

Publicato il 02/07/2018

N. 01635/2018 REG.PROV.COLL.  
N. 00686/2013 REG.RIC.



**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 686 del 2013, proposto da:

So.D.I.S. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Salina, Luca Griselli, con domicilio Pec come in atti, nonché eletto presso lo studio dell'avv. Marco Salina in Milano, via Cadamosto, n. 8;

*contro*

Expo 2015 S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giancarlo Tanzarella, con domicilio Pec come in atti, nonché eletto presso il suo studio in Milano, piazza Velasca, 5;

Commissario Straordinario Delegato ex O.P.C.M. 3623 del 18.10.07, Presidenza del Consiglio dei Ministri non costituiti in giudizio;

*nei confronti*

Paganoni Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Aldo Russo, con

domicilio Pec come in atti, nonché eletto presso il suo studio in Milano, piazza Duse, 1;

*per l'annullamento*

*previa sospensione*

- della determinazione del 4.2.2013, recante l'aggiudicazione alla controinteressata della "procedura aperta per l'affidamento dell'appalto lavori per l'esecuzione opere del "Progetto Vie d'Acqua - Sistemazione alzaie e impermeabilizzazione del Canale Villoresi - Tratto Groane";
  - della nota del 7.2.2013, recante la comunicazione ai sensi dell'art. 79 del D.lgs. 163/06;
  - di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, in particolare: i verbali di gara; gli atti relativi alla verifica di anomalia; la proposta di aggiudicazione formulata dal R.U.P. in data 30.1.2013; le note per la compilazione delle schede di analisi;
- nonché per la declaratoria  
di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a., ove già stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Expo 2015 S.p.A e di Paganoni Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2018 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

So.D.I.S. S.r.l. impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere e ne chiede l'annullamento.

Contestualmente chiede che venga dichiarata l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato.

Si costituiscono in giudizio Expo 2015 S.p.A. e Paganoni Costruzioni S.r.l., eccependo l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza dell'impugnazione avversaria.

Con ordinanza n. 433/2013, depositata in data 12 aprile 2013, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare presentata dalla ricorrente.

Le parti producono memorie e documenti.

All'udienza del 4 aprile 2018 la causa viene trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1) Dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione prodotta in giudizio risulta che: a) con bando del 24 ottobre 2012, Expo spa indicava una gara, con procedura aperta, per l'esecuzione dei lavori relativi al "Progetto Vie d'Acqua — sistemazione alzale e impermeabilizzazione del canale Villoresi tratto Groane", da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo stimato pari a € 5.150.000,00 oltre IVA (di cui € 5.024.000,00, oltre IVA, per lavori e € 126.000,00, oltre IVA, per costi per la sicurezza e la salute nel cantiere non soggetti a ribasso); b) il corrispettivo veniva fissato a corpo, ai sensi dell'art. 53, comma 4, D. Lgs. 163/2006, con la precisazione che, in base alla *lex specialis*, i lavori afferivano integralmente alla categoria OG8 classifica V; c) all'esito delle operazioni di gara, Paganoni Costruzioni srl si collocava al primo

posto della graduatoria, conseguendo complessivamente 96,359 punti, di cui 30,000 punti per l'offerta economica e 66,359 punti per l'offerta tecnica, mentre al secondo posto si collocava SODIS srl, conseguendo 76,114 punti complessivi, di cui 13,206 per l'offerta economica e 62,908 punti per l'offerta tecnica parte tecnica; d) la stazione appaltante eseguiva la verifica di anomalia rispetto all'offerta di Paganoni srl, con esito positivo, sicché disponeva l'aggiudicazione a favore della ditta ora indicata.

2) La ricorrente articola quattro motivi di impugnazione, rivolti, rispettivamente, a contestare, da un lato, la violazione dell'art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163, in quanto il rappresentante legale dell'aggiudicataria ha omesso di dichiarare di essere gravato da una sentenza di condanna per omicidio colposo conseguente ad un incidente stradale, dall'altro, l'inosservanza della scansione temporale che caratterizza il subprocedimento di valutazione di anomalia, nonché l'illegittimo scostamento dai valori tabellari del costo della manodopera e, infine, diversi profili di incongruità dell'offerta aggiudicataria, asseritamente non rilevati dalla stazione appaltante.

Le censure sono infondate.

