

T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. I, 27 dicembre 2010, n. 7715

Contratti della P.A. - Gara - Omessa dichiarazione di un reato non grave ed estraneo all'oggetto dell'appalto - Esclusione per difetto del requisito della moralità professionale - Caso in cui la *lex specialis* richieda una generica dichiarazione di insussistenza di cause di esclusione - Illegittimità - Sussiste.

N. 07715/2010 REG.SEN.

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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1311 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Costruzioni Perregrini s.r.l., Cipiemme s.r.l. e Vitre Studio s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore

contro

il Comune di Delebio, in persona del Sindaco pro tempore.

nei confronti di

Maragno Gaetano s.a.s. di Giovanni Maragno & C., in persona del legale rappresentante pro tempore;

per l'annullamento

- della determinazione del Responsabile del servizio tecnico n. 161 del 18 maggio 2010 avente ad oggetto: "Appalto di affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, dei lavori della nuova casa di riposo di Delebio (adeguamento R.S.A. "Corti Nemesio) - CUP H89H09000120004 - Definizione graduatoria -Provvedimenti conseguenti alle verifiche (ART 38 D.LEG. 163/2006)" con la quale Costruzioni Perregrini s.r.l., Cipiemme s.r.l. e Vitre Studio s.r.l sono state escluse dalla procedura di appalto in oggetto;
- della comunicazione prot. n. 4023 del 19 maggio 2010 di notifica del citato provvedimento n. 162 del 19 maggio 2010;
- della determinazione di aggiudicazione definitiva n. 162 del 19 maggio 2010, che le ricorrenti possiedono nella copia rinvenuta nel sito internet del Comune di Delebio;
- del provvedimento prot. 4328N1112 del 31 maggio 2010 di non luogo a provvedere sulla richiesta di esercizio di autotutela a seguito dell'informativa di cui all'art. 243-bis del D.Lgs. 163/2006 spedita dalle ricorrenti il 27 maggio 2010;
- di ogni altro atto comunque connesso, presupposto o conseguente:
atti impugnati con ricorso principale;
- del verbale della seduta pubblica del 12 dicembre 2009 nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dell'ATI Perregrini;
- del verbale di formazione della graduatoria provvisoria dell'8 marzo 2010;
- del provvedimento di non esclusione dell'ATI Perregrini per i motivi di cui al ricorso incidentale;
- del provvedimento di esclusione dei ricorrenti nella parte in cui non li esclude anche per i motivi di cui al ricorso incidentale:
atti impugnati con ricorso incidentale;

- del punto 9) del disciplinare di gara nella parte in cui afferma che “al fine di determinare l’idoneità tecnico - professionale prevista dall’allegato XVII del D.Lgs. n. 81 del 9 aprile 2008 è richiesta l’esibizione dei seguenti elaborati: f) elenco dei lavoratori risultanti dal libro matricola e relativa idoneità sanitaria prevista dal D.Lgs. n. 81/2008”:

atto impugnato con motivi aggiunti al ricorso principale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Delebio e di Maragno Gaetano s.a.s. di Giovanni Maragno & C.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Maragno Gaetano s.a.s. di Giovanni Maragno & C., con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo di sentenza n. 80/2010;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2010, i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Le società Costruzioni Perregrini s.r.l., Cipiemme s.r.l. e Vitre Studio s.r.l., in qualità di partecipanti, in costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, alla gara pubblica indetta dal Comune di Delebio per l'affidamento, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori della nuova casa di riposo comunale, con ricorso notificato il 7 giugno 2010 hanno impugnato il provvedimento con cui il Comune

ne ha disposto l'esclusione ed ha aggiudicato la gara alla Maragno Gaetano s.a.s. di Giovanni Maragno & C..

Si sono costituite sia l'Amministrazione intimata che la controinteressata, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ordinanza n. n. 655 del 1 luglio 2010 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare.

In data 9 luglio 2010 la controinteressata ha notificato ricorso incidentale, con cui ha impugnato gli atti di gara in epigrafe elencati nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dell'ATI ricorrente per i motivi ivi dedotti.

