



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 75 del 2013, proposto da: G.B. S.n.c. di G.A. e D., in proprio e quale mandante di r.t.i. con ditta individuale Pellegrini Claudio, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Zoppellari e Andrea Pizzini, e con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Trento, Piazza Cesare Battisti, n. 26

***contro***

Provincia autonoma di Trento - Agenzia provinciale per gli appalti e contratti, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicolò Pedrazzoli, Giuliana Fozzer e Viviana Biasetti ed elettivamente domiciliata presso l'Avvocatura della Provincia in Trento, Piazza Dante, n. 15

***nei confronti di***

Zabo S.a.s. di Borzaga Luca & C., non costituita in giudizio

***per l'annullamento***

- della determinazione del Dirigente del Servizio appalti della Provincia autonoma di Trento n. 3, del 25.2.2013, comunicata con nota del 26.2.2013, concernente

l'annullamento dell'aggiudicazione, a suo tempo disposta con verbale di gara n. 1172/2012 di data 8.11.2012, della gara d'appalto per lavori di manutenzione delle strade statali e provinciali, nonché delle loro pertinenze, relativamente al lotto n. 2 Alta Val di Non, disposta a favore del costituendo raggruppamento temporaneo composto dalle imprese Pellegrini Claudio (capogruppo) e G. B. di G. A. e D. S.n.c. (mandante);

- della nuova aggiudicazione disposta a favore dell'impresa Zabo S.a.s., secondo concorrente in graduatoria;

- dell'incameramento della cauzione provvisoria presentata dal raggruppamento ricorrente a corredo della propria offerta.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia autonoma di Trento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 52 del D.Lgs. 30.6.2003, n. 196, commi 1 e 2;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2013 il cons. Alma Chietini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con determinazione del Dirigente il Servizio appalti della Provincia n. 3, del 25.2.2013, è stata annullata l'aggiudicazione dei lavori, per il lotto n. 2, della gara indetta per l'affidamento della manutenzione delle strade statali e provinciali in Alta Val di Non, che il 31.10.2012 era stata conseguita dal costituendo raggruppamento temporaneo tra le imprese Pellegrini Claudio (mandataria) e G. B. di G. A. e D. S.n.c. (mandante).

Il provvedimento è stato adottato perché, a seguito della verifica dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione alla gara, è emersa la sussistenza di decreti penali di condanna che non erano stati dichiarati dal concorrente G. al momento della presentazione dell'offerta. Segnatamente, dai certificati del casellario giudiziale acquisiti in data 14.11.2012 è risultato un decreto penale di condanna del 17.8.2005, esecutivo dal 19.12.2005, emesso nei confronti del sig. D.G., legale rappresentante dell'impresa G.B., e di due decreti penali di condanna, rispettivamente del 13.12.2002 e del 17.8.2005, esecutivi dal 14.2.2003 e dal 22.9.2005, emessi nei confronti del sig. A. G., anch'egli legale rappresentante della stessa impresa.

2. Con il ricorso in epigrafe l'impresa G. ha impugnato il provvedimento di annullamento deducendo i seguenti motivi di diritto:

I - violazione dell'art. 4.1 del bando di gara, dell'art. 38 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, dell'art. 35 della l.p. 10.9.1993, n. 26; violazione dei principi sottesi al regolare svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica; violazione dell'art. 460, comma 5, c.p.p.; erronea valutazione dei fatti, violazione del principio di proporzionalità, ingiustizia manifesta e sviamento di potere.

La ricorrente asserisce che la Stazione appaltante avrebbe dovuto riconoscere l'“*errore scusabile*” nel quale è incorso il legale rappresentante della G., il quale avrebbe ritenuto, leggendo le pertinenti disposizioni, che il decorso del termine quinquennale avesse estinto i reati di cui ai citati decreti penali;

in ogni caso, a detta della società ricorrente le condanne riscontrate riguarderebbero modesti fatti connessi all'esercizio dell'attività estrattiva di cava, per cui assume che si tratterebbe di fattispecie non in grado di incidere sulla moralità professionale dell'impresa in relazione all'appalto di causa;

II - ancora violazione della *lex specialis* di gara, dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, degli artt. 38 e 46 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità della motivazione e per ingiustizia manifesta, poiché la pretesa dichiarazione non veritiera sarebbe ascrivibile alla categoria del c.d. "*falso innocuo*"; inoltre, i decreti di condanna riscontrati hanno per oggetto reati di lieve entità posti in essere negli anni 2002 e 2005 per i quali era stato riconosciuto il beneficio della non menzione nel certificato del casellario.

