

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 181 del 2009, proposto da: Fater s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Pierluigi De Nardis, con domicilio eletto presso l'avv. Sergio Ferlan, in Trieste, via Coroneo 16;

contro

Centro Servizi Condivisi (C.S.C.), rappresentato e difeso dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso lo stesso, in Trieste, via Donota 3;

nei confronti di

Santex s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Mauro Ballerini e Gianni Zgagliardich, con domicilio eletto presso il secondo, in Trieste, via Filzi 8;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del decreto dell'amministratore Unico del Centro Servizi Condivisi n. 93/2009 del 23.1.2009 con il quale sono stati approvati i verbali e le operazioni di gara inerenti la procedura aperta per la fornitura di ausili per incontinenti ospedalieri indetta con decreto dd. 14.10.2008 nella parte in cui il lotto 1 è stato aggiudicato alla ditta Santex..

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Centro Servizi Condivisi e di Santex s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2010 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La ricorrente Fater s.p.a. impugna l'aggiudicazione (in uno con le presupposte operazioni di gara) alla controinteressata Santex s.p.a. dell'appalto bandito dal resistente C.S.C. (lotto 1, ove si è classificata al secondo posto) per la fornitura di ausili per incontinenti ospedalieri.

1.1. - Espone l'istante che Santex avrebbe dovuto essere esclusa in quanto, in altra gara, tenutasi nella Regione Veneto, aveva reso false dichiarazioni, a causa delle quali la Stazione Appaltante aveva provveduto alla sua esclusione, nonchè a segnalare il fatto all'Autorità di Vigilanza sugli Appalti Pubblici (che ne aveva curato l'annotazione nel Casellario Informativo) e alla Procura della Repubblica. Su richiesta della ricorrente, l'Autorità di Vigilanza aveva confermato che Santex era stata inserita (a causa di tale dichiarazione non veritiera) nei dati in possesso dell'Osservatorio, a partire dal 14.1.09.

1.2. - In diritto lamenta: violazione dell'art. 38 lett. h) e dell'art. 11, comma 8, del D.Lg. 163/06, nonché della Determina dell'Autorità di Vigilanza n. 1/08.

2. - Il C.S.C., costituito, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso, di cui chiede la reiezione, significando, in particolare, che la mancata dichiarazione di una precedente risoluzione per inadempimento di altro rapporto contrattuale - che aveva determinato l'esclusione di Santex dalla gara bandita dalla Casa di Riposo Galvan di Padova - e la sua annotazione nel Casellario per falsa dichiarazione, risultavano contestate in sede giurisdizionale rispettivamente presso il Tribunale Civile di Perugia e presso il TAR del Veneto, cosicché la Commissione di gara - anche considerato il fatto che il Giudice Penale, nel frattempo, aveva archiviato il relativo procedimento - aveva ritenuto di non procedere all'esclusione della Ditta controinteressata.

3. - Anche Santex s.p.a. si è costituita in giudizio, contestando le affermazioni della ricorrente e chiedendo, conclusivamente, che il ricorso sia rigettato.

4. - Con nota depositata il 15.1.10 Fater ha dimesso le decisioni n. 2210/09 del Tar del Veneto e n. 30/10 del Consiglio di Stato, con la prima delle quali è stato accolto il ricorso di SCA Hygiene Products s.p.a. contro l'U.L.S.S. n. 22 di Bussolengo e Santex, mentre con la seconda è stato respinto l'appello proposto da Santex medesima avverso tale decisione. Le sentenze in questione sono rilevanti (pur se non è ancora stato definito il ricorso n. 1914/08 proposto dalla controinteressata avverso la sua esclusione dalla gara bandita dalla Casa di Riposo Galvan) perché affermano la doverosità dell'esclusione di Santex dalla gara bandita dell'U.L.L.S. n. 22 per aver la stessa reso false dichiarazioni, per l'appunto, nella gara della Casa di Riposo Galvan.

5. - La controinteressata ha presentato una memoria di precisazione, con cui puntualizza le proprie difese e ribadisce le già rassegnate conclusioni.

6. - In fatto, la vicenda può essere così sintetizzata: nel 2005, Santex si era aggiudicata una gara per la fornitura di ausili sanitari per incontinenti bandita dall'A.S.L. n. 1 dell'Umbria, la quale tuttavia aveva disposto la "risoluzione" del contratto (a dire della ricorrente, ancora prima di averlo sottoscritto) a causa di una pretesa mancata corrispondenza tra i campioni del materiale oggetto dell'appalto esibiti in sede di gara e quelli effettivamente forniti.

Tale determinazione è stata contestata innanzi al Tribunale Civile di Perugia (di questa vicenda non è nota la conclusione).

