



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 234 del 2014, proposto da:  
Ott Art s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandante del costituendo R.T.I. con Corvallis s.p.a socio unico, Tasca Aldo e Ett s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Bruna Lazzerini, Nicola Creuso e Orio De Marchi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Trieste, Via Fabio Severo 20;

***contro***

Comune di Monfalcone, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Gianni Zgagliardich, Elisa Adamic e Giada Dal Mas, con domicilio eletto presso il loro studio in Trieste, Via Filzi 4;  
AVCP - Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture (ora Autorità Nazionale Anticorruzione), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Trieste, presso la quale è domiciliata in Trieste, piazza Dalmazia 3;

***nei confronti di***

Ikon Srl, Proel Spa, Arti & Mestieri Srl, Insiel Mercato Spa, Graphic Service Srl, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., non costituite in giudizio;

***per l'annullamento, previa sospensione cautelare***

- della comunicazione dd. 16 maggio 2014 del Comune di Monfalcone e dell'allegata Determinazione n. 721 dd. 12 maggio 2014, avente ad oggetto comunicazione esclusione procedura Museo cantieristico nonché della comunicazione del Comune dd. 18 novembre 2013, avente ad oggetto avvio procedimento decadenza aggiudicazione, relativi alla gara CIG n. 48604 52BDD;
- dell'aggiudicazione al raggruppamento tra Ikon srl/Proel spa/ Arti & Mestieri srl/ Insiel Mercato spa/ Graphic Service srl;
- per quanto di ragione, di tutti i verbali e gli atti di gara, nelle parti investite dai motivi di ricorso;
- delle note del Comune di Monfalcone dd. 29 maggio 2014, l'una avente ad oggetto segnalazione AVCP Museo cantieristico, l'altra escussione della garanzia n. 456138;
- per quanto occorrer possa, del parere AVCP 65-14 sul quale si fonda detta determinazione n. 721/2014, e del parere Ufficio Affari Giuridici del Comune di Monfalcone, non conosciuto;
- del Bando e del Disciplinare di gara e dei modelli allegati, in particolare dei modelli in allegato A, nonché le relative determinazioni del Comune di Monfalcone, per quanto di ragione;
- in particolare, della disciplina di gara e dei modelli allegati, nella parte in cui sia eventualmente intesa nel senso di stabilire l'esclusione anche per la mera omessa indicazione di una condanna, pure nel caso in cui risulti comunque certamente posseduto il requisito della moralità professionale;
- di ogni altro atto preordinato, presupposto, antecedente, conseguente o comunque connesso;

nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente, in r.t.i. con Corvallis spa a socio unico, Tasca Aldo e ETT srl, al conseguimento dell'aggiudicazione e al subentro del contratto eventualmente stipulato, con dichiarazione di inefficacia del contratto medesimo;

nonché, in via subordinata e alternativa, per il risarcimento del danno per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Monfalcone e della AVCP - Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture (ora Autorità Nazionale Anticorruzione);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2014 la dott.ssa Manuela Sinigoi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1) Parte ricorrente - che espone di essere stata individuata quale migliore offerente e aggiudicataria provvisoria della procedura aperta per l'affidamento dell'esecuzione degli allestimenti del museo della cantieristica, dei percorsi tematici del quartiere di Panzano, del completamento e restyling del sito web, bandita dal Comune di Monfalcone - contesta la legittimità degli atti in epigrafe indicati, invocandone l'annullamento, previa sospensione cautelare.

Si duole, in particolare, del provvedimento espulsivo che il Comune intimato ha adottato nei suoi confronti a causa della ritenuta non veridicità della dichiarazione

sostitutiva resa dal signor Carrer Leonardo in merito al possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, nonché della segnalazione che l'ente ha inviato all'AVCP e dell'atto con cui ha disposto l'escussione della garanzia.

1.1) Chiede, inoltre, la declaratoria di inefficacia, ex artt. 121 e 122 c.p.a., del contratto d'appalto, laddove nel frattempo stipulato con l'aggiudicataria, al fine di ottenerne il subentro, nonché, in via subordinata e alternativa, la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente.