3. Con l'atto introduttivo la ricorrente ha chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati, anche con l'emissione di una misura cautelare monocratica ai sensi dell'art. 56 c.p.a.

4. Con decreto del Presidente del Tribunale n. 39, di data 8.4.2013, l'istanza di misura cautelare provvisoria è stata denegata.

5. L'Amministrazione provinciale intimata si è costituita in giudizio per chiedere che il ricorso sia respinto nel merito perché infondato.

6. Con ordinanza n. 41, adottata nella camera di consiglio del 19.4.2013, la domanda cautelare è stata respinta.

7. In vista dell'udienza di merito le parti costituite hanno depositato ulteriori memorie conclusionali.

8. Alla pubblica udienza del 7 novembre 2013, la causa è stata chiamata e quindi trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Il ricorso è infondato.

2a. Con il primo motivo la società ricorrente - che ha partecipato al procedimento amministrativo che ha condotto all'adozione del provvedimento impugnato nel corso del quale ha presentato due memorie contenenti sostanzialmente le censure poi riproposte in sede giurisdizionale - lamenta che la Stazione appaltante non

abbia riconosciuto la sussistenza, nella vicenda che l'ha coinvolta, del c.d. *“errore scusabile”*.

A tali fini asserisce che, all'atto della compilazione della documentazione necessaria per partecipare alla gara d'appalto, il legale rappresentante della G. ha effettuato ricerche personali nel corso delle quali ha letto l'art. 38 del codice dei contratti pubblici, l'art. 460, comma 5, del c.p.p., il paragrafo 4.1, punto 2, del bando di gara (ove è precisato che il concorrente non è tenuto ad indicare le condanne quando i reati sono stati dichiarati estinti), ed ha consultato i decreti di condanna che riguardavano i due legali rappresentanti, in calce ai quali sono riportate le seguenti avvertenze: *“... ha efficacia di giudicato nel giudizio civile e amministrativo”* e *“il reato è estinto se nel termine di 5 anni, quando trattasi di delitto, ovvero di 2 anni, quando trattasi di contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole ...”*.

Da ciò egli avrebbe tratto la convinzione che i reati di cui ai citati decreti penali di condanna, oltre che essere attinenti a fatti compiuti nell'esercizio di un'attività diversa da quella posta in gara, fossero estinti per il decorso del termine quinquennale e, di conseguenza, al momento della redazione della domanda di partecipazione, ha indicato la voce *“nessuna condanna”*.

2b. Per altro verso, la società ricorrente asserisce che i modesti e datati fatti, commessi nell'esercizio dell'attività estrattiva di cava, oggetto dei decreti penali di condanna riscontrati (trattasi di recupero di rifiuti in difformità dall'autorizzazione, di invasione di terreno comunale, di trasporto e smaltimento di inerti in mancanza di autorizzazione), non sarebbero in grado di incidere sulla serietà e sulla moralità professionale dell'impresa G. che auspica ora di conseguire un contratto di lavori di manutenzione stradale.

3a. Tali argomenti difensivi non possono essere condivisi.

3b. Innanzitutto si deve osservare che:

