



REPUBBLICA ITALIANA

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 496 del 2009, proposto da:

Compagnia Italiana Promozione e Servizi, rappresentata e difesa dall'avv. Silvio Piero Lessona, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via S. Antonio Maria Zaccaria, 1

contro

Comune di Lecco, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Pedrazzini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Olga Fischetti, Corso XII Marzo, 28

per l'annullamento

dell'esclusione dalla gara per l'affidamento in concessione di servizio di parcheggio pubblico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Lecco;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2013 il dott. Francesco Mariuzzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Con ricorso notificato il 13.2.2009 la Compagnia Italiana Promozione e Servizi ha impugnato il provvedimento 12.12.2008, n. 177, con cui il Direttore del Settore Lavori Pubblici del Comune di Lecco ha disposto l'esclusione dell'istante dalla gara indetta per l'affidamento della concessione del servizio pertinente l'area di parcheggio pubblico ubicata in Piazza Sassi sul rilievo che sarebbe stata omessa la dichiarazione di uno dei requisiti generali previsti dall'art. 38 del D.lgs. 12.4.2006, n. 163 con conseguente decadenza dall'aggiudicazione provvisoria, di cui alla determinazione dirigenziale del 15.10.2008, n. 138/L.P.

A sostegno del prodotto ricorso l'interessata ha dedotto la violazione dell'art. 38 del richiamato D.lgs., allegando che l'omessa dichiarazione di un reato risalente al 1991, commesso dal signor Gianfranco Casino, componente del Consiglio di Amministrazione della Compagnia Italiana Promozioni e Servizi, non integrerebbe né alcun mendacio né alcun reato grave in danno dello Stato o della comunità, che incidano sulla sua moralità professionale: nel caso

di specie la pena di due mesi e venti giorni di reclusione inflitta dalla Corte d'Appello militare di Napoli per l'accertato abbandono del posto di guardia da parte del militare di allora sarebbe, infatti, assai risalente nel tempo e non potrebbe in ogni caso rappresentare il presupposto della disposta esclusione anche alla stregua dell'accordato beneficio della non menzione.

Il Comune di Lecco si è costituito in giudizio, resistendo al ricorso e richiedendone la reiezione.

Alla camera di consiglio dell'11.3.2009 la domanda di sospensione cautelare del provvedimento impugnato è stata respinta con l'ordinanza n. 327 in pari data.

All'udienza del 20.11.2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

2 - Premette in fatto il Collegio che la lettera d'invito alla gara al suo punto 12 prescriveva quale requisito per la partecipazione *"il non trovarsi nelle condizioni di esclusione previste dall'art. 38 del D.lgs. n. 163 del 2006"*; che con la presentazione dell'offerta non è stata allegata alcuna dichiarazione ai sensi della suddetta norma quanto al signor Gianfranco Casino; che il Comune di Lecco è dunque pervenuto a conoscenza del visto reato, peraltro non emergente dai certificati penale e dei carichi pendenti, tramite istruttoria d'ufficio in merito alla sussistenza dei requisiti generali per la partecipazione alla procedura per l'affidamento del parcheggio pubblico.

In esito a quanto emerso la ricorrente è stata, quindi, esclusa dalla gara ed è stata contestualmente revocata l'aggiudicazione provvisoria già pronunciata a suo favore.

Nella memoria di costituzione in giudizio il Comune ha richiesto la reiezione del ricorso, argomentando che sarebbe stata data puntuale applicazione alla previsione della lettera d'invito, posto che l'omessa dichiarazione costituirebbe un'autonoma causa di esclusione, equivalendo a un'implicita attestazione non veritiera.

Tale ordine d'idee non può essere condiviso.

