



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 34 del 2010, proposto dalla Agrisald S.a.s. di Dradi & C., rappresentata e difesa dall'avv. Renato Docimo, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. in Bari, piazza Massari;

***contro***

l'Acquedotto Pugliese S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Nicolò De Marco, con domicilio eletto in Bari, via Abate Gimma, 189;

***nei confronti di***

Faver S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Paparella, con domicilio eletto in Bari, via Venezia, 14;

***per l'annullamento***

del provvedimento n. 135574 del 27.10.2009, con il quale, in riferimento alla procedura di gara per l'appalto del servizio di

sorveglianza tecnica, pronto intervento e lavori di manutenzione ordinaria e guasto per gli acquedotti di adduzione primari, nonché dei lavori di centinatura di alcuni tratti del Canale Principale dell'acquedotto Sele-Calore, il consorzio CONSCOOP è stato escluso dalla gara medesima, a cui la ricorrente ha partecipato in qualità di ditta ausiliaria, ed è stato altresì annullato il precedente provvedimento di aggiudicazione alla stessa CON SCOOP e si è quindi provveduto alla nuova aggiudicazione favore della controinteressata, nonché di tutti gli atti comunque connessi e collegati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Acquedotto Pugliese S.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Faver S.p.a

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2011 il cons. Giuseppina Adamo e uditi per le parti i difensori, avv.ti Renato Decimo, Nicolò De Marco e Francesco Paparella

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Il Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro - Cons. coop. Soc. Coop. S.r.l. -, in costituenda A.T.I. con Coget s.c. a r.l.,

Mucafer s.c. per azioni e Agrisald s.a.s., ha partecipato alla gara per il servizio di sorveglianza tecnica e pronto intervento e per i lavori di manutenzione ordinaria e a guasto degli acquedotti di adduzione primaria indetta dall'Acquedotto Pugliese S.p.a., con bando spedito per la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 9 marzo 2009.

Risultata aggiudicataria del lotto Centro Sud, è stata esclusa con provvedimento 27 ottobre 2009, prot. n. 135574.

Con il ricorso in esame la mandante Agrisald ha impugnato tale atto soprattutto per contestare la segnalazione nei propri confronti all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Il provvedimento di esclusione si riconnette alle dichiarazioni della mandante Agrisald s.a.s., verificate dall'Amministrazione, dopo l'aggiudicazione.

È infatti emerso dal casellario giudiziario relativo al rappresentante legale dell'impresa ausiliaria, signor Fernando Dradi, che lo stesso è stato condannato per inosservanza dei limiti di velocità nel 1967, è stato dichiarato fallito nel 1986 ed è stato condannato per la violazione delle norme per la repressione dell'evasione in materia di imposta sui redditi e sul valore aggiunto (articolo 2, comma secondo, della legge n. 516/1982) con sentenza di applicazione della pena su richiesta, irrevocabile il 7 dicembre 1991.

La ricorrente essenzialmente contesta l'esclusione in quanto la sua dichiarazione. era rispettosa del disciplinare di gara che, al punto 2.1,

richiedeva una dichiarazione attestante l'assenza "delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, del decreto legislativo 163 del 2006". Non poteva invece assumere alcun valore la successiva pubblicazione sul sito informatico d'indicazioni in ordine a ulteriori obblighi dichiarativi; in ogni caso, secondo l'istante, i precedenti del signor Fernando Dradi non possono essere ricondotti all'ipotesi di reati gravi incidenti sulla moralità professionale, di cui al citato articolo 38 del codice dei contratti pubblici.

Al proposito la società chiarisce innanzitutto che il risalente reato di eccesso di velocità è stato depenalizzato; che il fallimento si è chiuso nel gennaio 1994 con la ripartizione finale dell'attivo e chr, con provvedimento del 2005, è stata concessa la riabilitazione; che il titolo primo della legge n. 516/1982 è stato abrogato con decreto legislativo n. 74/2000 e che, data la depenalizzazione, il G.I.P. di Forlì ha revocato la sentenza nel 2004.

Si sono costituiti l'Acquedotto Pugliese S.p.a. e la Faver S.p.a., chiedendo il rigetto del ricorso.

Sulle conclusioni delle parti, all'udienza del 20 aprile 2011 la causa è stata riservata per la decisione.

2. Il ricorso proposto dalla Agrisald s.a.s. contro l'esclusione della A.T.I. a cui partecipava, in relazione ai precedenti dell'amministratore della stessa mandante, dev'essere accolto.