1.2) Questi i motivi di ricorso:

*1. Violazione di legge – violazione della lex specialis – violazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 - violazione dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE – eccesso di potere – falso presupposto – errore di fatto e di diritto – difetto di istruttoria – violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 – difetto di motivazione – violazione dell'art. 46 d.lgs. n. 163/2006 – eccesso di potere per ingiustizia manifesta e per violazione del principio di proporzionalità.*

Parte ricorrente deduce, in particolare, che sussiste una diretta correlazione tra il primo e il secondo comma dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, nel senso che la valutazione rimessa alla s.a. circa la rilevanza delle condanne penali riportate è da ritenersi, in ogni caso, circoscritta a quelle sole che, a norma del Codice dei contratti, possono compromettere la moralità professionale, conseguendone che la mancata dichiarazione di un reato inidoneo a determinare la mancanza dei requisiti di ordine generale non è di per sé una causa di esclusione, ma, semmai, consente alla stazione appaltante di disporre un'integrazione. Costituisce, in definitiva, causa ostativa solo la mancanza del requisito. Nel caso di specie, la condanna subita dal signor Carrer per la violazione di una norma del codice penale militare di pace non rientra nel novero di quelle ostative all'assunzione degli appalti pubblici e non andava, pertanto, dichiarata.

Evidenza che il dichiarante riteneva che il reato fosse già estinto e che, in ogni caso, ne ha immediatamente chiesto ed ottenuto la relativa dichiarazione.

*2. Violazione di legge violazione art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 – violazione dell’art. 71 DPR 445/2000 – violazione dell’art. 75 del DPR n. 445 del 2000 – violazione dell’art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 – difetto di istruttoria – ingiustizia manifesta.*

Parte ricorrente ritiene che, nel caso specifico, difettano i requisiti della non veridicità del contenuto della dichiarazione, atteso che la non veridicità va valutata in relazione al possesso del requisito di moralità professionale, che essa indubbiamente possiede.

*3. Violazione o falsa applicazione dell’art. 38 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione o falsa applicazione di legge (art. 46 d.lgs. n. 163/2006; art. 45 della Direttiva n. 2004/18; art. 1 della legge n. 241/1990). Violazione del principio di proporzionalità. Eccesso di potere per difetto del presupposto.*

Sulla scorta delle argomentazioni in precedenza svolte, parte ricorrente deduce l’illegittimità della disciplina di gara, laddove sanziona con l’esclusione l’omessa dichiarazione di una condanna priva di correlazione con il requisito della moralità professionale.

Ritiene, invero, che una simile previsione contrasta con il principio di tassatività delle cause di esclusione e con il diritto comunitario.

*4. Violazione di legge - Violazione dell’art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 - Eccesso di potere – Illogicità – Perplessità - Errore di fatto e di diritto - Violazione di legge - Violazione dell’art. 578 c.p.p. previgente - Eccesso di potere - Difetto di istruttoria - Errore di diritto.*

Parte ricorrente contesta la decisione della s.a., laddove considera rilevante la mancata dichiarazione di estinzione di un reato che non è, invece, da ritenersi tale ai fini del possesso dei requisiti di moralità e, conseguentemente, ai fini dell’esclusione dalla procedura di gara.

Rileva, inoltre, che, nel caso specifico, la declaratoria d'estinzione sarebbe dovuta intervenire d'ufficio a norma del codice previgente e di un tanto la s.a. avrebbe dovuto tenere conto nel valutare l'omessa dichiarazione del reato in questione.

*5. Violazione di legge - Violazione art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 - Violazione dell'art. 3 della L. n. 241/90 - Eccesso di potere – Contraddittorietà - Violazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità - Violazione del principio del favor participationis - Violazione di legge - Violazione art. 97 Cost.*

Parte ricorrente evidenzia, infine, che nei modelli di dichiarazione predisposti dalla s.a. e messi a disposizione dei concorrenti si fa riferimento al solo <codice penale> e non anche al <codice penale militare di pace>, circostanza che l'ha indotta in errore. Rammenta, invero, che il reato non dichiarato si riferisce alla violazione di una norma del codice penale militare di pace.

La decisione espulsiva assunta dalla s.a. nella ricorrenza dei detti presupposti viola, pertanto, il principio del *favor participationis*.

2) Il Comune di Monfalcone si è costituito per resistere al ricorso, contestandone con diffuse argomentazioni la fondatezza e concludendo per la sua reiezione e per quella della preliminare istanza incidentale di sospensione del provvedimento impugnato.