Con ordinanza n. 845 del 29 luglio 2010 la Sezione, essendo pendente appello avverso l'ordinanza n. 655 del 1 luglio 2010, ha respinto la domanda cautelare proposta dalla ricorrente incidentale, confermando, nelle more, l'ordinanza n. 655/2010 in attesa della pronuncia del Consiglio di Stato, che, con ordinanze n. 4362 e n. 4363 del 16 settembre 2010, ha accolto le istanze cautelari proposte dal Comune appellante, avverso entrambe le ordinanze della Sezione ai soli fini della fissazione del merito.

Con motivi aggiunti notificati in data 8 settembre 2010, da valere anche come ricorso incidentale, la ricorrente ha impugnato il punto 9) del disciplinare di gara nella parte in cui afferma che "al fine di determinare l'idoneità tecnico - professionale prevista dall'allegato XVII del D.Lgs. n. 81 del 9 aprile 2008 è richiesta l'esibizione dei seguenti elaborati: f) elenco dei lavoratori risultanti dal libro matricola e relativa idoneità sanitaria prevista dal D.Lgs. n. 81/2008".

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie conclusive e repliche e, all'udienza pubblica del 24 novembre 2010, dopo ampia discussione, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Con bando pubblicato nella Gazzetta ufficiale della Comunità europea (si aeguito GUCE) il 2 ottobre 2009 il Comune di Delebio ha indetto una gara pubblica per l'affidamento, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di

offerta, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori della nuova casa di riposo comunale da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla procedura hanno partecipato cinque concorrenti e, delle tre rimaste in gara, la costituenda ATI ricorrente è risultata prima in graduatoria.

In sede di verifica dei requisiti la stazione appaltante ha accertato, a carico dell'arch. Gianluca Perottoni della soc. Vitre Studio s.r.l., l'esistenza di una sentenza di condanna alla pena di mesi 2 di reclusione convertita in € 4.000,00 di multa, pronunciata ai sensi dell'art. 444 c.p.p. dal Tribunale di Rovereto, in data 25 gennaio 2005, per il reato di installazione di un programma informatico senza licenza.

Non essendo stata tale condanna dichiarata in sede di partecipazione e ritenendo, pertanto, falsa la dichiarazione resa dall'indicato professionista, con determinazione del Responsabile di servizio n.161 del 18 maggio 2010, la stazione appaltante ha escluso dalla gara la ricorrente, riformulando la graduatoria nella quale è stata collocata al primo posto la controinteressata Maragno Gaetano s.a.s. di Giovanni Maragno & C. cui la gara è stata definitivamente aggiudicata con successiva determinazione n. 162 del 19 maggio 2010.

Ritenendo illegittima la sua esclusione dalla gara la ricorrente, previa informativa ai sensi dell'art. 243bis D.Lgs. 163/2006, l'ha impugnata con il ricorso in epigrafe, unitamente all'aggiudicazione in favore della controinteressata.

Con due motivi di ricorso tra loro strettamente connessi essa si duole del fatto che l'Amministrazione, in violazione dell'art. 38 del Codice dei contratti, dell'art. 3 della L. 241/90, nonché della lex specialis, abbia disposto la sua esclusione dalla competizione sia in assenza di una norma della disciplina di gara che contemplasse l'obbligo di dichiarare, a pena di esclusione, tutte le condanne riportate, sia

omettendo qualunque valutazione in ordine all'eventuale gravità del reato e alla sua incidenza sulla moralità professionale della concorrente.

Il Comune di Delebio, ritualmente costituito in giudizio, difende il proprio operato, affermando che, ai sensi del combinato disposto di cui al punto III.2 e VI.3 del bando di gara con le previsioni di cui al disciplinare di gara nella parte riguardante il contenuto della busta "A" - che richiede, a pena di esclusione, la dichiarazione di non trovarsi in alcuna delle situazioni di cui all'art. 38, comma 1, del D. Lgs. 163/2006 - alla mancata indicazione di una condanna conseguirebbe senz'altro l'esclusione.

La controinteressata ha, poi, svolto difese di tenore sostanzialmente analogo.

Con ordinanza n. 655 del 1 luglio 2010 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare così motivandola: "Considerato che il provvedimento di esclusione si fonda unicamente sulla asserita mendacità della dichiarazione resa da uno dei soggetti partecipanti al raggruppamento ricorrente consistente nella mancata indicazione di una condanna;

Considerato, altresì, che sia il bando - al punto III.2.1. ultimo cpv -, sia il disciplinare di gara - al punto 2 a), inerente la documentazione amministrativa - richiedono genericamente la insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del Codice dei contratti, così contemplando la possibilità che la valutazione di gravità/non gravità sia compiuta dal concorrente;

Rilevato in generale che, in mancanza di un'espressa richiesta da parte della lex specialis di dichiarare tutte le condanne riportate, la non indicazione di un precedente penale - evidentemente ritenuto non grave - non può qualificarsi come "falsa" dichiarazione;

Apprezzato l'evidente danno per la ricorrente, peraltro risultata prima classificata".