- l'art. 38, comma 1, lett. c), del codice dei contratti pubblici stabilisce che l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti di lavori pubblici non opera quando è intervenuta la riabilitazione ovvero *“quando il reato è stato dichiarato estinto”*;
- la normativa di gara (par. 4.1, pag. 12 e 13) prevedeva che il concorrente dovesse dichiarare *“tutte le condanne”* (sentenze, decreti divenuti irrevocabili, ex art. 44 c.p.p.) salvo che il reato fosse stato *“dichiarato estinto”*;
- era stato altresì previsto, sempre a pag. 13 del bando, che in presenza di condanne l'Amministrazione avrebbe: escluso automaticamente gli offerenti per alcuni indicati reati; per i reati diversi da quelli specificati avrebbe invece verificato l'incidenza degli stessi sull'affidabilità morale e professionale dell'impresa aggiudicataria, nonché a campione;
- all'opposto, se in sede di verifica fosse stata riscontrata la mancata indicazione di condanne che dovevano essere segnalate, si sarebbe proceduto all'esclusione del concorrente per falsa dichiarazione ai sensi del comma 1 ter dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici;
- il comma 1 ter del citato art. 38 del D.Lgs. 163/2006 sancisce che *“in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave ... dispone l'iscrizione nel casellario informatico”*;
- in senso conforme, il par. 8, a pagg. 28 e 29 del bando, prescriveva che l'Amministrazione avrebbe verificato nei confronti dell'aggiudicatario il possesso dei requisiti di ordine generale dichiarati; che se avesse riscontrato la loro carenza avrebbe annullato l'aggiudicazione, incamerato la cauzione e denunciato il fatto all'Autorità giudiziaria e all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici; inoltre, che ai sensi dell'art. 38, comma 1 ter del D.Lgs. 163/2006 ogni falsa dichiarazione e documentazione sarebbe stata segnalata alle medesime Autorità; infine, le

disposizioni del comma 1 ter dell'art. 38 sarebbero state applicate se fosse stata riscontrata la mancata indicazione anche di una sola condanna passata in giudicato, ovvero di un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, ivi compresi quelli riportanti la non menzione.

Anche la modulistica predisposta dalla Stazione appaltante, e utilizzata dall'impresa G., riportava chiaramente le indicate prescrizioni, ulteriormente ricordando che erano esenti dal dovere di dichiarazione non i reati estinti bensì i reati "*dichiarati estinti*".

3c. Ebbene, è univoco che la *lex specialis* chiedesse - a pena di esclusione - la dichiarazione di tutte indistintamente le condanne penali subite da ciascun concorrente, rimettendo unicamente all'Amministrazione appaltante la valutazione della gravità dei fatti di reato e della loro rilevanza ai fini della partecipazione alla gara.

Appaiono pertanto prive di pregio le considerazioni della ricorrente circa la scarsa rilevanza dei precedenti riscontrati. Infatti, l'esclusione impugnata è stata disposta non perché la ricorrente abbia precedenti penali ritenuti incidenti sulla sua credibilità professionale ma, più semplicemente, perché ha violato la regola del bando che imponeva - a pena di esclusione - la dichiarazione di tutte le condanne subite a meno che il reato non fosse stato "*dichiarato*" estinto.

Consegue a ciò che se i decreti penali fossero stati indicati nella dichiarazione resa in sede di partecipazione alla gara, come imponeva la *lex specialis*, sarebbe spettato all'Amministrazione, che doveva provvedere con decisione argomentata e sindacabile, verificare in concreto la loro incidenza sulla moralità professionale dell'aggiudicataria. All'opposto, la loro mancata indicazione ha fatto scattare la diversa e autonoma regola della *lex specialis* che disponeva l'esclusione dalla gara per omissione dichiarativa (cfr., in termini, C.d.S., sez. IV, 22.11.2011, n. 6153).

4a. Né vale opporre che i predetti reati fossero, nella sostanza, estinti, poiché al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ossia il 4.11.2011, i provvedimenti giudiziari di estinzione dei reati di cui ai menzionati decreti di condanna non erano ancora stati adottati (invero, la pronuncia di estinzione è stata emessa più di un anno dopo, il 13.12.2012). Quindi, gli stessi reati non erano stati “*dichiarati*” estinti, come invece prescriveva la *lex specialis*.

La circostanza che le condanne in esame risalissero ad oltre un quinquennio prima della gara, con la conseguenza che erano maturati i requisiti per l'estinzione del reato, ai sensi dell'art. 460, comma 5, c.p.p., non può, quindi, tornare utile alla ricorrente.

