

Quale che sia la natura giuridico-processuale dei decreti penali di condanna rispetto alle sentenze di condanna, c'è che rileva ai fini dell'ammissione alle pubbliche gare d'appalto è il possibile contenuto di essi e quindi l'inesistenza di statuizioni che - assunte nell'una o nell'altra forma - possano riguardare reati incidenti sull'affidabilità morale o professionale dell'impresa

Il Tar Sicilia, Palermo con la sentenza numero 769 del 9 marzo 2007 ci insegna che:

< Di conseguenza, occorre ribadire che non può dirsi esaustiva, ai fini dell'ammissione alle pubbliche gare d'appalto, la dichiarazione del legale rappresentante dell'impresa, il quale si limiti ad attestare l'inesistenza di sentenze penali di condanna e non anche di corrispondenti decreti; tanto più che la normativa sugli appalti pubblici non indica quali siano i reati incidenti negativamente sull'affidabilità delle imprese onde dev'essere data alla stazione appaltante la più ampia possibilità di valutazione del profilo morale delle imprese che partecipano ai pubblici appalti; ossia, evitando che, con la sola dichiarazione relativa alla inesistenza di sentenze di condanna, possano essere occultate altre condanne sol perché inflitte tramite lo speciale procedimento per decreto ex art. 459 c.p.p.>

l'emarginata sentenza merita di essere segnalata anche per questo ulteriore pensiero:

< la tempistica dell'aggiudicazione, del reclamo e della relativa decisione da parte della P.A., il meccanismo ex art. 21-bis L. n. 109/1994 (come recepita in Sicilia ex L.r. n. 7/2002 e s.m.i.) non può incidere sui poteri di autotutela della P.A. e, quindi, sulla possibilità per la stessa di emendare la procedura di gara da eventuali vizi; specie ove l'autotutela intervenga - come nella fattispecie - in un breve lasso di tempo e sia rivolta alla correzione di un errore materiale commesso dal seggio di gara nel corso del procedimento.>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2504/06, Sezione III, proposto dalla ** Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentate pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv.to Michele Pellitteri ed elettivamente domiciliato in Palermo, via Goethe n. 44, presso lo studio dell'Avv.to Mare Del Noce;

CONTRO

- il Comune di Cianciana, in persona del Sindaco pro-tempore, non costituito in giudizio;

e nei confronti

- della ditta ** Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Massimo Dell'Utri e Giovanna Giglia, elettivamente domiciliato in Palermo, Piazza Edison n. 2, presso lo studio dell'Avv. Anna Maria Caronia;

- della ** soc. coop., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione,

- “della nota prot. n. 15426 del 7.11.2006 a firma del Dirigente U.O. n. 4 LL.PP. del Comune di Cianciana Geom. Giuseppe **, avente ad oggetto “lavori di messa a norma impianto polisportivo (campo di calcio, campo di pallacanestro, campo di tennis), sito in c.da Zaccurafa - Aggiudicazione gara di appalto”, con cui è stato rigettato il reclamo proposto con nota della ** costruzioni S.r.l., assunta al protocollo al n. 14755 in data 25.10.2006 avverso l'aggiudicazione della gara alla ** costruzioni S.r.l.”;

- del provvedimento a firma del Dirigente della U.O. n. 4 LL.PP. del Comune di Cianciana, prot. n.14203 del 13.10.2006;

- del verbale di gara n. 11 del 18.10.2006;

- della nota prot.n. 16184 del 21.11.2006 con cui è stato disposto lo svincolo della cauzione prestata dalla società ricorrente;

- di ogni altro provvedimento presupposto, conseguente e/o susseguente, comunque connesso, adottato dal Comune di Cianciana successivamente al verbale di gara del 28.9.2006.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio della ditta ** Costruzioni S.r.l., controinteressata, e le relative difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Cons. Calogero Ferlisi;

Uditi, alla pubblica udienza del 9 febbraio 2007, i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, il legale rappresentante della ** Costruzioni S.r.l. (già aggiudicataria in esito alla seduta di gara del 28.9.2006), premette di avere a suo tempo vanamente contestato, con rituale reclamo, la riapertura della gara, disposta dal seggio a seguito di altro reclamo proposto dalla cooperativa **.