In data 9 luglio 2010 la controinteressata Maragno Gaetano s.a.s. di Giovanni Maragno & C. ha proposto ricorso incidentale con cui ha impugnato gli atti di gara

nella parte in cui è stata ammessa l'ATI ricorrente a partecipare alla gara nonostante la mancata produzione, da parte di Cipiemme s.r.l., delle idoneità sanitarie dei lavoratori risultanti dal libro matricola ai sensi del D.Lgs. 81/2008, richieste dal punto 9 del disciplinare di gara a pena di esclusione.

L'Amministrazione ha chiesto la reiezione anche del ricorso incidentale, osservando che il termine annuale previsto dall'art. 41, comma 2 lett. b del D.Lgs. 81/2008 per la periodicità dei controlli sanitari non può considerarsi perentorio, essendo rimesso alla valutazione del medico stabilire periodicità diverse sicchè, in mancanza di un parametro certo e a fronte di idoneità sanitarie comunque prodotte, la stazione appaltante non ha ritenuto né di escludere la concorrente né di azionare il cosiddetto dovere di soccorso mediante richiesta di integrazione documentale ritenuta non necessaria.

Anche la ricorrente oppone la non perentorietà del termine annuale previsto dalla citata norma, nonché l'illegittimità di una eventuale esclusione, ove disposta, per l'inosservanza di una periodicità annuale considerata dalla legge solo tendenziale e per il cui mancato rispetto la sanzione sarebbe comminabile a soggetto diverso dall'imprenditore che partecipa alla gara.

Con ordinanza n. 845 del 29 luglio 2010 la valutazione delle questioni proposte con il ricorso incidentale è stata rinviata all'esito della pronuncia del Consiglio di Stato sull'appello cautelare avverso la prima ordinanza, nelle more confermata.

Con motivi aggiunti, da valere anche come ricorso incidentale, la ricorrente ha, poi, impugnato il punto 9) del disciplinare di gara in parte qua, per violazione dell'art. 41 del D.Lgs. 81/2008 come modificato dal D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106, nonché per irragionevolezza e sproporzione nell'individuazione dei documenti richiesti per partecipare alla gara.

Con tali censure l'istante, premesso che l'interesse all'impugnazione della lex specialis quanto all'indicata clausola sorgerebbe soltanto per effetto ed in

conseguenza del ricorso incidentale, ha denunciato l'illegittimità della richiesta, contenuta al punto 9) del disciplinare di gara, di esibire tra l'altro "al fine di determinare l'idoneità tecnico - professionale prevista dall'allegato XVII del D.Lgs. n. 81 del 9 aprile 2008" l'elenco dei lavoratori risultanti dal libro matricola e relativa idoneità sanitaria, affermando essere tale previsione riveniente dal D.Lgs. n. 81/2008.

L'illegittimità della previsione di *lex specialis* risiederebbe, a dire della ricorrente, in un evidente refuso: il disciplinare, infatti, richiede, come asseritamente previsto dalla legge, un adempimento non più attuale, in quanto stralciato dal corpo della norma invocata ad opera del D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106, pubblicato ed entrato in vigore prima della pubblicazione nella GUCE del bando di gara.

In vista dell'udienza pubblica sia l'Amministrazione che la controinteressata hanno depositato scritti difensivi, con cui hanno eccepito la tardività dell'impugnazione proposta con motivi aggiunti e, nel merito, ne hanno argomentato l'infondatezza.

3. Preliminarmente il Collegio osserva come la ricorrente incidentale abbia formulato le relative censure con intento paralizzante del ricorso principale e come, specularmente, la ricorrente principale abbia formulato motivi aggiunti con identico effetto nei confronti del ricorso incidentale.

Si impone, pertanto, un chiarimento in ordine all'ordine logico da seguire nello scrutinio delle relative questioni.

