



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1281 del 2012, proposto da:
Envirtech s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giacinto Miraglia e Francesco Miraglia, con domicilio eletto presso Pier Vettor Grimani in Venezia, S. Croce, 466/G;

contro

Sistemi Territoriali s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Alfredo Biagini, con domicilio eletto presso il suo studio in Venezia, S. Croce, 466/G;

per l'annullamento

- della determina del Presidente di Sistemi Territoriali s.p.a. n. 1539 del 27.6.2012, nella parte con cui si è esclusa la ricorrente dalla gara per l'affidamento del servizio di definizione e stesura dei requisiti funzionali per la realizzazione del progetto R.I.S. - TEN.T EA Number 2010-IT-70203-S e conseguentemente si è annullata la relativa aggiudicazione provvisoria, dichiarando senza esito la gara non aggiudicata per effetto della esclusione dell'unica concorrente;

- della medesima determina nella parte in cui si è disposto di escutere la cauzione provvisoria;
- della medesima determina nella parte in cui si è disposto di segnalare l'accaduto alla Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 38, comma 1 ter, d. lgs. 163/06;
- della deliberazione con cui Sistemi Territoriali s.p.a. ha rimosso la ricorrente dal proprio albo fornitori impedendone una nuova iscrizione per un periodo di 12 mesi, disabilitando, altresì, durante tale periodo l'accesso all'area riservata ai fornitori del proprio sito;
- del provvedimento con cui Sistemi territoriali s.p.a. ha richiesto alla pur già esclusa Envirtech s.p.a. chiarimenti ulteriori, in relazione alla dichiarazione resa nella medesima gara, sulla sussistenza del diverso requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del d.lgs. 163/2006;
- del provvedimento di rigetto con cui Sistemi territoriali s.p.a. ha disatteso l'istanza di revoca in autotutela del provvedimento di cui sopra;
- di tutti gli atti inerenti la procedura di gara;
- nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sistemi Territoriali s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2013 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto di ricorso (n.r.g. 1281/2012) notificato il 31.07.2012 e depositato il successivo 27.08.2012, Envirtech s.p.a. ha adito l'intestato Tribunale per chiedere l'annullamento degli atti, meglio in epigrafe riportati, concernenti la procedura di gara indetta da Sistemi Territoriali s.p.a. per l'affidamento del servizio di definizione e stesura dei requisiti funzionali per la realizzazione del progetto R.I.S. - TEN.T EA Number 2010-IT-70203-S.

Riferisce di aver partecipato alla procedura *de qua* e di esserne stata illegittimamente esclusa dopo aver conseguito l'aggiudicazione provvisoria del servizio oggetto di gara.

Avverso i menzionati provvedimenti, la ricorrente ha proposto le seguenti censure:

I. Violazione di legge e dei principi generali di diritto sul procedimento di verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, stabiliti nella normativa italiana e comunitaria, in particolare: violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c, g, d.lgs. 163/06; violazione dell'art. 38, comma 1 ter, 2, 3, d.lgs. 163/06; violazione dell'art. 48, commi 1 e 3, d.lgs. 163/06; violazione dell'art. 45 direttiva 2004/18/CEE; violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione; violazione dell'art. 3 legge 241/90; violazione della lettera d'invito; eccesso di potere per straripamento e/o carenza di potere; eccesso di potere per incompletezza d'istruttoria; eccesso di potere per motivazione contraddittoria, perplessa, apparente.

II. Violazione di legge e dei principi di diritto in materia di sanzioni accessorie alla esclusione dalla gara, stabiliti nella normativa italiana e comunitaria, in particolare: violazione dell'art. 48, comma 1, d.lgs. 163/06; violazione dell'art. 3 legge 241/90; violazione della lettera d'invito; eccesso di potere per travisamento di fatto, carenza e/o errata istruttoria, eccesso di potere per illogicità, incongruità e difetto di motivazione.

III. Violazione di legge e dei principi di diritto sul procedimento di gara stabiliti nella normativa italiana e comunitaria, relativamente ai sub procedimenti di verifica

dell'effettivo possesso dei requisiti di partecipazione, in particolare: violazione dell'art. 48 d.lgs. 163/06; violazione dell'art. 38 d.lgs. 163/06; violazione dell'art. 97 della Costituzione; violazione dell'art. 3, comma 1, legge 241/90; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e travisamento dei fatti, contraddittorietà, manifesta irrazionalità, sviamento.