Successivamente, nel 2008, Santex partecipava ad una gara bandita dalla Casa di Riposo Galvan di Padova (sempre per la fornitura di ausili per incontinenti e altro), il cui bando imponeva, a pena di esclusione, la dichiarazione di "non aver subito risoluzione anticipata di contratti da parte di committenti pubblici negli ultimi tre anni per inadempimenti contrattuali". Poiché Santex non aveva dichiarato la risoluzione del contratto con l'A.S.L. n. 1 dell'Umbria, veniva esclusa dalla gara, e la sua "falsa dichiarazione" regolarmente annotata nel Casellario Informativo dell'Osservatorio in data 15.1.09.

Contro l'esclusione era stato proposto tempestivamente ricorso al Tar del Veneto (rubricato sub n. 1914/08), circostanza ugualmente segnalata nel Casellario.

Medio tempore, è intervenuta la sentenza n. 2210/09 (confermata in sede di appello, con decisione del Consiglio di Stato n. 30/10, di cui è noto, allo stato, solo il dispositivo), che ha accolto il ricorso presentato da altra Ditta (seconda classificata) in una diversa gara, stabilendo peraltro la correttezza dell'esclusione di Santex in quanto la stessa - avendo ommesso di menzionare la

precedente risoluzione del contratto - aveva effettivamente reso una falsa dichiarazione sanzionata dal bando e, in quanto espressa in forma di autocertificazione, anche dall'art. 75 del D.P.R. 445/00.

Ha trovato quindi, sia pure per altra via, definitiva conferma la segnalazione fatta dalla Casa di Riposo Galvan, di "falsa dichiarazione" resa nel corso di una gara, che aveva portato all'annotazione nel casellario dell'Osservatorio in data 15.1.09.

6.1. - Venendo al caso all'esame, va ricordato che la norma da applicare è l'art. 38, comma 1, lett. h) del D.Lg. 163/06, a tenore del quale vanno esclusi dalle gare quei partecipanti che "nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio"

Orbene: la procedura di gara di cui si discute è stata indetta dal C.S.C. con atto n. 1379 del 14.10.08, la relativa aggiudicazione è intervenuta in data 23.1.09; l'annotazione sul Casellario dell'Osservatorio (da cui deriva l'effetto preclusivo automatico. Si veda: C.S. n. 2836/07) risale al 15.1.09. La giurisprudenza, in merito a questo aspetto, è concorde nell'affermare che la Stazione Appaltante, ai fini dell'esclusione per precedenti false dichiarazioni, deve tener conto anche delle annotazioni eseguite in corso di gara. In questo senso, puntualmente: C.S. n. 5532/07.

Nel caso di specie, quindi, le false dichiarazioni che comportano esclusione, dovevano essere state rese nell'anno precedente la pubblicazione del bando di gara, cioè, di fatto, nel corso dell'anno 2008. E, per l'appunto, esse risultano dalla documentazione della gara bandita dalla Casa di Riposo Galvan il 31.7.08 e aggiudicata il 6.10.08.

Ne dovrebbe de plano conseguire che, essendo stato definitivamente accertato in sede giurisdizionale che Santex s.p.a. ha reso, in tale gara, false dichiarazioni, che le stesse risultavano dai dati in possesso dell'Osservatorio e che si riferivano ad una gara svoltasi nell'anno precedente la pubblicazione del bando, dall'appalto di cui qui si controverte Santex (applicando letteralmente la norma) avrebbe dovuto essere esclusa.

6.2. - Ai fini che interessano, sono all'evidenza irrilevanti sia la circostanza che il Giudice Penale abbia ritenuto non sussistere nella dichiarazione della controinteressata alcun elemento di rilevanza penale, sia la decisione del TAR Lazio n. 11089/89 (riportata da Santex nella sua ultima memoria) la quale riguarda una questione affatto diversa (ponendo la condivisibile regola che una pregressa violazione dei doveri professionali può essere discrezionalmente valutata dalla S.A.), e che, quanto al problema che qui si discute - esclusione in applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. h) del D.Lg. 163/06 - si limita a ritenere la questione, in quella singola vicenda, non rilevante, dato che sia "l'annotazione sul casellario informatico" risalente al 15.1.09, che "la procedura indetta dall'Istituto Galvan il 31.7.08, sono successive allo svolgimento della gara" di cui, in quella sede si controverteva.

6.3. - Il caso di specie, tuttavia, presenta aspetti peculiari di cui si deve tener conto, in quanto un'applicazione pedissequa della norma potrebbe condurre a risultati distorti e irragionevoli.