3.1. La tematica del rapporto tra il ricorso incidentale e quello principale – e dell'ordine da seguire nella loro trattazione – non registra allo stato unanimità di vedute: parte della giurisprudenza, peraltro minoritaria, è, invero, favorevole ad adottare il criterio logico - cronologico sulla considerazione della natura subalterna del ricorso incidentale (Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2007, n. 5811); un altro indirizzo, viceversa, è orientato a definire con precedenza il ricorso incidentale, ove proposto con intento paralizzante (Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010, n. 6510;

id. 19 maggio 2009, n. 3076; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 7 aprile 2009, n. 3227; T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, 7 luglio 2009, n. 6574; T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, 14 settembre 2009, n. 239).

Secondo un terzo orientamento giurisprudenziale il giudice amministrativo, chiamato a pronunciarsi su un ricorso principale e su un ricorso incidentale, dovrebbe fondare l'ordine di priorità dell'esame, attenendosi ai principi di economia processuale e di logicità, con la conseguenza che dovrebbe dare priorità a quello dei due che risulti decisivo per dirimere la controversia (Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4147; id. sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3696; id. sez. V, 19 maggio 2009, n. 3076).

L'orientamento da ultimo riportato ha trovato, di recente, l'avallo dell'Adunanza plenaria, che ha generalizzato il principio di economia processuale anche relativamente alle fattispecie di gare cui abbiano partecipato due sole concorrenti, per così dire disinteressandosi della "natura" principale o incidentale del ricorso per attribuire prevalenza alla portata invalidante delle censure in essi contenute, da valutarsi con riferimento alla fase di gara cui afferiscono, che sia tale da elidere l'interesse dell'altra concorrente ad agire in giudizio.

E' stato, di conseguenza, affermato che "alla stregua dei principi in tema di ordine di esame delle impugnazioni va esaminato con priorità il ricorso principale che contesti la carenza di un requisito generale di partecipazione alle gare, quando il ricorrente incidentale invochi l'esclusione per irregolarità dell'offerta tecnica, e sebbene due soli siano i concorrenti. La fondatezza del ricorso principale comporta, infatti, l'esclusione dell'aggiudicatario da una fase antecedente a quella dell'esame delle offerte tecniche, con conseguente insussistenza di qualunque interesse a censurare ipotetici vizi" (Cons. Stato Ad. plen., 15 aprile 2010, n. 1).

Nel caso di specie, trattandosi di gara con più di due concorrenti e di giudizio in cui non è stato azionato l'interesse strumentale alla ripetizione della gara secondo

la motivazione della decisione dell'Adunanza plenaria 10 novembre 2008, n. 11, reputa il Collegio che la questione dell'ordine di trattazione vada risolta - in linea con l'orientamento della Sezione (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 16 giugno 2010, n. 1975) e in stretta aderenza ai richiamati parametri ermeneutici da ultimo forniti dall'Adunanza Plenaria - alla luce dell'art. 276, comma 2, c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno contenuto nell'art. 39 cod. proc. amm..

Ne discende, di conseguenza, l'esame prioritario del ricorso incidentale - tralasciando quello dei motivi aggiunti al ricorso principale, pur proposti a loro volta con intento paralizzante, per le ragioni che risulteranno illustrate nel prosieguo - atteso che le censure ivi dedotte, ove accolte, eliderebbero in radice la sussistenza di una delle condizioni dell'azione, ossia l'interesse ad agire della ricorrente principale.

4. Con il ricorso incidentale la controinteressata deduce ulteriori due motivi per i quali la ricorrente, a suo dire, sarebbe stata passibile di esclusione:

- il primo risiederebbe nel non aver ottemperato correttamente a quanto previsto al punto 9) del disciplinare di gara ove si richiede, a pena di esclusione, che “al fine di determinare l'idoneità tecnico - professionale prevista dall'allegato XVII del D. Lgs. n. 81 del 9 aprile 2008 è richiesta l'esibizione dei seguenti elaborati: f) elenco dei lavoratori risultanti dal libro matricola e relativa idoneità sanitaria prevista dal D.Lgs. n. 81/2008”; la ricorrente, invece, avrebbe prodotto idoneità sanitarie non più in corso di validità per tutti i lavoratori, tranne che per uno per il quale l'idoneità sanitaria mancherebbe del tutto;

- il secondo risiederebbe nel fatto che, quand'anche la costituenda ATI Perregrini non fosse stata esclusa per falsità della dichiarazione resa dall'arch. Perottoni, la stazione appaltante sarebbe dovuta giungere a identico risultato se solo avesse

valutato l'intrinseca gravità del reato, la cui condanna non è stata menzionata, specie se posto in relazione all'oggetto della gara.