L'estinzione del reato, infatti, pur operando ope legis in presenza del necessario presupposto, richiede pur sempre una pronuncia - sia pure dichiarativa - del giudice dell'esecuzione emessa su istanza dell'interessato (cfr., ex multis, C.d.S., sez. V, 31.3.2011, n. 1968; sez. VI, 5.7.2010, n. 4243; Cass. pen., sez. I, 7.7.2005, n. 32801).

4b. Su questo punto, non giova neppure il richiamo fatto da parte ricorrente alla sentenza del T.A.R. Lombardia, sezione staccata di Brescia, 14.5.2010, n. 1731, poiché proprio la stessa sentenza afferma che “*l'estinzione ex art. 460 c.p.p. è pronunciata dal giudice dell'esecuzione, che è lo stesso giudice che ha emesso la pronuncia di condanna*”.

5a. Non meritano apprezzamento nemmeno le argomentazioni sul supposto stato di “*buona fede*” del legale rappresentante della ricorrente per cui, in questa sede, si invoca l'applicazione dell'istituto dell’“*errore scusabile*”.

5b. In primo luogo, è da rilevare che il testo del bando specificava in modo non equivoco le modalità di dichiarazione dei reati ad eccezione di quelli “*dichiarati estinti*”, comminando la sanzione dell'esclusione in caso di omissioni con le conseguenti comunicazioni alle Autorità di vigilanza e penale.

Nell'applicazione del bando di gara non vi era dunque spazio per incertezze interpretative capaci di ingenerare un errore incolpevole e giustificabile da parte di un operatore del settore, che peraltro, a suo stesso dire, si era premurato di consultare codici e provvedimenti, con ciò stesso dimostrando una capacità di attenzione ed informazione non superficiale.

5c. In secondo luogo, l'istituto dell'“*errore scusabile*” ha una spiccata connotazione processuale (da ultimo codificata negli artt. 37; 44, comma 4; 11, comma 5, c.p.a.) correlata all'istituto della rimessione in termini (cfr., C.d.S., sez. IV, 21.1.2013, n. 347; Ad. Pl., 9.8.2012, n. 32; C.d.S., sez. V, 22.5.2006, n. 2971, e la giurisprudenza ivi richiamata); istituto a sua volta comportante - secondo univoca giurisprudenza - una situazione normativa obiettivamente inconoscibile o confusa, ovvero non comprensibile dall'uomo di ordinaria diligenza e cultura, e non già quando l'errore sia determinato da una situazione attinente alla sola condizione singolare, personale e soggettiva dell'interessato (cfr., Corte di Giustizia sez. VI, 8.11.2007, n. 242; Cass. Civ., sez. I, 25.6.2002, n. 9263; sez. III, 9.2.2004, n. 2424; Sez. Un., 6.8.1998, n. 7712; sez. II, 29.9.2009, n. 20866).

5d. Nella materia de qua è pertanto del tutto inconferente la copiosa giurisprudenza penale richiamata dalla ricorrente sulla questione dell'ignoranza della legge penale.

In ogni caso, neppure la pronuncia delle Sezioni unite della Corte di Cassazione Penale 10.6.1994, n. 8154, citata da parte ricorrente, la aiuta a rendere condivisibile la sua difesa.

Quella sentenza - che peraltro trova fondamento nella nota pronuncia della Corte costituzionale 24.3.1988, n. 364 - ha, infatti, dichiarato “*inevitabile*” e quindi “*incolpevole*” l'ignoranza della legge penale per il comune cittadino “*ogni qualvolta egli abbia assolto, con il criterio della ordinaria diligenza, al dovere di informarsi sulla legislazione vigente in materia, attraverso qualsiasi utile accertamento*”, altresì specificando che “*tale*

*dovere di informazione è particolarmente rigoroso per chi svolge professionalmente una determinata attività*”.

Ebbene, poiché la Società G. è ed era soggetto professionalmente qualificato come imprenditore avvezzo a partecipare a gare pubbliche e quale soggetto che aveva, come già detto, dimostrato non comuni capacità di attenzione, informazione e consultazione di testi ed atti a contenuto normativo, dalla stessa era pretendibile una diligente capacità di lettura ed interpretazione delle regole di partecipazione alle pubbliche gare non oscure od ambigue, come quella concernente la “*dichiarazione di estinzione*” del reato.