Se, infatti l'art. 38 lett. h) può trovare applicazione - nei termini in cui è stato scritto - laddove l'annotazione relativa alle false dichiarazioni rese in precedenti gare sia pacifica e incontrovertita, altrettanto, ad avviso del Collegio, non può dirsi quando la stessa sia contestata (come in questo caso) in sede giurisdizionale, dato che, in siffatte evenienze, deve applicarsi la generalissima regola per cui il tempo del giudizio non può andare a danno di colui che lo ha proposto.

Si pensi, infatti, al caso in cui una Ditta che ha subito l'annotazione per false dichiarazioni (e, quindi, la sanzione dell'esclusione dalle gare dal momento dell'annotazione stessa) ottenga, un anno dopo, una sentenza a sé favorevole che dichiari non esservi stata alcuna falsa dichiarazione. Essa si

troverebbe ad aver subito un non riparabile pregiudizio, dato che avrebbe comunque scontato, ingiustamente, l'anno di interdizione. Né avrebbe titolo ad alcun ristoro, poichè, applicando puntualmente la norma, la P.A., in presenza di tale annotazione, non ha alcuna possibilità di valutare se escludere o meno l'interessata.

6.3.1. - Come è avvenuto nel caso presente, l'Amministrazione potrebbe tuttavia ritenere, in base ad un suo discrezionale (non irragionevole) giudizio, che l'annotazione che riguarda una falsa dichiarazione contestata in sede giurisdizionale, non fornendo alcuna certezza in merito alla sussistenza della causa di esclusione, non inibisca la partecipazione alle gare, concludendo quindi per l'ammissione della Ditta "annotata".

Peraltro, se si ammette che in presenza di un'oggettiva incertezza sulla fondatezza dell'addebito (e dell'annotazione) la Stazione Appaltante non abbia più l'obbligo, ma solo la facoltà di escludere la Ditta "annotata" (ovvero, la debba senz'altro ammettere), se ne deve conseguentemente trarre che, per evitare conseguenze ulteriormente irragionevoli, gli effetti dell'annotazione debbano restare sospesi fino alla definitiva decisione sul merito della questione.

Infatti, anche in questo secondo caso, un'applicazione strettamente letterale della norma (che comunque non contempla questa ipotesi) condurrebbe a risultati ingiusti e paradossali: e invero, da un lato, il periodo interdittivo (non essendo espressamente previsto che la contestazione in giudizio ne sospenda l'operatività) continuerebbe a decorrere, con il risultato che chi ha reso false dichiarazioni (accertate giudizialmente ex post; specie se questo avviene, come è probabile, dopo l'anno) non sconterebbe, di fatto, alcuna sanzione (anzi, otterrebbe ingiusti vantaggi); dall'altro, le pretese risarcitorie di chi sia stato pretermesso in favore di colui che si è accertato (ex post) aver reso false dichiarazioni, difficilmente otterrebbero soddisfazione, in quanto si dovrebbe considerare, quanto meno, carente - in capo alla P.A. - l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave.

6.3.2. - Pare quindi al Collegio che, in questo particolare caso (e in tutti quelli in cui le false dichiarazioni siano contestate giudizialmente) si debba concludere che il momento da cui decorre, per le Stazioni Appaltanti, l'obbligo (e non solo la facoltà) di escludere dalle gare chi le ha rese, non sia quello dell'annotazione nel Casellario Informatico, bensì quello della sentenza che accerta in modo definitivo la sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 38, lett. h).

La giurisprudenza, sul punto, è scarna e non univoca, dato che accanto a sentenze che affermano la doverosità dell'esclusione in virtù - e dal momento - della mera annotazione (e sono, va sottolineato, la maggioranza) ve ne sono altre che fanno decorrere l'obbligo di esclusione e il periodo interdittivo dalla data della sentenza definitiva, ovvero da quella dell'eventuale reiezione della istanza di sospensiva (si veda, ad esempio: TAR Lazio, n. 3836/06 e Tar Puglia-Lecce n. 1114/04).