3) Si è costituita, inoltre, l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (ora Autorità Nazionale Anticorruzione) per eccepire la carenza d'interesse di parte ricorrente ad una pronuncia di annullamento del parere n. 65/2014 emesso dalla soppressa AVCP ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. n), del d.lgs. n. 163/2006, in quanto atto non provvedimentoale privo di autonoma lesività.

4) Dopo la rinuncia di parte ricorrente all'istanza cautelare, la causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 3 dicembre 2014.

5) La ricorrente e il Comune resistente hanno depositato documenti e memorie, cui ha fatto seguito la replica del secondo.

6) Celebrata l'udienza, la causa è stata introitata.

7) Il ricorso non è fondato.

8) Il Collegio, oltre a rilevare preliminarmente che il d.lgs. n. 163/2006 non distingue, nel *genus* delle fattispecie penalmente rilevanti, le *species* riconducibili ad una branca (codice penale) piuttosto che ad un'altra (codice penale militare di pace), osserva, invero, che, per pacifico e condivisibile orientamento giurisprudenziale (*ex multis* C.d.S., V, 27 gennaio 2014, n. 400), “...costituisce diritto vivente il principio per cui in sede di gara d'appalto i concorrenti non possono operare alcun filtro in sede di dichiarazioni rilasciate ai sensi dell'art. 38 codice dei contratti pubblici, relativamente alla indicazione delle condanne penali subite ed alla loro rilevanza sulla moralità professionale che è riservata in via esclusiva alla stazione appaltante (cfr. da ultimo; Cons. St, sez. V, n. 1378 del 2013; Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, determinazione n. 1 del 2010)”; “costituisce parimenti diritto vivente il principio per cui la riabilitazione del condannato e l'estinzione del reato, per essere rilevanti in sede di gara d'appalto, devono essere formalizzate in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione (cfr. fra le tante Autorità di vigilanza, parere 21 maggio 2008, n. 162; determinazione n. 1 del 2010; Cons. St., sez. VI, n. 4019 del 2010)” o – aggiunge il Collegio – dal giudice che ha emesso la condanna (secondo quanto stabilito dal codice previgente), ma comunque sempre in una pronuncia espressa. “Costituisce, infine, diritto vivente il principio per cui nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il <potere di soccorso> sancito dall'art. 46, co.1, del medesimo codice - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di acquisire elementi estrinseci relativi a documenti o dichiarazioni già esistenti, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la regolarizzazione della forma omessa, ove tali adempimenti, siano previsti a pena di esclusione (cfr. fra le tante Cons. St., sez. V, 3077 del 2011)”.

8.1) In giurisprudenza è stato anche chiarito che *”l’aver corredato l’offerta di un’attestazione falsa o comunque non conforme al modello imposto dalle norme di gara, determina legittimamente l’esclusione dalla gara, posto che la mancata dichiarazione incide non già sugli effetti delle condanne tacite quanto piuttosto sulla situazione di infedeltà, reticenza o inaffidabilità della ditta stessa. Inoltre, è irrilevante che gli illeciti penali non dichiarati siano eventualmente inidonei ad incidere sulla moralità professionale della concorrente, in quanto, l’esistenza di false dichiarazioni circa i precedenti penali si configura come causa autonoma di esclusione, mentre le valutazioni in ordine alla gravità delle condanne e alla loro incidenza sulla moralità professionale spettano esclusivamente alla stazione appaltante e non già al concorrente, il quale è pertanto obbligato ad indicare tutte le condanne riportate, senza poterne autonomamente operare una selezione sulla base di meri criteri personali”* (TAR Emilia Romagna-Parma, sez. I, sentenza 13 novembre 2013, n. 341)

8.2) Nel caso di specie, il disciplinare di gara prevedeva espressamente che la domanda di partecipazione alla gara/dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 venisse redatta secondo l’allegato A al disciplinare stesso. Con tale dichiarazione il concorrente o suo procuratore, assumendosene la piena responsabilità, era tenuto, infatti, ad attestare il possesso dei requisiti di partecipazione generali e speciali descritti nella tabella colà riportata, tra cui, per l’appunto, l’insussistenza delle cause di esclusione dell’art. 38 (vedi disciplinare di gara pag. 4 – all. 2 fascicolo doc. Comune di Monfalcone).

L’allegato A dianzi citato, al pt. 14, era chiaro, inoltre, nell’esigere l’indicazione, a pena di esclusione, *“di tutte le condanne penali riportate”* (senza operare, peraltro, alcun distinguo tra le varie *species* di norme penali violate), nonché nel precisare che *“la gravità delle condanne sarà valutata dalla stazione appaltante”* (vedi all. 2-bis fascicolo doc. cit.).