6a. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente asserisce che la vicenda in esame configurerebbe un’ipotesi di “*falso innocuo*”.

Anche tale prospettazione è infondata.

6b. Anzitutto, sull’istituto invocato dal ricorrente deve essere richiamato quanto statuito dal Consiglio di Stato.

Un orientamento afferma che nella materia dei pubblici appalti trova applicazione la tesi del c.d. falso innocuo e, conseguentemente, che non debba essere impedita la partecipazione alla gara, quando il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti necessari e la *lex specialis* non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle prescrizioni su modalità e oggetto delle dichiarazioni da fornire, contenendo invece un generico richiamo all'assenza delle cause impeditive di cui all'art. 38 del D.Lgs. 163/2006: in carenza di una espressa previsione di esclusione contenuta nella legge di gara e in presenza dei requisiti sostanziali, si ritiene pertanto - anche richiamando l'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE - che l'omissione totale o parziale della dichiarazione non produca alcun effetto espulsivo dalla gara (cfr., sez. VI, 22.2.2010, n. 1017; sez. V, 9.11.2010, n. 7967; sez. VI, 15.6.2011, n. 3655; sez. VI, 13.2.2013, n. 896; sez. III, 13.3.2013, n. 1494).

Altro e più severo orientamento, consolidatosi dopo la novella apportata nel 2011 all'art. 38 del codice dei contratti pubblici, afferma che l'istituto del falso innocuo non può trovare applicazione nella specifica materia degli appalti pubblici per due ragioni:

- perché le relative categorie (dall'errore grossolano, immediatamente riconoscibile e tale da non poter trarre in inganno nessuno, all'errore inutile, perché irrilevante) sono state elaborate nel diverso contesto del diritto penale;

- perché il falso è innocuo solo quando non incide neppure minimamente sugli interessi tutelati, il che non è nelle procedure di evidenza pubblica ove la completezza delle dichiarazioni richieste è già di per sé un valore da perseguire *“perché consente - anche in ossequio al principio di buon andamento dell'Amministrazione e di proporzionalità - la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara”*; ne consegue che una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) è in ogni caso lesiva degli interessi considerati dalla norma (cfr., C.d.S., sez. III, 3.3.2011, n. 1371; 16.3.2012, n. 1471; sez. V, 22.5.2012, n. 2946; 5.12.2012, n. 6223; 3.6.2013, n. 3045; 21.6.2013, n. 3397).

6c. Ebbene, indipendentemente dall'orientamento del Collegio, emerge per tabulas come il tuttora controverso istituto del *“falso innocuo”* non possa comunque trovare applicazione nella vicenda di causa, ove:

- per un verso, come è già stato rilevato, la disciplina di gara era chiarissima e univoca nella parte in cui ha previsto la conseguenza dell'esclusione in caso di falsa dichiarazione sui precedenti penali del concorrente, fra i quali erano menzionati anche i decreti penali di condanna divenuti irrevocabili e relativi a reati non dichiarati estinti;

- per altro verso, la falsa dichiarazione resa dall'impresa G. non può qualificarsi non rilevante, perché la sussistenza in concreto di precedenti penali ha impedito all'Amministrazione dapprima di conoscere (nonostante un'espressa previsione del

bando) uno dei requisiti del soggetto concorrente, e poi di valutare la gravità di quei precedenti al fine di verificare la moralità professionale dell'aggiudicatario (cfr., C.d.S., sez. V, 20.4.2009, n. 2364; T.R.G.A. Trento, 5.2.2010, n. 35).

7. In conclusione, il ricorso deve essere respinto, congiuntamente alla domanda di risarcimento dei danni.

8. Le spese seguono la soccombenza e devono essere poste a carico della parte ricorrente nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso n. 75 del 2013 lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio a favore dell'Amministrazione provinciale, che liquida in complessivi € 3.000,00 (tremila).

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, commi 1 e 2, del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte ricorrente, per procedere all'oscuramento delle generalità della stessa, manda alla Segreteria di procedere all'annotazione di cui ai commi 1 e 2 della disposizione sopra citata, nei termini indicati.

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chiettini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/11/2013

IL SEGRETARIO

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