In relazione ai riportati motivi di doglianza, parte ricorrente contesta, in particolare, la legittimità del provvedimento con cui è stata disposta la sua l'esclusione dalla gara in conseguenza alla mancata menzione da parte del proprio amministratore unico delle condanne penali rilevate a suo carico, sul falso presupposto che tali condanne rientrassero necessariamente tra i fatti oggetto della dichiarazione da rendere a pena di esclusione.

Sistemi Territoriali s.p.a. si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto del gravame. Alla pubblica udienza del giorno 28 febbraio 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

In via preliminare il Collegio ritiene di poter prescindere dalle eccezioni in rito proposte avverso l'atto introduttivo del presente gravame, attesa l'infondatezza, nel merito, delle censure con esso dedotte.

Con il primo sub motivo di ricorso, parte ricorrente deduce il vizio di violazione di legge e dei principi di diritto sul procedimento di verifica dei requisiti di partecipazione alla gara stabiliti dalla normativa italiana e comunitaria, lamentando, nello specifico, l'illegittimità della gravata esclusione dalla gara sotto il profilo della presunta violazione del principio del *favor participationis* che imporrebbe alle stazioni appaltanti l'introduzione nei bandi di gara di clausole non illogiche o comunque da interpretarsi secondo ragionevolezza.

La censura è infondata e, pertanto, va respinta.

Giova rilevare al riguardo, che la clausola contenuta a pag. 3 dell'Allegato A alla lettera d'invito ha espressamente richiesto ai partecipanti alla selezione di dichiarare l'esistenza di tutti i precedenti penali, specificando testualmente che avrebbero dovuto essere indicate *“non solo le condanne che a giudizio del concorrente possono considerarsi ‘reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale’, perché tale valutazione spetta esclusivamente alla stazione appaltante”*.

Nel caso di specie, il bando di gara ha quindi imposto ai partecipanti alla gara una dichiarazione dal contenuto più ampio e più puntuale rispetto a quanto prescritto dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici, all'evidente fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito, al fine dell'esclusione.

Ad avviso del Collegio, in siffatte ipotesi la causa di esclusione non è soltanto quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omesso una prescrizione prescritta dal bando, sicché nella fattispecie in esame l'omessa dichiarazione relativa alle condanne penali riscontrate dalla stazione appaltante in capo agli amministratori dell'odierna ricorrente, rappresenta una legittima causa di esclusione in quanto viene violata una puntuale clausola del bando posta a pena di esclusione (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905).

Sotto altro profilo, occorre nondimeno rilevare la palese in conferenza del richiamo di parte ricorrente al principio *del favor partecipazionis*, con riferimento all'asserita erroneità dell'attività interpretativa svolta dalla stazione appaltante sui contenuti delle clausole di gara, atteso che la richiamata disposizione di cui a pag. 3 dell'Allegato A del bando di gara, risulta perfettamente intellegibile.

Con gli ulteriori sub profili di doglianza, sempre relativi al primo motivo di gravame, parte ricorrente lamenta, in primo luogo, che la clausola relativa all'obbligo di dichiarare tutti i precedenti penali fosse contenuta solo nell'Allegato

A alla lettera d'invito, e non anche nel testo di quest'ultima che, invece, si limitava a richiamare, sul punto, il dettato dell'art. 38 d.lgs. 163/06; a tale riguardo sostiene, in particolare, che gli Allegati alla *lex concorsualis*, non avrebbero potuto contenere prescrizioni relative alla disciplina di gara.

Rappresenta, altresì, che i suddetti Allegati alla lettera d'invito, non contenendo la prescrizione di cui a pag. 3 dell'Allegato A, avrebbero ingenerato, in tal modo, confusione nel concorrente.

Richiama, infine, l'orientamento giurisprudenziale in tema di falso innocuo la fine di rilevare che la mancata dichiarazione di precedenti penali non incidenti sul profilo della moralità professionale, non potrebbe comunque dar luogo all'esclusione del concorrente.

