

N. 00173/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 02827/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2827 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Alfredo Guerri Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Crescenzo Giuseppe Rinaldi, con domicilio eletto presso lo studio Rita Ricciardi – Militeri & Associati in Milano, via Agnello 2;

*contro*

Comune di Cinisello Balsamo, rappresentato e difeso dall'avv. Anna Scrascia, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via S. Nicolao 10;

*nei confronti di*

Harmonie Project Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Daniele Turco, con domicilio eletto presso l'avv. Corrado Diaco in Milano, via Monferrato 10;

*per l'annullamento, previa sospensione,*

della Determina Dirigenziale n. 1048 del 25.08.2011, successivamente comunicata, con la quale la predetta amministrazione ha disposto di

escludere la Alfredo Guerri srl di Napoli dalla procedura di gara per l'affidamento della fornitura in oggetto;

della Determina Dirigenziale 1087 del 2.09.2011, comunicata in data 9.11.2011 con la quale l'Amministrazione resistente ha disposto l'aggiudicazione finale alla Ditta Harmonie Project. di Merano (BZ) ;

della Nota del 14 settembre 2011 con il quale il Dirigente pro tempore del Settore Cultura e Sport del Comune di Cinisello Balsamo ha confermato la determina dirigenziale 1087 rigettando le osservazioni della ricorrente;

della nota di data e numero di protocollo ignoti con la quale la Stazione Appaltante ha effettivamente proceduto alla segnalazione dell'impresa all'A.V.C.P.;

per la condanna

al risarcimento dei danni.

con motivi aggiunti

per l'annullamento

della nota del 24.10.2011 del Comune di Cinisello Balsamo che ha controdedotto all'informativa inviata dalla società ricorrente ex art. 243 bis D.lgs. 163\2006;

della nota del 16.9.2011 con cui il Comune di Cinisello Balsamo ha disposto l'incameramento della cauzione provvisoria;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cinisello Balsamo e della Harmonie Project Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2011 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

La società ricorrente aveva partecipato alla gara indetta dal Comune di Cinisello Balsamo per la fornitura di arredi ad un centro culturale della città ed aveva ottenuto l'aggiudicazione provvisoria cui era seguita un'esclusione dalla gara, avendo la Commissione di gara rilevato che, contrariamente a quanto dichiarato dal rappresentante legale, questi aveva subito una condanna ormai passata in giudicato per simulazione di reato.

L'interessato aveva giustificato la mancata dichiarazione con la produzione di un certificato di carichi pendenti, di epoca posteriore a quella del certificato del casellario giudiziale acquisito dalla Stazione appaltante, da cui risultava ancora la pendenza del procedimento, rivendicando pertanto la propria buona fede.

Avverso il provvedimento di esclusione dalla gara e la conseguente aggiudicazione definitiva della gara alla società controinteressata, la Alfredo Guerri Srl proponeva ricorso sulla base di due motivi oltre a formulare una richiesta di risarcimento danni.

Il primo motivo contesta la violazione dell'art. 38 Cod. Appalti e l'eccesso di potere per travisamento dei fatti poiché è stata ritenuta falsa una dichiarazione che era fondata sulla certezza di non avere precedenti penali poiché il certificato della procura di Napoli certificava come pendente il processo per il reato di cui all'art. 367 c.p e quindi non c'era la colpa grave relativamente a quella che si era rivelata una falsa dichiarazione richiesta dall'art. 45 della direttiva 2004/18CE.

Non può accogliersi l'interpretazione che la Commissione di gara ha offerto dell'art. 38 D.lgs. 163\2006 come norma che non richiederebbe l'accertamento di dolo o colpa grave perché l'interpretazione deve essere conforme al diritto comunitario o comunque disapplicato in presenza di un'incompatibilità tra i due dettati normativi.

In ogni caso secondo un accreditato indirizzo giurisprudenziale l'esclusione

si giustifica laddove vi sia una gravità obiettiva del reato nel suo riflesso sulla moralità professionale.

Il secondo motivo denuncia l'illegittimità del provvedimento che ha disposto oltre l'esclusione dalla gara, l'incameramento della polizza fideiussoria e la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici poiché tale triplice sanzione sarebbe possibile solo per la mancanza dei requisiti di cui all'art. 48 D.lgs. 163\2006.

Con motivi aggiunti depositati in data 7.12.2011 venivano censurati gli ulteriori atti indicati in epigrafe sulla base degli stessi due motivi formulati nel ricorso principale.

Il Comune di Cinisello Balsamo e la società controinteressata si costituivano in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso; la società formulava anche un'eccezione di carenza legittimazione attiva al ricorso non essendo lo stesso stato proposto anche dal rappresentante legale Luongo Salvatore con conseguente acquiescenza di quest'ultimo al provvedimento di esclusione e per non essere decifrabile il nome del sottoscrittore del mandato al difensore e la qualità rivestita con conseguente inesistenza della procura.

Si può omettere l'esame dell'eccezione preliminare essendo il ricorso infondato.

Il bando di concorso nell'allegato B, contenente il fac-simile della dichiarazione che ognuno soggetto tenuto ai sensi dell'art. 38 D.lgs. 163\2006 doveva presentare, prevedeva che fossero comunicate alla Commissione di gara anche l'esistenza di sentenze non definitive.

La società ricorrente non può pertanto invocare la propria buona fede perché non ha segnalato l'esistenza della condanna del Tribunale di Napoli per simulazione di reato neanche come sentenza non definitiva.