Il Comune, come già detto, ha dedotto l'infondatezza del ricorso incidentale osservando:

- sul primo motivo, che il termine annuale previsto dall'art. 41, comma 2 lett. b del D.Lgs. 81/2008 per la periodicità dei controlli sanitari non può considerarsi perentorio;
- sul secondo motivo, che l'omessa dichiarazione della condanna ha precluso alla stazione appaltante di valutare la gravità del reato.

4.1. Reputa il Collegio che entrambe le censure dedotte con il ricorso incidentale siano infondate.

4.1. In ordine al primo motivo possono essere richiamate le conclusioni cui la Sezione è giunta con la sentenza n. 285 dell'8 febbraio 2010, in una fattispecie di esclusione di altra concorrente dalla stessa gara per ragioni pressoché identiche a quelle prospettate dalla ricorrente incidentale nel ricorso in esame.

La Sezione ha ivi testualmente affermato: “non può dubitarsi che l'amministrazione aggiudicatrice abbia il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche più rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge (Consiglio Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 7247). Nel caso di specie i requisiti richiesti nel citato punto 9 lettere d ed f del disciplinare non sono né irragionevoli né sproporzionati. Essi non restringono in linea generale l'ambito dei soggetti partecipanti, ma si limitano a richiedere la dimostrazione dell'osservanza di alcuni degli adempimenti previsti in materia di sicurezza sul lavoro, la cui violazione può ripercuotersi gravemente, oltretutto sugli interessati, anche in danno della stessa stazione appaltante”.

Nella vicenda esaminata in quella sede, la Sezione, pur considerando i più restrittivi requisiti fissati dal disciplinare non irragionevoli, ha respinto il ricorso, ritenendo

non invocabile “la violazione dell’art. 46 D.Lgs. n. 163/06, in quanto la ricorrente non ha dimostrato, neppure tardivamente, il possesso dei requisiti di partecipazione richiesti. Nella citata nota datata 17 dicembre 2009 si è, infatti, limitata ad affermare che le visite del medico competente avrebbero avuto luogo in un momento successivo a quello di presentazione delle offerte, senza invece allegare le idoneità sanitarie dei lavoratori, eventualmente riferite a periodi pregressi”.

A parere del Collegio emerge *ictu oculi* la sostanziale differenza corrente tra le due vicende.

Nel caso in esame, invero, la ricorrente ha prodotto in giudizio (doc. 15 fascicolo di parte ricorrente) le idoneità sanitarie di tutti i lavoratori elencati, recanti la data del 19 settembre 2009, ossia una data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, fissata per il 9 dicembre 2009.

Ciò dimostra che, in disparte ogni considerazione su una possibile eterointegrazione della *lex specialis* in virtù della norma contenuta nell’allegato XVII al D.Lgs. n. 81/98, come sostituito dall’art. 149, comma 1, del D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106, avendo il disciplinare richiamato una norma ormai abrogata, di fatto la parte ricorrente era in ogni caso in possesso del requisito ulteriore richiesto.

Alla luce di quanto sopra possono ipotizzarsi due evenienze:

1) se la stazione appaltante avesse, in ipotesi, contestato alla ricorrente l’irregolare produzione documentale e avesse azionato il cosiddetto “dovere di soccorso” di cui all’art. 46 del D.Lgs. 163/2006, come ritenuto dalla Sezione nella richiamata pronuncia, invitando la concorrente “a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”, la documentazione in possesso di Cipiemme s.r.l. avrebbe senz’altro superato la

prova di resistenza e l'esclusione dell'ATI Perregrini, eventualmente a disporsi per tale motivo, sarebbe stata evitata;

2) se fosse stata disposta l'esclusione dell'ATI Perregrini senza la preventiva richiesta di chiarimenti, in seguito all'informativa ai sensi dell'art. 243bis del codice dei contratti, la stazione appaltante avrebbe potuto/dovuto provvedere in autotutela al riesame della posizione dell'istante conformandosi a quanto espresso dalla Sezione nella ridetta sentenza, in punto di dimostrazione anche tardiva del possesso del requisito.

