

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 354 del 2009, proposto da:

G. Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Marina Massironi, Mauro Pacilio, con domicilio eletto presso Marina Massironi in Milano 4535af, piazza San Babila 4/A;

contro

Azienda Ospedaliera Niguarda Ca' Granda, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Romeo, con domicilio eletto presso Giuseppe Romeo in Milano 5585af, corso Vittorio Emanuele II, 37/B;

nei confronti di

Q. Srl in Ati con M.I. Srl e P.I. Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Enrico Inserviente, Giancarlo Tanzarella, con domicilio eletto presso Giancarlo Tanzarella in Milano, piazza Velasca, 5;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Niguarda Ca' Granda di Milano n. 1104 del 05.12.2008, con la quale è stato deliberato di annullare d'ufficio e revocare, per le motivazioni ivi indicate, la deliberazione del medesimo ente n. 1044 del 13.11.2008 e conseguentemente di aggiudicare la procedura ristretta per la realizzazione di un centro di formazione di chirurgia sperimentale e didattica presso il Pad. 11 de Gasperis alla Ditta Q. S.r.l., in a.t.i. con M.L.I. S.r.l. e P.I.T. S.r.l.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Niguarda Ca' Granda;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Q. Srl in ati con M.I. Srl e P.I. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 05/05/2010 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo

Con deliberazione n. 706 del 28.07.2008 veniva indetta gara per la realizzazione di un centro di formazione di chirurgia sperimentale e didattica presso il padiglione 11 De Gasperis.

Ai fini che qui rilevano, i sigg. P.Q. e A.D., rispettivamente, in qualità di Presidente del Consiglio di Amministrazione e di Consigliere Delegato della ditta controinteressata, dichiaravano di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 38 c. 1 lett. c) *D.Lgs. n. 163/06*, e che nei loro confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato o sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi *dell'articolo 444 del codice di procedura penale*, per reati che incidono sulla moralità professionale.

Con deliberazione n. 981 del 23.10.2008 l'Azienda resistente aggiudicava alla ditta attualmente controinteressata l'appalto di che trattasi.

Con delibera n. 1044 del 13.11.2008 veniva revocata in sede di autotutela il predetto provvedimento, disponendo l'aggiudicazione a favore della ditta ricorrente. Tale provvedimento era fondato sulla ritenuta carenza dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 38 c. 1 lett. c) *D.Lgs. n. 163/06*, nonché per la mendacità delle dichiarazioni rilasciate in sede di gara, riferite al possesso del predetto requisito, da parte di P.Q. (Presidente del Consiglio di Amministrazione) e A.D. (consigliere delegato). I certificati del casellario giudiziale dei due soggetti interessati evidenziavano infatti una serie di provvedimenti penali a carico dei medesimi, e cioè:

sentenza della Pretura di Torino di applicazione della pena su richiesta ex *artt. 444 e 445 c.p.p.*, a carico di P.Q., per la commissione di reati in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro;

sentenza della Corte d'Appello di Torino del 19.12.1997, a carico di P.Q., per lesioni personali colpose;

sentenza del G.I.P. di Torino, di applicazione della pena su richiesta ex *artt. 444 e 445 c.p.p.*, a carico di A.D..

Con delibera n. 1104 del 05.12.2008, impugnata nel presente ricorso, veniva a sua volta revocata la delibera n. 1044/08, e nuovamente aggiudicato l'appalto alla Ditta controinteressata. La delibera n. 1104/08 muoveva dalla mancata valutazione, da parte della delibera n. 1044/08, dei singoli reati indicati nei certificati del casellario e non dichiarati dalla concorrente controinteressata, che invece non sarebbero preclusivi all'affidamento dell'incarico.

In data 10.12.2008 si provvedeva a stipulare il contratto d'appalto, che risulta attualmente integralmente eseguito.

Motivi della decisione

Con un unico articolato motivo, la ricorrente censura il provvedimento impugnato deducendo violazione di legge, con riferimento all'*art. 38 D.Lgs. n. 163/06*, nonché eccesso di potere, per erronea individuazione dei presupposti di fatto e di diritto, carenza di motivazione e di istruttoria.

Il ricorso è fondato.