L'applicazione pedissequa della norma, anche a questa diversa fattispecie, finirebbe, ad avviso del Collegio, per violare la regola che impone di mantenere la res litigiosa integra per tutta la durata del giudizio, regola fortemente sentita anche a livello comunitario (si veda, sul principio, la decisione della Corte di Giustizia del 9.2.06 in causa C-226/04, ove, pur discutendosi di una fattispecie di esclusione diversa - regolarità contributiva e fiscale - il giudice comunitario così si è espresso: "la domanda del giudice del rinvio riguarda, in ultimo luogo, gli effetti che occorre collegare alla presentazione, da parte di un candidato, di un ricorso amministrativo o giurisdizionale contro le constatazioni delle autorità competenti in materia tributaria o previdenziale, al fine di considerare se tale candidato sia in regola con i suoi obblighi in vista della sua ammissione a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico. Occorre considerare che il rinvio al diritto nazionale effettuato dall'art. 29, primo comma, lett. e) e f), della direttiva è valido anche per quanto riguarda tale questione. Tuttavia, gli effetti della presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale sono strettamente collegati all'esercizio e alla salvaguardia dei diritti fondamentali relativi alla tutela giurisdizionale, il cui rispetto è anch'esso assicurato

dall'ordinamento giuridico comunitario. Una normativa nazionale che ignorasse totalmente gli effetti della presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale sulla possibilità di partecipare ad una procedura di aggiudicazione di appalto rischierebbe di violare i diritti fondamentali degli interessati. Tenuto conto di questo limite, spetta quindi all'ordinamento giuridico nazionale determinare se la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale comporti effetti che obbligano l'amministrazione aggiudicatrice a considerare che il candidato interessato è in regola con i suoi obblighi, finché non sia emessa una decisione definitiva, ai fini della sua ammissione alla procedura di aggiudicazione di appalto, a condizione che un tale ricorso sia presentato entro il termine indicato al punto 31 della presente sentenza". Il punto 31 prevede che: "tale termine può essere, in particolare, la data limite per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, la data di spedizione della lettera di invito a presentare un'offerta, la data limite della presentazione delle offerte dei candidati, la data di valutazione delle offerte da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o, ancora, il momento che precede immediatamente l'aggiudicazione dell'appalto". Per incidens, merita rilevare che il ricorso al TAR Veneto con cui Santex ha contestato la propria esclusione dalla gara bandita dalla Casa di Riposo Galvan è stato depositato in data 24.10.08, quindi ben prima dell'aggiudicazione dell'appalto di cui si controverte).

6.3.2. - L'art. 38, lett. h) del D.Lg. 163/06 disciplina unicamente l'ipotesi di annotazione non contestata; quindi, per quanto qui rileva, per il caso di false dichiarazioni contestate in giudizio non vi è una norma ad hoc; ma il Giudice la può ricavare dal sistema e dalle regole dettate dal Giudice comunitario.

Il Collegio pertanto, aderendo ad una tesi minoritaria, ma che appare più rispondente alle norme processuali, ai principi comunitari e alla giustizia sostanziale, è dell'avviso che la contestazione in giudizio della propria esclusione per aver reso false dichiarazioni, annotata nel Casellario, "congeli" gli effetti dell'annotazione medesima sino a quando non sia emessa sentenza definitiva sulla questione, e che solo da tale data ricominci a decorrere il periodo interdittivo previsto dalla legge.

Nel nostro caso, poiché la gara di cui si controverte è stata aggiudicata alla ricorrente quando era già pendente il suo ricorso innanzi al Tar del Veneto avverso la precedente esclusione per asserite false dichiarazioni, il Collegio ritiene che C.S.C., nel dubbio sulla sussistenza o meno della causa di esclusione, abbia legittimamente ammesso la controinteressata alla gara.

Ne consegue altresì che solo dal momento in cui è divenuta definitiva la sentenza del Consiglio di Stato (che ha respinto l'appello proposto da Santex, con definitivo accertamento della sussistenza delle false dichiarazioni), la già effettuata annotazione sul Casellario Informatico produrrà i suoi effetti e comporterà per Santex l'esclusione da tutte le gare per il periodo di un anno. Si veda, sul punto: C.G.A. n. 872/08, secondo cui "l'attribuzione di una falsa dichiarazione, proprio per le sue caratteristiche di lesività, può essere sottoposta a giudizio. E' evidente che in tal caso, gli effetti interdittivi non potranno decorrere durante l'esperimento dei mezzi giurisdizionali, poiché in caso contrario, attesa la non riparabilità della interdizione in ipotesi illegittima, verrebbe meno qualsiasi tutela giurisdizionale. In tali casi, pertanto, l'effetto non può che scaturire dal passaggio in giudicato della sentenza che definitivamente accerta la falsa dichiarazione".

Alla stregua di quanto sopra esposto, e con le precisazioni più sopra formulate, il ricorso va respinto

7. - Sussistono tuttavia giusti motivi, specie in ragione della non uniformità della giurisprudenza sulla questione, per disporre la totale compensazione, tra le parti tutte, delle spese e competenze di causa.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2010
con l'intervento dei Magistrati:
Saverio Corasaniti, Presidente
Oria Settesoldi, Consigliere
Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 25/03/2010