Poichè la nuova seduta di gara del 18.10.2006 ha portato all'aggiudicazione dell'appalto alla ditta ** Costruzioni S.r.l., la ** Costruzioni S.r.l. impugna tale esito - e quindi i provvedimenti di cui in epigrafe - chiedendone l'annullamento, vinte le spese.

2. In punto di diritto deduce tre motivi:

I) Violazione dell'art. 21-bis della legge n. 109/94 - Definitività dell'aggiudicazione di cui al verbale di gara n. 10 del 28.09.2006 a favore della ** Costruzioni S.r.l. per l'inutile decorso del termine perentorio di cui al terzo comma del suddetto articolo 21-bis della legge 109/94, come introdotto dalla L.r. Sicilia 02.08.2002 n. 7.

L'aggiudicazione provvisoria della gara è stata effettuata a favore della ** Costruzioni S.r.l. con il verbale di gara del 28.09.2006.

La ** soc. Coop. ha proposto reclamo contro tale verbale "... con nota inviata a mezzo fax al Comune il 02.10.2006 e, successivamente, a mezzo lettera racc. A.R. il 05.10.2006, assunta al protocollo in pari data al n. 13464, ossia entro i 7 giorni successivi a quello di espletamento della gara ai sensi dell'art. 21-bis L.109/94. Di conseguenza, ai sensi del successivo comma 3° del succitato art. 21-bis, l'Ente appaltante avrebbe dovuto decidere il reclamo "entro il termine perentorio di dieci giorni dalla loro trasmissione"; dopo di che il verbale di aggiudicazione si è consolidato divenendo definitivo ai sensi del comma 4° dell'art. 21-bis citato.

II) Violazione dei punti 7.4 ed 8 del bando di gara - Eccesso di potere per difetto di motivazione e sviamento dall'interesse pubblico.

In applicazione delle richiamate disposizioni del bando di gara, sarebbe stato "... preciso onere di ciascun partecipante, avente interesse al suo regolare svolgimento, di presenziare alle operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte il giorno 14.09.2006, e nelle successive sedute, facendo rilevare in quella sede e, comunque, prima dell'inizio delle operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte, qualsiasi eventuale irregolarità (quale appunto l'esistenza della dichiarazione ai sensi dell'art. 4) punto d) resa dal Direttore Tecnico della ditta) chiesta a pena di esclusione, che invece non era stata rilevata al momento dell'apertura delle buste".

III) Obbligo di esclusione della ditta ** Soc. Coop., anche a seguito del rinvenimento postumo della dichiarazione resa dal Direttore Tecnico ai sensi dell'art. 4-d) del bando di gara - Conseguente illegittimità dell'ammissione della ** per violazione del citato art. 4 lett. d) del bando - Eccesso di potere per travisamento dei fatti e sviamento dalla causa tipica.

La dichiarazione postuma prodotta del Direttore Tecnico della **, Ing. Fabio **, non sarebbe "conforme al dettato del bando che la prevede a pena di esclusione. Ed, infatti, la dichiarazione da rendersi, sia da parte del legale rappresentante della società che da parte del Direttore Tecnico, avrebbe dovuto essere del seguente letterale tenore: c) «dichiara che nei propri confronti non sono stati emessi decreti penali di condanna o sentenze ancorché non definitive relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici»; d) indica i nominativi le date di nascita e di residenza degli eventuali titolari, soci, direttori tecnici, amministratori muniti di poteri di rappresentanza e soci accomandatari, i quali devono controfirmare dichiarazione autonoma".

In sostanza, sia il legale rappresentante della società che il direttore tecnico avrebbero dovuto dichiarare che nei propri confronti "non erano stati emessi decreti penali di condanna o sentenze ancorché non definitive"; di contro, "nella dichiarazione resa, sia dal legale rappresentante della Società, che con atto separato e postumo alla gara, dal Direttore Tecnico della medesima, ... è omessa la dizione «non sono stati emessi decreti penali di condanna»".

3. Il Comune di Cianciana, ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.

4. Resiste invece la controinteressata intimata chiedendo il rigetto del ricorso con ogni conseguente statuizione sulle spese.