Anche dette censure non appaiono suscettibili di essere accolte.

Con riferimento all'inserimento della clausola in oggetto nell'Allegato A del bando, va osservato che i menzionati Allegati costituiscono parte integrante della *lex concorsualis*, e per tale ragione sono idonei a disciplinare le modalità di compilazione dell'offerta, come è agevole rilevare anche dal fatto che la loro compilazione e il conseguente inserimento all'interno della busta contenente l'offerta medesima era stato richiesto a pena di esclusione.

Sotto altro aspetto, occorre rilevare che la circostanza che la clausola in esame sia stata inserita proprio in corrispondenza dell'auto-dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. 163/06, porta ad escludere qualsivoglia possibilità di errore da parte del compilatore che, anziché rinvenire siffatta prescrizione in qualsiasi altra parte della lettera d'invito, se ne sarebbe necessariamente imbattuto al momento di rendere la dichiarazione compilando il relativo Allegato.

Il fatto, poi, che le medesima clausola non sia stata ripetuta anche nel testo degli allegati a) e b) all'Allegato A, è insuscettibile di rappresentare un elemento di confusione, atteso che in coerenza con la clausola di cui a pag 3 del predetto

Allegato, il contenuto delle dichiarazioni da rendersi in materia di precedenti penali riportati era analogo per ciascun allegato di riferimento.

Privo di pregio appare infine il richiamato orientamento giurisprudenziale in tema di falso innocuo, considerato che nel caso di specie la *lex specialis* richiedeva espressamente la indicazione di tutti i precedenti penali riportati (cfr. clausola di cui a pag. 3 Allegato A).

Con altri profili di censura, anch'essi infondati, parte ricorrente lamenta che nella lettera d'invito non fosse chiarita l'insufficienza del mero decorso del tempo ai fini di considerare estinto il reato c.d. patteggiato. Invoca, altresì, l'errore scusabile rilevando in proposito che *“non appena gli sono state evidenziate le due sentenze penali riscontrate nel casellario giudiziale della stazione appaltante, la Envirtech ha subito chiaramente ammesso di essere caduta in un equivoco sulla portata delle dichiarazioni da rendere”*, e rappresentando da un lato la non incidenza, sotto il profilo della moralità professionale, della condanna patteggiata nel 2005, dall'altro la mancata conoscenza di quella riportata nel 2011.

Quanto alla necessità che l'estinzione debba essere dichiarata dal competente giudice penale, non essendo sufficiente a tal fine il mero decorso del tempo, basta richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui *“la riabilitazione (combinato disposto dagli artt. 683 cpp e 178 cp) e l'estinzione del reato (combinato disposto dagli artt. 676 cpp e 151 seg. cp) per decorso del termine di legge devono essere giudizialmente dichiarate, giacché il giudice di sorveglianza nel primo caso e il giudice dell'esecuzione nel secondo caso sono gli unici due soggetti ai quali l'ordinamento conferisce la competenza a verificare che siano venuti in essere tutti i presupposti e sussistano tutte le condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, in mancanza, la dichiarazione di assenze di condanne penali equivale a dichiarazione mendace e giustifica l'esclusione del concorrente che l'abbia resa”* (Cons. St., sez. V, 20.10.2010, n. 7581).

Né possono essere invocati come esimenti il principio di buona fede o quello d'errore scusabile stante l'assoluta comprensibilità della già citata clausola indicata a pag. 3 dell'Allegato A la quale contiene un dettagliato ammonimento ai concorrenti circa il fatto che *“nel Casellario Giudiziale rilasciato ai soggetti privati interessati, non compaiono le sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi degli artt. 444 e 445 c.p.p., i decreti penali di condanna, le condanne per le quali è stato concesso il beneficio della “non menzione, ai sensi dell’art. 175 c.p., le condanne per contravvenzioni punibili con la sola pena pecuniaria dell’ammenda che, invece, è obbligatorio dichiarare a pena di esclusione. Pertanto la produzione in sede di offerta del certificato del Casellario Giudiziale, stante la detta intrinseca incompletezza dello stesso, non può surrogare l’obbligo di rendere la dichiarazione sostitutiva che dovrà essere sempre prodotta. Nei casi di incertezza si consiglia, pertanto, all’interessato di effettuare presso il competente Ufficio del casellario giudiziale una semplice visura ai sensi dell’art. 33 del dpr 313/2002, con la quale anche il soggetto interessato potrà prendere visione di tutti i propri eventuali precedenti penali, senza le limitazioni sopra ricordate”*.

