 luglio 2006.

Evasio Speranza Presidente

Diego Sabatino Referendario estensore

Tribunale amministrativo regionale per la Campania – Ottava sezione di Napoli

Sentenza VIII, pag.