Quanto precede trova conferma, in fatto, nella condotta della stazione appaltante che non ha considerato dirimente l'efficacia temporale della documentazione di cui al citato punto 9 del disciplinare, tanto da non procedere né all'esclusione della concorrente né alla richiesta di chiarimenti.

4.1.2. Per dovere di completezza il Collegio ritiene opportuno precisare che, alla stregua delle considerazioni fin qui espresse, l'impugnazione proposta con motivi aggiunti sarebbe stata da ritenere comunque tempestiva, atteso che, in linea con quanto già in precedenza chiarito dalla Sezione, i requisiti richiesti nel citato punto 9 lettera f) del disciplinare non restringono l'ambito dei soggetti ammessi a partecipare, ma si limitano a richiedere la dimostrazione dell'osservanza di alcuni particolari adempimenti, con l'ovvia conseguenza che, contrariamente a quanto opinato dalla difesa dell'Amministrazione, la relativa clausola non necessitava di impugnazione immediata, non avendo efficacia preclusiva della partecipazione alla gara (Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2010, n. 4483; id. 3 giugno 2010, n. 3489; id. 9 aprile 2010, n. 1999).

4.2. Passando all'esame del secondo motivo di ricorso incidentale osserva il Collegio che, per giurisprudenza ormai consolidata, in tema di esclusione dalla gara per l'affidamento di appalti pubblici, l'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 costituisce presidio dell'interesse dell'Amministrazione di non contrarre obbligazioni con

soggetti che non garantiscano adeguata moralità professionale; presupposti perché l'esclusione consegua alla condanna sono la gravità del reato e il riflesso dello stesso sulla moralità professionale. La gravità del reato deve, quindi, essere valutata in relazione a quest'ultimo elemento e il contenuto del contratto oggetto della gara assume allora importanza fondamentale al fine di apprezzare il grado di moralità professionale del singolo concorrente (Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2010, n. 3560).

Alla stregua di tale principio sono state ritenute “gravi”: in un appalto per l'affidamento del servizio di ristorazione, una condanna per violazione delle norme sulla disciplina igienica della produzione e della vendita di sostanze alimentari (sent. da ultimo citata); in un appalto per l'affidamento di interventi di manutenzione straordinaria su pavimentazioni in conglomerato bituminoso, una condanna comminata per non aver adottato nell'esercizio dell'impresa le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica del lavoratore il quale, a seguito di infortunio in cantiere, abbia subito un'inabilità temporanea superiore ai 40 giorni (Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1736); in un appalto di lavori pubblici una condanna per omicidio colposo, per violazione della normativa antinfortunistica consistente nell'omessa adozione in cantiere di misure preventive idonee ad eliminare il pericolo di infortuni (Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723).

Viceversa è stata ritenuta non grave una contravvenzione per ritardo nella comunicazione di informazioni/documentazione all'ufficio del lavoro ex art. 4 della L. 22 luglio 1961, n. 628 (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 9 ottobre 2009, n. 1525), così come un precedente per violazioni in materia di sicurezza sul lavoro in un appalto per la fornitura e posa in opera di una struttura prefabbricata in cemento armato (Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4244).

In altri termini la “gravità” del reato, nell'accezione voluta dal legislatore del codice dei contratti con l'art. 38, è un concetto giuridico a contenuto indeterminato, da

valutarsi necessariamente non soltanto in sé e per sé, ma di volta in volta con riferimento ad una serie di parametri quali la maggiore o minore connessione con l'oggetto dell'appalto, il lasso di tempo intercorso dalla condanna, l'eventuale mancanza di recidiva, le ragioni in base alle quali il giudice penale ha commisurato in modo più o meno lieve la pena.

Nel caso di specie l'arch. Perottoni, progettista della Vitre Studio s.r.l., ha subito nel 2005 una condanna per aver installato il programma "Autocad" senza la relativa licenza: si tratta di un reato che non ha alcuna attinenza con l'oggetto del contratto posto a base di gara, involgendo la mera responsabilità del professionista per violazione del diritto d'autore penalmente protetto e che, alla stregua dei parametri innanzi riportati non può ritenersi obiettivamente in grado di incidere sulla moralità professionale del concorrente.

Per quanto precede il ricorso incidentale è infondato e deve essere respinto.

