**N. 07478/2012 REG.PROV.COLL.**

**N. 01668/2009 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1668 del 2009, proposto da:
Gfa Srl, in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo con Costruzioni Lo Russo Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Elio Cuoco, Antonio Nicastro, con domicilio eletto presso Francesco De Vita in Roma, via G.G. Belli, 27;

***contro***

Autostrade per l'Italia Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Mario Sanino, Giampaolo Ruggiero, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, v.le Parioli, 180;

***e con l'intervento di***

Soc Coges Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Gianfrancesco Fidone, Alberto Linguiti, con domicilio eletto presso Gianfrancesco Fidone in Roma, v.le G. Mazzini, 55 Int B4, interventore ad opponendum e controinteressato rispetto ai motivi aggiunti avverso l’aggiudicazione:;

***per l'annullamento***

MANCATA AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DELLA GARA PER I LAVORI DI AMPLIAMENTO DELL'AREA DI SERVIZIO SILLARO EST AUTOSTRADA BO-BA-TA - REG.COMP.RIC. PERVENUTO TAR CAMPANIA SA O.C. 36/09 -(R.G.2/09) -23/BIS

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autostrade per L'Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2012 il dott. Cecilia Altavista e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il raggruppamento ricorrente ha partecipato alla procedura aperta indetta dalla società Autostrade con bando pubblicato il 18-12-2007 per l’ampliamento dell’area di servizio Sillaro Est sulla Autostrada Bologna Bari.

Nella domanda di partecipazione, l’amministratore unico e direttore tecnico della Costruzioni Lo Russo s.r.l., Gerardina Teresa Lo Russo, dichiarava la inesistenza di condanne, decreti penali e applicazione pena su richiesta per reati incidenti sulla moralità professionale.

A seguito dello svolgimento della gara, l’Ati ricorrente risultava aggiudicataria provvisoria, pertanto è stata sottoposta alla verifica dei requisiti.

Poiché certificato del casellario risultava una sentenza della pretura di Ariano Irpino per violazione delle prescrizioni sulle costruzioni in zone sismiche a carico dell’ amministratore unico Gerardina Lo Russo, la stazione appaltante comunicava di non potere procedere alla aggiudicazione definitiva.

Avverso tale provvedimento è stato proposto ricorso davanti al Tar Campania, sezione staccata di Salerno per i seguenti motivi:

violazione degli artt 1,2,4,5,21 ,27, 38 del d.lgs. 163 del 2006; dell’art 71 d.p.r. 445 del 2000 e dell’art 39 del d.p.r. 313 del 2001; dei principi del giusto procedimento e di proporzionalità;

violazione del bando e del disciplinare;

illegittimità costituzionale dell’art 38 comma 2 del d.lgs 163 del 2006; violazione dell’art 3 della legge n. 241 del 1990;

incompetenza, violazione dell’art 84 del d.lgs 163 del 2006;

Davanti al Tar Salerno si è costituita la società autostrade ed è intervenuta ad opponendum la società Coges, in quanto aggiudicataria provvisoria.

Il Tar di Salerno accoglieva la domanda cautelare.

La società Autostrade ha proposto regolamento di competenza.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza 36 del 2009, ha indicato quale Tribunale competente il Tar Lazio

La società Autostrade ha proposto, altresì, appello avverso l’ordinanza cautelare, appello accolto dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 740 del 2009, in relazione alla incompleta dichiarazione resa dalla società ricorrente.

Il giudizio, a seguito del regolamento di competenza, è stato riassunto davanti a questo Tribunale.

Sono stati successivamente proposti motivi aggiunti avverso l’aggiudicazione, formulando le medesime censure del ricorso principale.

Con i motivi aggiunti è stata proposta altresì domanda di risarcimento danni.

Davanti a questo Tribunale si sono costituite la società Autostrade e la controinteressata Coges contestando la fondatezza del ricorso.

All’udienza pubblica del 13 luglio 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Si deve far riferimento, in primo luogo, al costante orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato, seguito anche dall’ordinanza resa in sede di appello cautelare nel presente giudizio, per cui le valutazioni in ordine alla gravità delle condanne riportate dai concorrenti e alla loro incidenza sulla moralità professionale spettano alla stazione appaltante e non al concorrente medesimo, il quale è pertanto tenuto a indicare tutte le condanne riportate, non potendo operare a monte alcun filtro, omettendo la dichiarazione di alcune di esse sulla base di una selezione compiuta secondo criteri personali e ciò indipendentemente dall'inserimento dell'obbligo in una specifica clausola del bando e/o del disciplinare di gara. L'omissione, o la non veridicità, della dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti necessari per la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici, rileva infatti non solo in quanto non consente alla stazione appaltante una completa valutazione dell'affidabilità del concorrente, ma anche, e soprattutto, in quanto interrompe il nesso fiduciario che necessariamente deve presiedere ai rapporti tra p.a. e soggetto aggiudicatario del contratto posto in gara (Consiglio di Stato sez. VI, 03 febbraio 2011, n. 782). Nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni, invece, 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. Conseguentemente una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma a prescindere dal fatto che l'impresa meriti di partecipare alla gara. L'esigenza di ordinato svolgimento della gara e di opportuna trasparenza richiedono di anticipare al momento della presentazione dell'offerta la dichiarazione del possesso dei prescritti requisiti; pertanto occorre poter fare affidamento su una dichiarazione idonea a far assumere tempestivamente alla stazione appaltante le necessarie determinazioni in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara o alla sua esclusione (Cons. St., III, 3 marzo 2011 n. 1371; Consiglio di Stato sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471).