2.1) Quanto alla dedotta violazione dell'art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, va osservato che dagli atti emerge che il rappresentante legale di Paganoni srl ha omesso di dichiarare di essere stato condannato nel 1992 per omicidio colposo, conseguente ad un incidente stradale verificatosi nel 1985.

Va precisato che in sede di presentazione delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di ordine generale, il rappresentante di Paganoni srl ha barrato la dichiarazione relativa al fatto che “nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna

passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”.

La Stazione appaltante, nel verificare le autodichiarazioni rese in sede di gara da Paganoni s.r.l., ha acquisito il certificato del casellario giudiziale del rappresentante legale e socio unico Sig. Roberto Paganoni ed ha riscontrato l'esistenza di una condanna a suo carico, per il reato di cui all'art.589 c.p. (omicidio colposo), non menzionata nella dichiarazione sostitutiva prodotta in sede di gara.

La ricorrente lamenta che la stazione appaltante, una volta verificata la presenza di una condanna non dichiarata, anziché procedere all'immediata esclusione della controinteressata, in ragione della non veridicità dell'autodichiarazione prodotta, ha ritenuto di dover approfondire “le ragioni dell'omessa dichiarazione” e “la natura del reato commesso”, convocando l'interessato affinché potesse fornire eventuali chiarimenti.

All'esito dell'audizione, Expo ha ritenuto che la condanna non incidesse sul possesso dei requisiti di ordine generale, in ragione della “buona fede del dichiarante” (il quale avrebbe considerato non dovuta la dichiarazione, essendo decorsi 5 anni dalla condanna, ossia il termine necessario per configurare l'estinzione del reato) e della natura del reato ascritto al Sig. Paganoni, giudicato ininfluenza sull' “affidabilità professionale” dell'appaltatore.

Secondo la ricorrente il *modus procedendi* della stazione appaltante sarebbe illegittimo, in quanto una volta riscontrata la presenza di una sentenza di condanna non dichiarata, avrebbe dovuto escludere la società controinteressata senza effettuare ulteriori valutazioni.

La tesi non può essere condivisa.

La vicenda deve essere esaminata tenendo presente, da un lato, il contenuto concreto della dichiarazione presentata dal rappresentante legale della ricorrente, dall'altro, il quadro interpretativo giurisprudenziale esistente al tempo dello svolgimento della gara, con riferimento alla rilevanza dell'omessa dichiarazione di una condanna penale, fermo restando che la disciplina applicabile *ratione temporis*, ossia il d.l.vo 2006 n. 163 già poneva il principio della tassatività della cause di esclusione.

In relazione al primo profilo, va osservato che il rappresentante di Paganoni srl non ha dichiarato di non essere mai stato oggetto di una sentenza di condanna, ma, barrando la relativa casella, ha dichiarato di non essere stato condannato “per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”.

Ora, non è dubitabile che la valutazione dell'incidenza di un reato sulla moralità professionale spetti alla stazione appaltante e non possa essere effettuata dal singolo operatore economico, nondimeno, resta fermo che il rappresentante di Paganoni srl non ha dichiarato l'assenza di qualunque condanna, ma solo di condanne del tipo appena indicato e tale circostanza è rilevante al fine di accertare l'incidenza dell'omissione sul possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

Sul punto, non va dimenticato, che, al tempo di emanazione degli atti contestati, la giurisprudenza, o almeno una parte consistente di essa, aveva enucleato, in via interpretativa, l'ipotesi del c.d. falso innocuo, riconducendovi proprio le situazioni in cui, a fronte della formale omissione, totale o parziale, di una dichiarazione necessaria per la verifica dei requisiti di partecipazione, si accertava il sostanziale

rispetto degli interessi tutelati dalla norma che prevedeva i requisiti stessi.

Tale impostazione ermeneutica (tra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, 24 marzo 2011, n. 1795) era orientata nel senso della “doverosità della effettuazione di una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative” (in particolare Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 829; Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906), in ragione del fatto che il primo comma dell’art. 38 del d.l.vo n. 163/2006 ricollegava l’esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati; laddove, il successivo secondo comma, non prevedeva analogo sanzione per l’ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione.

Da ciò discendeva, secondo la prevalente giurisprudenza, che solo la sussistenza in concreto delle cause di esclusione previste dall’art. 38 cit. comportasse l’effetto espulsivo.

Lo stesso orientamento precisava che “quando, invece, il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richie