5. Deve passarsi ora all'esame del ricorso principale, con il quale la ricorrente ha impugnato il provvedimento che ha disposto l'esclusione dalla gara della costituenda ATI Perregrini per falsa dichiarazione resa dall'arch. Perottoni, progettista della Vitre Studio s.r.l., ed ha aggiudicato la gara alla Maragno Gaetano s.a.s. di Giovanni Maragno & C..

Sul tema del potere di valutare l'incidenza di un reato sulla moralità professionale del concorrente alla stregua dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, e sulle ricadute in punto di falsità della dichiarazione che non rechi l'indicazione di una condanna in quanto ritenuta, in tesi, non grave dal dichiarante, la giurisprudenza appare schierata su posizioni contrastanti.

Secondo un primo e più risalente indirizzo, talvolta seguito anche dalla Sezione in particolari fattispecie delle quali si dirà, la dichiarazione non veritiera sulle condanne penali riportate dal concorrente comporta l'esclusione dalla gara in quanto deve essere data alla stazione appaltante la più ampia possibilità di

valutazione del profilo morale delle imprese che partecipano ai pubblici appalti (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 2 luglio 2009, n. 4257; T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 13 febbraio 2008, n. 97; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 9 marzo 2007, n. 769).

Peraltro, come accennato, anche nell'ambito di tale lettura la giurisprudenza e, in particolare questo Tribunale, sono orientati a valutare del pari la situazione caso per caso e a tener conto di quanto possa far eventualmente propendere per una diversa soluzione.

Così è stato affermato che “anche volendo aderire all'orientamento....secondo cui il predetto obbligo di dichiarazione dei provvedimenti penali a carico dei concorrenti, sussisterebbe solo per quelle vicende che abbiano inciso sulla "moralità professionale", il ricorso andrebbe comunque respinto. Tra i reati non dichiarati rientra, infatti, anche quello per violazione delle direttive comunitarie in materia di rifiuti, che non può certamente ritenersi in astratto inidoneo ad incidere sulla moralità professionale, come peraltro già ritenuto da Cons. Stato. sez. V 27 marzo 2000, n. 1770, dovendo pertanto essere dichiarato alla stazione appaltante, per la valutazione di propria competenza” (cfr. T.A.R. Lombardia Milano, n. 4257/2009 cit., in motivazione).

Un diverso e più recente orientamento tende, peraltro, a mitigare il rigore mostrato dalla giurisprudenza che precede, seguendo un'interpretazione che resti più aderente al dato normativo e consenta, almeno nella prima fase, di mantenere quanto più possibilmente ampia la platea dei concorrenti.

Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti, il potere di stabilire quali reati siano da indicare nella dichiarazione attestante il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara, in quanto possano incidere, per la loro gravità, sulla sua moralità professionale spetta, in prima battuta, al dichiarante con la conseguenza che, essendo tale valutazione rimessa alla stazione appaltante solo in sede di eventuale controllo, il concorrente può legittimamente non fare menzione dei

precedenti penali non risultanti dal certificato del casellario giudiziale e da lui ritenuti non idonei a compromettere, secondo l'*id quod plerumque accidit*, la sua moralità professionale; pertanto va escluso che possa qualificarsi come “falsa” dichiarazione quella contenente una valutazione soggettiva del concorrente stesso, che potrebbe semmai non essere condivisa, ma non certo determinarne l'esclusione dalla gara (Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2009, n. 4082; anche: T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 9 ottobre 2009, n. 1525; Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2009, n. 4082; id. 8 settembre 2008, n. 4244).

In tale prospettiva, anche muovendo dal principio della *primauté* del diritto comunitario che impone la disapplicazione di qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con esso, si è ritenuto che, al fine di scongiurare ogni intervento disapplicativo, l'art. 38, comma 1, lett. c) del decreto legislativo n. 163 del 2006 non possa che essere interpretato - compatibilmente con il contenuto delle disposizioni recate dalle direttive nn. 17 e 18 del 2004 dell'Unione europea - nel senso che la mancata dichiarazione da parte del rappresentante legale di una ditta concorrente circa un precedente penale che non abbia alcun riflesso negativo sul requisito della "moralità professionale", non possa determinare - ex se ed in assenza di invito, da parte della stazione appaltante, all'integrazione documentale ovvero a fornire chiarimenti - l'esclusione della concorrente dalla selezione. In altri termini l'Amministrazione, in tali casi, dovrebbe svolgere attività istruttoria, approfondendo i fatti concreti per dedurre un giudizio di affidabilità o inaffidabilità, non già formulare valutazioni per categorie astratte di reati (T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 25 febbraio 2010, n. 395).
Fra le due tesi innanzi riportate il Collegio ritiene la seconda più aderente alla *ratio* sottesa all'art. 38 anche in considerazione dello spazio di rilevanza che essa consente di riservare alle prescrizioni della legge di gara.