Innanzitutto, deve chiarirsi che, sulla base degli atti d'indizione della gara, la dichiarazione riguardante la Agrisald non può reputarsi

omissiva o addirittura falsa.

Occorre ricordare che la questione d'affrontare in questa sede si collega ad altre analoghe che hanno coinvolto sempre l'Acquedotto pugliese, segnatamente con riguardo alle modalità di redazione dei bandi.

In particolare, la decisione del Consiglio di Stato, sesta Sezione, 4 agosto 2009 n. 4907 ha chiarito il rapporto tra "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" e "la dichiarazione del concorrente, in ordine al possesso dei requisiti".

Premesso che comunque "La mancanza dei requisiti generali si traduce in altrettante cause di esclusione", il Consiglio di Stato, in relazione a quell'ipotesi concreta, in cui il bando predisposto dalla medesima Stazione appaltante non prevedeva espressamente una dichiarazione di tutti precedenti penali, a prescindere dalla loro natura o gravità, ha osservato quanto segue.

"7.1... 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) si limita a rinviare al disciplinare di gara.

Il disciplinare, a sua volta (parte prima, paragrafo 2.1) richiede <<una o più dichiarazioni>> <<attestanti l'assenza delle cause di esclusione e il possesso dei requisiti come segue: (...) c) presenza nel concorrente di soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato (...) per reati gravi (...); i) violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali (...)>>.

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 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".

Seguendo il ragionamento della decisione n. 4907/2009, il Collegio deve quindi domandarsi se l'avviso inserito sul "profilo del committente" (ovvero sul sito) possa integrare il bando, come pretende la AQP S.p.A., sì da giustificare un'esclusione per falsa dichiarazione, ed infine deve occuparsi della verifica di gravità dei reati, come operata dall'Acquedotto Pugliese, ai fini del controllo giurisdizionale della congruità e della logicità delle relative valutazioni.

L'avviso inserito nel sito aveva il seguente contenuto:

"ATTENZIONE

I concorrenti interessati a partecipare ad una gara di appalto di lavori, servizi e forniture, devono prestare la massima attenzione nella predisposizione delle dichiarazioni ed in particolare a quella di cui all'art. 38, comma 1 lettere b) e c) D. Lgs. 163/2006.

Pertanto si invitano i concorrenti a dichiarare tutti i reati commessi, anche se ritenuti non rilevanti o incidenti sulla moralità professionale.

La dichiarazione deve comprendere anche:

- le condanne per le quali si sia beneficiato della non menzione;
- le sentenze passate in giudicato;
- i decreti penali di condanne divenuti irrevocabili;
- le sentenze di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p.;
- gli eventuali provvedimenti di riabilitazione;
- l'eventuale estinzione del reato;
- gli eventuali provvedimenti di revoca.

AQP S.p.A., per la verifica delle dichiarazioni predette, acquisirà il certificato del casellario giudiziale integrale da cui risultano tutti i reati commessi. Ogni difformità tra quanto risultante dal predetto certificato del casellario giudiziale e la dichiarazione resa, a prescindere dalla natura del reato, comporterà l'esclusione del ricorrente dalla gara e la sua segnalazione alle competenti autorità".

Il significato dell'avviso è del tutto chiaro e non presenta margini di ambiguità; il contenuto sembra concretizzare l'opzione suggerita nella decisione n. 4907/2009 di richiedere "una dichiarazione onnicomprensiva", che comprenda la presenza o assenza di qualsivoglia condanna penale.

È invece da escludere che lo stesso avviso possa assumere una valenza effettivamente e vincolativamente integrativa della *lex specialis*.

Per l'Allegato X al codice degli appalti (che si occupa appunto delle "Caratteristiche relative alla pubblicazione") infatti i bandi trovano la loro propria sede di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Gli stessi possono anche essere inseriti nel "profilo di committente", ma si tratta sempre di un'iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice a scopo divulgativo.

Le stazioni appaltanti sono altresì incoraggiate a pubblicare nel medesimo sito quelle che il secondo comma dell'allegato definisce "informazioni complementari o aggiuntive" (ad es., la versione integrale del capitolato d'oneri e i documenti complementari, le "informazioni sugli appalti in corso, sulle commesse programmate, sui contratti conclusi, sulle procedure annullate, nonché ogni altra informazione generale utile come persone da contattare, numeri di telefono e di fax, indirizzi postali ed elettronici (e-mail)").