Non ignora il Collegio che, quanto all'applicazione del ridetto art. 38, espressamente richiamato nel bando pur nel quadro di una gara per l'affidamento di un servizio, la giurisprudenza si sia divisa tra un indirizzo prettamente formale, che ha ritenuto legittima l'esclusione dalla gara d'appalto per il solo fatto dell'omissione della prescritta dichiarazione, negando ogni possibilità di un'integrazione documentale successiva (cfr. Consiglio di Stato Sez. V 31.3.2012, n. 1896; Sez. III 3.3.2011, n. 1371, che ha annullato la sentenza di questa Sezione 14.6.2010, n. 1820; Sez. V 24.3.2011, n. 1795; Sez. IV 1.4.2011, n. 2066; Sez. V 24.3.2011, n. 1800; parere AVCP 3.3.2011, n. 1371; AVCP 10.10.2012, n. 4); l'altro indirizzo, che ha ritenuto, invece, che dovesse comunque essere valutata l'esistenza in concreto di un reato grave, capace d'incidere sulla moralità professionale, del tutto indipendentemente dal fatto che lo stesso non fosse stato oggetto di puntuale dichiarazione, ritenendo preminente l'aspetto sostanziale della vicenda all'esame e il carattere finalistico della norma (cfr. Consiglio di Stato Sez. III 14.11.2012, n. 5758, che ha dato rilievo all'esistente colpa dell'Amministrazione nella redazione degli atti di gara; Sez. VI 22.2.2010, n. 1017; Sez. VI 4.8.2009, n. 4907; Sez. V 13.2.2009, n. 829; Sez. VI 4.8.2009, n. 4906; Sez. V 9.11.2010, n. 7967).

Da ultimo la questione della retta interpretazione dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE è stata rimessa alla Corte di giustizia con l'ordinanza di questa Sezione 15.1.2013, n. 1324.

Alla stregua dei due opposti indirizzi della giurisprudenza il Collegio resta persuaso che l'accertata sussistenza del cosiddetto falso innocuo, fatto proprio dal secondo di essi, indotto dall'assenza di una dichiarazione avente a oggetto i requisiti generali dei titolari delle imprese partecipanti, non possa autorizzare l'esclusione di un'impresa da una gara sulla base di un riscontro meramente formale; che, infatti, l'art. 38 del codice dei contratti pubblici debba essere interpretato alla stregua di quanto stabilito dall'art. 45 della richiamata direttiva, che esige che il controllo della stazione appaltante sia effettuato sul piano sostanziale, aprendo, se del caso, il contraddittorio con le imprese partecipanti alla gara allo scopo di accertare se sussistano o meno ragioni ostative alla partecipazione.

Nel caso di specie all'aggiudicazione provvisoria non avrebbe potuto che seguire quella definitiva, ove si consideri

che, ove il Comune avesse preso in esame la condanna subita dal signor Gianfranco Casino durante il servizio militare per abbandono del posto di guardia, la conclusione da assumere su tale solo fondamento sarebbe stata favorevole alla ricorrente, tenuto conto sia dell'epoca risalente del fatto sia dell'obiettiva assenza di ogni potenziale incisione sulla moralità professionale dell'interessato.

Resta per tale via assorbita la ricerca di una colpa da parte del Comune nella pur non perspicua redazione del bando, che pare rimettere alle imprese partecipanti alla gara la valutazione in ordine al rilievo di eventuali precedenti penali, il che in analoghe vicende aveva autorizzato il visto secondo indirizzo della giurisprudenza a far prevalere la necessità di un'analisi puntuale dei precedenti dei titolari delle imprese partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica.

Il ricorso deve essere dunque accolto con annullamento del provvedimento impugnato.

Le spese seguono la soccombenza e possono essere liquidate nella somma di € 3.500,00, oltre ad oneri di legge.

P.Q.M.

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

lo accoglie, annullando i provvedimenti impugnati. Spese a carico del Comune come da motivazione.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente, Estensore

Raffaello Gisoni, Primo Referendario

Roberto Lombardi, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/12/2013

IL SEGRETARIO

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