In particolare, la controinteressata osserva che:

a) la dichiarazione della coop. ** era stata ritenuta mancante per un mero errore materiale, dato che in sede di riapertura della gara ne è stata riscontrata la presenza “ab origine”;

b) quanto alla omessa dichiarazione relativa all'assenza di decreti penali di condanna, richiama l'art. 4 del bando che prevederebbe detta dichiarazione solo per il titolare dell'impresa e non per il direttore tecnico;

c) in ogni caso, vi sarebbe una sostanziale identità, ai fini in argomento, tra sentenza penale e decreto penale.

5. Con ordinanza collegiale n. 1464 del 21 dicembre 2006 è stata accolta l'istanza di sospensione del provvedimento impugnato e fissata l'udienza del merito del ricorso ai sensi dell'art. 23-bis, comma 3°, della L. n. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 della L. n. 205/2000.

6. La controinteressata in data 2 febbraio 2007 ha depositato memoria di conclusione insistendo sulle rassegnate domande.

7. Alla pubblica udienza del 9 febbraio 2007, presenti i difensori delle parti costituite - che si sono riportati agli scritti difensivi insistendo nelle relative conclusioni - la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. Col primo motivo di gravame, la ricorrente assume, in sostanza, la intervenuta definitività dell'aggiudicazione disposta in data 28.9.2006 in suo favore, di guisa che il reclamo proposto dalla ** (avverso la propria esclusione) non avrebbe dovuto trovare alcun ulteriore seguito.

Il motivo è infondato in quanto, quale che sia la tempistica dell'aggiudicazione, del reclamo e della relativa decisione da parte della P.A., il meccanismo ex art. 21-bis L. n. 109/1994 (come recepita in Sicilia ex L.r. n. 7/2002 e s.m.i.) non può incidere sui poteri di autotutela della P.A. e, quindi, sulla possibilità per la stessa di emendare la procedura di gara da eventuali vizi (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 3.6.2005, n. 941); specie ove l'autotutela intervenga - come nella fattispecie - in un breve lasso di tempo e sia rivolta alla correzione di un errore materiale commesso dal seggio di gara nel corso del procedimento.

2. Col secondo mezzo di gravame, la ricorrente sostiene che la riammissione in gara della coop. ** sarebbe illegittima siccome derivante dal ritrovamento postumo di una dichiarazione (resa dal suo direttore tecnico ing. ** Fabio) non presente nella precedente fase del procedimento.

L'impostazione (che in termini puramente astratti appare del tutto corretta) non sembra trovare adeguato riscontro nella fattispecie all'esame in quanto, nel verbale di riapertura della gara del 28.11.2006 si legge che: “Nell'esame della documentazione della Ditta ** Soc. Coop. con sede in Villalba via XXIV Maggio n. 7, si evince la presentazione della dichiarazione ai sensi del punto 4) lett. d), da parte dell'ing. Fabio ** nella qualità di Direttore Tecnico, dichiarazione effettuata dallo stesso ed allegata alla documentazione della Ditta, già controfirmata dal sottoscritto (presidente del seggio di gara; N.diR.), dal verbalizzante e dai testimoni nella seduta del 22/09/2006”.

Nel detto verbale risulta, pertanto, attestato:

- direttamente, che il documento in parola era presente agli atti di gara già nella seduta del 22.9.2006 (tanto da essere controfirmato dai componenti del seggio);

- indirettamente, che solo per un mero errore materiale venne ritenuto inesistente con conseguente esclusione della **.

Ne consegue che i precedenti giurisprudenziali invocati dalla ditta ricorrente non possono assolutamente applicarsi al caso di specie.

Correttamente, peraltro, la controinteressata fa osservare che l'esplicita dichiarazione resa dal presidente del seggio nel verbale del 28.11.2006 è assistita da fede privilegiata ex art. 2700 cod. civ. e che sarebbe superabile esclusivamente a mezzo querela di falso.

Quanto, poi, al fatto che i punti 7.4 ed 8 del bando di gara prevedessero la possibile presenza delle imprese alle operazioni di apertura delle buste, non può certo dimostrare, "contra legem", che le eventuali imprese assenti non avessero alcuna possibilità di reclamo ex art. 21-bis L. n. 109/1994 (recepita in Sicilia ex L.r. n. 7/2002 e s.m.i.) e che, comunque, il seggio di gara non avesse alcun potere di riesaminare la correttezza del procedimento di gara usando il proprio ordinario potere di autotutela.