La previsione evidentemente tende a favorire l'utilizzo dei mezzi informatici al fine di rendere più celere, più facile e più economica la

partecipazione alle gare pubbliche, rendendo accessibile una vasta gamma di documenti, la cui consultazione altrimenti sarebbe possibile solo recandosi in loco presso l'amministrazione. Misure facilitative tutte dettate nella prospettiva di una sempre maggiore apertura del mercato degli appalti alle imprese dei Paesi dell'Unione. È chiaro perciò che la funzione di tali pubblicazioni è di tipo meramente informativo e notiziale, mentre è estranea ogni valenza integrativa del contenuto del bando di gara e del disciplinare di gara, con l'aggiunta di nuovi obblighi e nuovi oneri in sede di partecipazione non già imposti negli atti indittivi ufficialmente pubblicati.

Il provvedimento di esclusione è perciò illegittimo anche laddove ritiene falsa la dichiarazione relativa al signor Dardi con riferimento alle indicazioni contenute nell'avviso consultabile su Internet.

A questo punto resta da considerare la valutazione effettuata dalla AQP S.p.A. sulla gravità e sulla pertinenza dei reati.

In effetti, dalla pur diffusa motivazione dell'atto 27 ottobre 2009, prot. n. 135574, non emerge un giudizio in concreto su tali aspetti. Piuttosto il provvedimento si sofferma in astratto sull'oggettiva gravità e sulla capacità d'incidere sulla moralità professionale della violazione degli obblighi tributari, senza un preciso riferimento alla fattispecie di cui all'articolo 2, comma secondo, della legge n. 516/1982 e alle specifiche circostanze del reato.

Di conseguenza, si deve ritenere la giustificazione addotta

dall'Acquedotto Pugliese inidonea a sorreggere l'esclusione della A.T.I., per mancanza dei requisiti di cui all'art. 38, comma primo, lettera b), sia perché priva di una valutazione in concreto sia perché approdante ad un risultato illogico.

Non può infatti sfuggire che l'avvenuta depenalizzazione del reato, alla quale consegue il venir meno del giudizio di particolare disvalore sociale del fatto, l'episodicità della violazione, la modesta somma non versata e la circostanza che il fatto non è stato commesso di recente appaiano indici chiari della non gravità del reato e della sua inidoneità a incidere sull'affidabilità dell'impresa in vista della costituzione del rapporto fiduciario con la Stazione appaltante.

Il provvedimento espulsivo, d'altronde, non può sorreggersi, come sostenuto dall'Acquedotto Pugliese nelle sue difese (ma non nel provvedimento gravato), sulla diversa causa di esclusione, di cui alla lettera g) del medesimo articolo 38 (aver “commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti”).

Tale clausola invero integra un diverso meccanismo rispetto a quello della lettera c): non viene in effetti valutato il fatto, storicamente verificatosi (della condanna), bensì la circostanza che il concorrente sia ritenuto inadempiente dall'ordinamento, con accertamento definitivo, rispetto agli obblighi tributari in un lasso di tempo circoscritto dall'articolo 38, per le finalità che sono proprie di questa

disposizione, a quello intercorrente tra la domanda di partecipazione alla procedura selettiva e la stipulazione del contratto.

In concreto, una violazione siffatta non è addebitabile alla Agrisald s.a.s. e, di riflesso, al Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro e perciò il richiamo della lett. g) si rivela inconferente.

Di conseguenza, il provvedimento del 27 ottobre 2009, prot. n. 135574, con cui l'Amministratore unico di AQP ha disposto di escludere il Consorzio dalla gara d'appalto per il lotto Centro Sud e di procedere alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, va annullato.

Le spese seguono la soccombenza per quel che riguarda l'AQP, come da liquidazione equitativa in dispositivo, mentre sono da compensare nei confronti della Faver S.p.a., sussistendo i relativi motivi giustificativi.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione prima), definitivamente pronunciandosi, accoglie il ricorso, come in epigrafe proposto, e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Acquedotto Pugliese S.p.a, al pagamento di € 3.000,00 (tremila/00), più CU, CPI e IVA, come per legge, a favore della società ricorrente, a titolo di spese di lite. Compensa per il resto.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 20 aprile

2011 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere, Estensore

Savio Picone, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2011

IL SEGRETARIO

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