La giurisprudenza citata a sostegno della fondatezza del primo motivo di ricorso si riferisce alla valutazione che la commissione di gara deve

compiere circa la gravità dei reati perché non è previsto nessun automatismo tra l'esistenza di una condanna e l'esclusione dalla gara, dovendo sempre essere considerata la sua rilevanza ai fini della valutazione della moralità professionale del soggetto che ricopre una delle qualifiche che rendono obbligatorio l'autodichiarazione ex art. 38.

Ma nel caso di specie non si controverte circa l'incidenza o meno che la condanna per il reato di cui all'art. 367 c.p. poteva avere sulla valutazione della moralità professionale, ma sul mendacio contenuto nella dichiarazione prevista a pena di esclusione.

Si veda sul punto la sentenza del T.R.G.A. di Trento che nella sentenza 151\2010 ha in merito affermato: *“In conclusione, legittima appare una diversa e più estesa lettura della norma soltanto nel caso in cui il bando, invece di limitarsi a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del Codice, avesse imposto, e sanzionato con l'esclusione in caso di omissione, una dichiarazione dal contenuto più ampio rispetto a quanto prescritto dalla norma in esame, al fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione della gravità o meno dell'illecito ed anche di ogni omessa dichiarazione. Solo in siffatta ipotesi, dunque, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione penale, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando.”*

Esiste un contrasto in giurisprudenza circa il contenuto che deve avere la dichiarazione sostitutiva ex art. 38, sostenendo alcuni giudici che l'obbligo di far conoscere l'esistenza di sentenze a carico degli amministratori o figure assimilate sussiste solamente per i reati che siano ritenuti lesivi della moralità professionale, mentre altri affermano che la discrezionalità nella valutazione di gravità debba essere compiuta dalla Commissione di gara.

In ogni caso anche laddove sia stata sostenuta la prima tesi è stato affermato che, nel caso di previsione da parte del bando di una dichiarazione più specifica, l'omissione di uno degli elementi che avrebbero

dovuto caratterizzare la dichiarazione rileva ai fini dell'esclusione come falsa dichiarazione.

Si veda sul punto la sentenza 4082/2009 del Consiglio di Stato che così si esprime in merito: *“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 di applicazione della pena ex art. 444 e segg., c.p.p., affidando poi alla p.a. ogni definitiva valutazione in proposito: in tal caso, infatti, qualora il concorrente avesse ommesso di dichiarare alcuno di detti reati, si sarebbe potuta configurare una falsa autocertificazione, con conseguente automatica esclusione dalla gara e salve le eventuali responsabilità penali riscontrabili da parte della competente autorità giudiziaria”*.

Affermazioni di analogo tenore si ritrovano anche nelle sentenze TAR Puglia 752\2011, Consiglio di Stato 4905/2009, 1017/2010, 9324/2010.

In conclusione l'esclusione dalla gara è stata determinata dalla sostanziale falsità dell'autodichiarazione e non da una valutazione di gravità relativa al reato per il quale la sentenza di condanna era passata in giudicato.

Relativamente al secondo motivo, non sfugge al Collegio che circa la questione della escutibilità della cauzione per mancanza dei requisiti generali di partecipazione, esiste un orientamento non uniforme della giurisprudenza.

Esiste un indirizzo che invoca una interpretazione tassativa dell'art. 48 D.lgs. 163\2006 nel senso di non ritenere ammissibile l'incameramento della cauzione fuori dei casi previsti da tale norma e quindi nel caso di mancanza dei requisiti di cui all'art. 38 D.lgs. 163\2006. ( TAR Sicilia 14395\2010, TAR Emilia-Romagna 8108\2010,

Un altro orientamento ha, invece, sottolineato come la funzione della cauzione sia quella di garantire l'amministrazione dalla mancata stipula del contratto per qualsiasi motivo riconducibile all'aggiudicatario e pertanto la mancata menzione nell'art. 48 D.lgs. 163\2006 del potere di escutere la

cauzione nel caso di mancato possesso dei requisiti generali di partecipazione non significa che il legislatore abbia voluto impedire l'escussione della cauzione in siffatta ipotesi. ( TAR Toscana 936\2011 e 606\2011, TAR Lazio 33141\2010, TAR Puglia 3525\2010, TAR Valle d' Aosta 21\2010 )

Il Collegio ritiene di aderire a tale indirizzo più rigoroso in quanto l'art. 48 vuole disciplinare le conseguenze della mancanza dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, ma ciò non significa che solamente quando questi vengano a mancare sia possibile escutere la cauzione.

Inoltre l'indirizzo preferito sembra più aderente alla ratio dell'art. 75, comma 6, D.lgs. 163\2006 che prevede che la garanzia copra la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario.

Non si vede per quale ragione la circostanza che consentono l'escussione della cauzione debbano rinvenirsi nella sola previsione dell'art. 48 citato quando le cause di mancata stipula del contratto possono derivare da altre cause.

Infine quanto alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza è nel senso che la segnalazione non debba essere limitata alla mancanza dei requisiti indicati nell'art. 48 D.lgs. 163\2006 ( TAR Friuli Venezia Giulia 191\2011, TAR Veneto 455\2011, 4681\2010, 1554\2010, TAR Valle d' Aosta 21\2010, TAR Abruzzo 475\2009 ) essendo ragionevole ritenere che debbano essere segnalati all'Autorità di vigilanza tutte le false dichiarazioni rese in sede di gara anche per consentirgli di esercitare i poteri che gli attribuisce l'art. 6, comma 11, D.lgs. 163\2006.

Il ricorso va pertanto respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sezione IV, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese del presente giudizio a ciascuna delle controparti che liquida in € 2.500 oltre C.P.A. ed I.V.A.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Ugo De Carlo, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/01/2012

IL SEGRETARIO

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