Con ulteriori profili di doglianza parte ricorrente si duole del fatto che Sistemi Territoriali s.p.a. non avrebbe correttamente inteso che il D.P. n. 550/11 sarebbe stato inconsapevolmente sconosciuto al momento della dichiarazione resa in sede di offerta.

Evidenza, altresì, che la successiva dichiarazione di nullità (*rectius*: invalidità) della notifica del decreto da parte del giudice penale e la conseguente esecutività e rinotifica, comproverebbero che il proprio amministratore unico non sarebbe incorso in alcuna falsità al momento della dichiarazione contestata.

La censura non merita accoglimento.

Risulta, infatti, *per tabulas*, dalla documentazione posta agli atti di causa, che il ricorso ex artt. 666-670 c.p.p., è stato presentato dal legale della ricorrente in data 1.06.2012, mentre il relativo provvedimento del giudice penale è stato depositato in data 4.07.2012, sicché la revoca dell'esecutività del decreto penale è intervenuta

non solo dopo la presentazione dell'offerta, ma anche successivamente all'emissione dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara.

Discende da quanto evidenziato, l'irrilevanza ai fini della veridicità della dichiarazione resa illo tempore, dei successivi provvedimenti, peraltro azionati a seguito della richiesta di chiarimenti formalizzata dalla stazione appaltante.

Né può richiamarsi la buona fede del ricorrente e la scusabilità del proprio errore in relazione alla circostanza che il certificato del casellario giudiziale non riportasse alcunché a suo carico, avendo il disciplinare di gara avvertito i concorrenti circa l'incompletezza dei certificati del casellario, suggerendo a scanso di equivoci di effettuare presso il competente ufficio una visura ai sensi dell'art. 33 del d.P.R. 313/02, al fine di avere il quadro completo della propria situazione penale.

Con il secondo motivo di gravame, parte ricorrente volge le proprie doglianze avverso le sanzioni accessorie irrogate dalla stazione appaltante (escussione della cauzione, segnalazione alla A.V.L.P. e cancellazione temporanea dall'Albo fornitori), adducendo l'inapplicabilità di dette sanzioni laddove l'omissione da parte del concorrente derivi da un errore circa l'interpretazione del bando di gara ed il requisito mancante sia nondimeno posseduto.

Anche la suesposta questa doglianza è insuscettibile di essere accolta avendo, al riguardo, la giurisprudenza, anche di questo Collegio, definitivamente chiarito che in tema di gare d'appalto, allorché sia stata omessa la dichiarazione circa la condanna subita dal rappresentante del concorrente, condanna che, rientrando fra quelle individuate dall'art. 38 d.lgs. 163/06, non riguardi un reato nelle more estinto ai sensi e per gli effetti dell'art. 676 c.p.p., non rileva l'ignoranza o la buona fede del soggetto tenuto alla dichiarazione, ed è pertanto legittimo, oltre che il provvedimento di esclusione, anche l'irrogazione delle sanzioni accessorie (cfr., T.A.R. Veneto, sez. I, 10.09.2010, n. 4681).

Privo di pregio appare infine il terzo e ultimo motivo con cui si contesta la richiesta di chiarimenti concernenti la presunta irregolarità fiscale della ricorrente (la quale, se confermata, avrebbe comportato la necessità di integrare i provvedimenti odiernamente gravati anche sotto il profilo della violazione dell'art. 38, comma 1, lett. g) del d. lgs. 163/06) atteso che l'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara si fonda esclusivamente sulla dichiarazione resa in materia di precedenti penali, e non su quella relativa alla predetta irregolarità fiscale oggetto delle richieste delucidazioni formulate dalla stazione appaltante.

In conclusione il ricorso dev'essere rigettato in quanto infondato.

In considerazione della complessità delle questioni trattate, si ravvisano giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Enrico Mattei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/04/2013

IL SEGRETARIO

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