Invero, se presupposto indefettibile per l'esclusione dalla gara, ai sensi della norma in esame, è la sussistenza di precedenti penali per gravi reati in danno dello Stato o della Comunità che incidano sulla moralità professionale, in assenza di specifica disposizione della *lex specialis*, non può assumere alcun rilievo il mero dato formale dell'omessa dichiarazione di un precedente, ritenuto privo di offensività rispetto agli interessi presidiati dalla procedura di evidenza pubblica, con la conseguenza che detta omissione non è sanzionabile con l'esclusione.

In definitiva una diversa lettura dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 apparirebbe legittima soltanto nel caso in cui il bando, invece di limitarsi a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione, avesse imposto, e sanzionato con l'esclusione in caso di omissione, una dichiarazione dal contenuto più ampio rispetto a quanto ivi prescritto al fine di riservare alla stazione appaltante, fin dalla prima fase di gara, la valutazione della gravità o meno dell'illecito e anche di ogni omessa dichiarazione.

Solo in siffatta ipotesi, dunque, potrebbe integrare una legittima causa di esclusione, oltre all'esistenza di una violazione penale grave, ma la mancata dichiarazione nei puntuali termini prescritti dal bando (T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, 7 giugno 2010, n. 151).

Nel caso di specie, come già chiarito in sede cautelare, a fronte di un disciplinare di gara che richiedeva, al punto 2, lett. a) relativo al contenuto della busta "A" (cfr. doc. 6 del fascicolo di parte ricorrente, pag. 2) soltanto la dichiarazione di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, del D.Lgs. 163/2006, senza includere l'obbligo di dichiarare tutte le condanne riportate e senza prevedere la comminatoria dell'esclusione per la mancanza di quest'ultima dichiarazione, la stazione appaltante ha dunque arbitrariamente adottato un provvedimento di esclusione, motivandolo unicamente con la formale falsità della dichiarazione rappresentata esclusivamente dalla suindicata omissione.

Essa, in altri termini, ha irrogato la ridetta sanzione per una ipotesi non espressamente sanzionata con l'esclusione dalla *lex specialis*.

In proposito va soggiunto che il rispetto delle regole formali che caratterizza le procedure di gara risponde per un verso ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, con la conseguenza che l'Amministrazione non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle espressamente previste nella speciale disciplina di gara da essa stessa fissata, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento che costituiscono corollari dell'art. 97 cost. (Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2010, n. 1652): il che vale, come più sopra chiarito, in difetto di una eterointegrazione indotta dalla cogente disciplina comunitaria e dall'assenza di rilievo sul piano sostantivo del precedente penale omissivo.

Per quanto precede il ricorso principale va accolto e, per l'effetto, vanno annullati gli atti impugnati e, in accoglimento della domanda formulata in via principale in ricorso, va statuito l'obbligo dell'amministrazione di concludere la procedura di gara con aggiudicazione, in difetto di diversi elementi ostativi, in favore della costituenda ATI Perregrini.

Va, invece, dichiarato nel resto improcedibile il ricorso principale per il venir meno dell'interesse della ricorrente alla decisione in conseguenza della reiezione del ricorso incidentale e dell'accoglimento del ricorso principale.

6. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I),
definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei termini e per gli effetti di cui in motivazione;
- respinge il ricorso incidentale;
- dichiara improcedibili i motivi aggiunti;
- condanna il Comune resistente e la controinteressata alla rifusione, in favore della ricorrente, di spese e competenze del giudizio che liquida in complessivi € 7.000,00 (settemila), da porsi a carico di ciascuna nella misura del 50% e in via solidale tra di loro, oltre al rimborso forfetario del 12,5% delle spese generali da computarsi su diritti e onorari, nonché degli oneri previdenziali e fiscali come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2010 e del 3 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Laura Marzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/12/2010

IL SEGRETARIO

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