Nelle gare pubbliche la valutazione della gravità del reato per cui si è ricevuta condanna non può che competere all'Amministrazione, non potendosi ritenere che essa competa al soggetto dichiarante. (Consiglio di Stato sez. IV, 22 novembre 2011, n. 6153).

Nel caso di specie, è evidente che la dichiarazione circa le condanne riportate non è stata resa in modo completo, avendo omesso l’amministratore unico della società la dichiarazione circa l’avvenuta applicazione di una pena su richiesta per reati relativi all’inosservanza di prescrizioni per le costruzioni in zone sismiche.

In ogni caso, anche seguendo gli orientamenti più " sostanzialistici" anche della giurisprudenza della sezione , per cui, ricollegando l'art. 38 comma 1, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 l'esclusione dalla gara pubblica al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati nel bando, cui solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 comporta, ope legis, l'effetto espulsivo (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 31 dicembre 2010 , n. 39288, . T.A.R. Roma Lazio sez. III, 12 dicembre 2011, n. 9696), nel caso di specie appare legittimo il provvedimento della stazione appaltante.

Il reato non dichiarato, relativo alla mancata osservanza di prescrizioni sulle costruzioni in zone sismiche, rientra, infatti, nei reati incidenti sulla moralità professionale, tenuto conto anche che l’oggetto della gara era relativo a lavori di ampliamento di un area di servizio.

L'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, infatti, dispone l'esclusione dalla gara per l'affidamento di appalti pubblici del soggetto, nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità, che incidono sulla moralità professionale.

La giurisprudenza ha interpretato la incidenza sulla moralità professionale, nel senso della rilevanza dell'interesse dell'Amministrazione a non contrarre obbligazioni con soggetti che non garantiscano adeguata moralità professionale in relazione al tipo di contratto oggetto della gara.

Il contenuto del contratto oggetto della gara assume, infatti, importanza fondamentale al fine di apprezzare il grado di "moralità professionale" del singolo concorrente

Il requisito della moralità professionale richiesto per la partecipazione alle gare pubbliche di appalto è stato considerato mancante nell'ipotesi di commissione di un reato specifico connesso al tipo di attività che il soggetto deve svolgere ( cfr Consiglio Stato , sez. V, 12 aprile 2007 , n. 1723, rispetto alla condanna per violazione della normativa antinfortunistica in una gara di appalto di lavori).

Anche la nozione di gravità del reato deve essere valutata non in relazione alla considerazione penalistica del reato, ma all'interesse dell'Amministrazione al corretto adempimento delle obbligazioni oggetto del contratto.

Ne deriva che la gravità del reato, ai sensi dell'art. 38, non è esclusa dalla lieve pena edittale prevista nella fattispecie penale o dalla natura contravvenzionale del reato.

Anche la gravità del reato, quindi, deve essere considerata in relazione alla incidenza del reato sulla moralità professionale.

Di conseguenza, è irrilevante rispetto a tale valutazione della stazione appaltante la gravità del reato sanzionato in sede penale in relazione alla pena edittale o al fatto che si tratti di contravvenzioni ( cfr Consiglio Stato , sez. VI, 04 giugno 2010 , n. 3560 rispetto alla condanna per violazione delle norme sulla disciplina igienica della produzione e della vendita di sostanze alimentari rispetto alla gara per un servizio di ristorazione; T.A.R. Roma Lazio sez. III, 7 settembre 2011, n. 7143, rispetto alla esclusione della impresa da una gara di appalto di lavori di manutenzione stradale, in relazione ad un decreto penale per un reato relativo alla violazione di norme sulla sicurezza dei lavoratori).

Nel caso di specie, il reato, anche se in concreto punito con una pena pecuniaria, si deve ritenere grave in relazione allo specifico oggetto del contratto, trattandosi di appalto di lavori.

Infondato è altresì il motivo di ricorso relativo alla incompetenza del Rup ad adottare il provvedimento, che ad avviso del ricorrente avrebbe dovuto essere disposto dalla Commissione . Infatti tale provvedimento è stato adottato solo in seguito alla verifica dei requisiti di partecipazione dopo la aggiudicazione provvisoria, essendo quindi completata l’attività della Commissione.

Il ricorso è quindi infondato e deve essere respinto.

L’infondatezza del ricorso comporta il rigetto della domanda di risarcimento danni.

In considerazione della particolarità della questione, sussistono giusti motivi per al compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge

Rigetta la domanda di risarcimento danni.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/09/2012

IL SEGRETARIO

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