8.2.1) E’ pacifica, inoltre, la discrasia sussistente tra le dichiarazioni rese dalla società (che, omettendone l’indicazione nella dichiarazione sostitutiva resa in



forma cumulativa dai soggetti muniti di poteri di rappresentanza e il direttore tecnico, nega sostanzialmente la sussistenza delle condanne penali che andavano dichiarate secondo la *lex specialis* di gara) (vedi all. 3 fascicolo doc. cit.) e il certificato del casellario giudiziale acquisito d'ufficio dal Comune di Monfalcone presso la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Gorizia (che, per l'appunto, riporta la trascrizione della sentenza di condanna del Tribunale militare di Padova a carico del signor Carrer Leonardo per il reato previsto e punito dall'art. 147 del codice penale militare di pace, circostanze art. 48 c.p.m.p – art. 62-bis c.p.) (vedi all. 10 fascicolo doc. cit.).

8.2.2) E', altresì, pacifico che, alla data in cui è stata resa la dichiarazione sostitutiva dianzi indicata, non era stata ancora pronunciata nessuna declaratoria d'estinzione di tale reato. Invero, per stessa ammissione di parte ricorrente (vedi ricorso introduttivo pag. 12), il signor Carrer *“ha effettuato immediatamente dopo l'accaduto la richiesta di estinzione ed ha ottenuto la relativa dichiarazione (...)”*.

8.2.3) La chiara portata delle disposizioni della *lex specialis* che imponevano l'obbligo dichiarativo di cui ora si discute appalesa, infine, l'insussistenza dei presupposti per ricorrere al potere di soccorso invocato da parte ricorrente.

8.3) Le considerazioni dianzi svolte consentono, pertanto, di disattendere in toto le deduzioni di parte ricorrente, atteso che, a fronte della chiarissima specificazione contenuta nel disciplinare (e relativo modello di dichiarazione allegato) e comunque dell'orientamento conforme della giurisprudenza di cui s'è detto, non v'era dubbio che parte ricorrente fosse tenuta a dichiarare tutte le condanne eventualmente riportate dai soggetti muniti di poteri di rappresentanza e non unicamente quelle direttamente incidenti sulla moralità professionale.

Non c'era spazio, in sostanza, per l'apprezzamento da parte dei singoli concorrenti di quali condanne dichiarare e di quali non dichiarare, dovendo essere rimessa ogni valutazione in merito alla loro rilevanza ai fini dell'ammissione/non ammissione

alla gara (o, come nel caso di specie, all'esclusione/non esclusione) alla sola stazione appaltante.

8.4) Ad avviso del Collegio, l'omessa dichiarazione da parte della ricorrente del precedente penale a carico del signor Carrer ha, dunque, senza dubbio integrato i presupposti per la legittima adozione da parte del Comune di Monfalcone degli atti contestati e ciò anche avuto riguardo alla previsione di cui all'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 28 dicembre 2000, secondo cui *"il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera"*.

L'art. 75, comma 1, del D.P.R. citato si attesta, infatti, sul dato oggettivo della *"non veridicità"*, apprezzato *ex ante* e rispetto al quale è irrilevante il complesso delle giustificazioni addotte dal dichiarante, con buona pace, dunque, del rispetto, nel caso in esame, del principio di tassatività delle cause di esclusione, atteso che l'ammissione alla gara conseguita mediante la produzione di una dichiarazione non veritiera altro non è che quel beneficio, il cui mantenimento il legislatore ha inteso, per l'appunto, impedire.

8.5) In definitiva, il ricorso è infondato e va respinto anche con riferimento alla richiesta risarcitoria avanzata, posto che l'illegittimità dell'atto, quale elemento costitutivo della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 cod. civ., è, nel caso di specie, mancante.

9) Le spese di lite seguono la soccombenza nei rapporti tra parte ricorrente e il Comune intimato e vengono liquidate come indicato nella parte dispositiva. Sussistono, invece, giusti motivi per compensarle per il resto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite a favore del Comune di Monfalcone, che liquida in complessivi € 3.000,00, oltre IVA, se dovuta, e CPA. Le compensa per il resto.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Manuela Sinigoi, Primo Referendario, Estensore

Alessandra Tagliasacchi, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/12/2014

IL SEGRETARIO

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