3. Col terzo motivo, la ricorrente assume, altresì, che la coop. ** avrebbe dovuto, comunque, essere esclusa dalla gara in quanto nelle due dichiarazioni rese, rispettivamente, dal legale rappresentante e dal direttore tecnico non è presente la dichiarazione, prescritta dall'art. 4 lett. c) e d) del disciplinare di gara, che nei loro confronti "non erano stati emessi decreti penali di condanna".

Il motivo appare fondato.

L'art. 4, lett. c) del disciplinare di gara onerava il concorrente di dichiarare "che nei propri confronti non sono stati emessi decreti penali di condanna o sentenze ancorché non definitive, relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici".

Nella specie risulta che il Geom. Alessandro ** ha prodotto apposita autocertificazione come "amministratore unico e direttore tecnico della ** Soc. Coop." dichiarando che a suo carico "non sono state emesse sentenze ancorché non definitive, relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici", onde è evidente come - in violazione della ricordata prescrizione del disciplinare - egli abbia totalmente omissso il riferimento all'eventuale sussistenza di "decreti penali di condanna".

Lo stesso è a dirsi per la dichiarazione resa dall'ing. Fabio ** (quella che è stata riscontrata in sede di riapertura della gara il 28.11.2006) in veste, anch'egli, di "direttore tecnico" della detta Cooperativa.

Ora, anche a volere ritenere (secondo quanto dedotto dalla parte resistente) che, in effetti, tale specifica dichiarazione (quella relativa alla inesistenza di decreti penali di condanna) fosse richiesta per il legale rappresentante dell'impresa e non (anche) per il direttore tecnico, è indubbio che essa, nella specie, avrebbe dovuto essere resa, quanto meno, dall'amministratore unico della **, geom. ** Alessandro, il quale, inveceversa, ha dichiarato la sola inesistenza delle sentenze.

Né appare condivisibile l'argomento della controinteressata secondo cui la dichiarazione relativa ai decreti penali di condanna dovrebbe ritenersi irrilevante, attesa la sostanziale identità giuridica tra sentenze e decreti penali di condanna.

Invero, quale che sia la rispettiva natura giuridico-processuale dei predetti provvedimenti, ciò che rileva ai fini dell'ammissione alle pubbliche gare d'appalto è il possibile contenuto di essi e quindi l'inesistenza di statuizioni che - assunte nell'una o nell'altra forma - possano riguardare reati incidenti sull'affidabilità morale o professionale dell'impresa.

Di conseguenza, occorre ribadire che non può dirsi esaustiva, ai predetti fini, la dichiarazione del legale rappresentante dell'impresa, il quale si limiti ad attestare l'inesistenza di sentenze penali di condanna e non anche di corrispondenti decreti; tanto più che la normativa sugli appalti pubblici non indica quali siano i reati incidenti negativamente sull'affidabilità delle imprese (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 18.02.2003, n. 224), onde dev'essere data alla stazione appaltante la più ampia possibilità di valutazione del profilo morale delle imprese che partecipano ai pubblici appalti; ossia, evitando che, con la sola dichiarazione relativa alla inesistenza di sentenze di condanna, possano essere occultate altre condanne sol perché inflitte tramite lo speciale procedimento per decreto ex art. 459 c.p.p. (sulla rilevanza dei decreti penali di condanna ai fini della valutazione, in positivo o in negativo, dell'affidabilità morale dell'impresa cfr. Cons. St., Sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517; T.A.R. Liguria, 15 aprile 2002, n. 432).

4. In conclusione, il provvedimento impugnato non resiste alla censura da ultimo esaminata ed ricorso dev'essere accolto con la conseguente statuizione di annullamento del provvedimento medesimo.

Sussistono giusti motivi, in relazione agli specifici profili della controversia, per compensare tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo, nella Camera di consiglio del 9 febbraio 2007, con l'intervento dei sigg. magistrati:

- Calogero Adamo Presidente
- Calogero Ferlisi Consigliere-estensore
- Nicola Malsano Primo Referendario

_____Presidente

_____Estensore

_____Segretario

Depositata in Segreteria il_9 marzo 2007

Il Direttore della Sezione