Non ha pregio la tesi sostenuta dalla difesa dell'Azienda resistente, secondo cui l'obbligo di dichiarazione dei reati commessi dovrebbe ritenersi limitata ai "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità, che incidono sulla moralità professionale", ex art. 38 c. 1 lett. c *D.Lgs. n. 163/2006*, nell'ambito dei quali non potrebbero essere ricompresi quelli commessi dalla controinteressata. Il Collegio ha già avuto modo di affermare che il legislatore del Codice dei contratti pubblici non ha inteso circoscrivere la facoltà di esclusione in capo alle stazioni appaltanti a determinate tipologie di reato qualificate dal soggetto passivo. Tale conclusione è giustificata in primo luogo dal fatto che una simile restrizione non si evince dalla normativa comunitaria, di cui alla *direttiva 2004/18/CE*, par. 2, lett. c), inoltre va considerato che una specifica categoria di reati in danno dello Stato o in danno della Comunità non esiste nel diritto penale. Se fosse assunta l'interpretazione prospettata dalla ricorrente la norma diverrebbe di difficile applicazione ed il suo ambito di applicazione assumerebbe confini evanescenti. Si deve invece ritenere che il legislatore abbia inteso, con tale espressione, allargare l'area dei reati che possono essere presi in esame ai fini dell'esclusione dalle gare per pubblici appalti, consentendo alle stazioni appaltanti di valutare non solo quelli compiuti nello Stato italiano, ma anche quelli commessi sul territorio di tutta la Comunità Europea. L'espressione "Stato" contenuta nell'inciso normativo di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del d. lgs. 163/06 deve quindi essere interpretata come "statocomunità" o meglio come Stato membro della Comunità Europea poiché le stazioni appaltanti, per valutare la moralità professionale dell'operatore economico interessato all'aggiudicazione dell'appalto, devono prendere in considerazione i reati compiuti all'interno di tutti gli Stati membri (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I 24.10.2007 n. 6162).

La necessità di dichiarare tutti i provvedimenti penali subiti, risponde alla finalità di consentire all'Amministrazione la più ampia valutazione del caso concreto, per stabilire la rilevanza o meno di una data condanna penale. La rilevanza o meno dei fatti oggetto delle pronunce penali ai fini della successiva valutazione del possesso dei requisiti da parte del concorrente, non è rimessa all'apprezzamento dell'impresa che ha, invece, l'obbligo di dichiarare tutte le sentenze emesse nei suoi confronti, con la conseguenza che l'omessa indicazione, nell'ambito di un'autocertificazione, di una sentenza di condanna, si atteggia come autocertificazione non veritiera cui consegue l'esclusione dalla gara (T.A.R. Lombardia, Sez. I 19.06.2008 n. 2096). La mancata dichiarazione, da parte dell'imprenditore, della esistenza di condanne penali a suo carico costituisce una circostanza, che ha valore autonomo, e che incide sulla sua moralità professionale (C.S. Sez. V, 18 settembre 2003 n. 5320, Consiglio di Stato, Sez. V, 2/10/2009 n. 6006, Cons. Stato, Sez. V, 20 Aprile 2009, n. 2364), indipendentemente da un'espressa previsione di esclusione automatica nella *lex specialis*.

In contrario non rileva neppure, come sostenuto dalla difesa dell'Azienda resistente, che i provvedimenti penali non dichiarati siano antecedenti di oltre un triennio alla pubblicazione del bando di gara. Tale limite temporale è infatti menzionato dal citato art. 38 c. 1 lett. c solo per estendere l'obbligo di dichiarazione delle condanne subite, nei limiti del triennio, "anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica"

Il ricorso va accolto.

La ricorrente ha altresì formulato domanda di risarcimento del danno, che tuttavia deve essere rigettata per mancanza dell'elemento soggettivo.

Osserva il Collegio come né la sussistenza di una posizione giuridicamente qualificata in capo al soggetto danneggiato, né l'illegittima e colpevole esplicazione della funzione amministrativa, che su quella posizione abbia agito in modo lesivo, sono di per sé sufficienti al privato per accedere alla tutela risarcitoria ex [art. 2043 c.c.](#), essendo altresì necessario, ai fini del suo riconoscimento, che il giudice accerti, se l'evento dannoso sia riferibile a una condotta della p.a. e imputabile a responsabilità della stessa, non invocabile sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità del provvedimento amministrativo, richiedendosi, invece, una più penetrante indagine in ordine alla valutazione della colpa, che, unitamente al dolo, costituisce requisito essenziale della responsabilità aquiliana e che è configurabile qualora l'atto amministrativo sia stato adottato ed eseguito in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, alle quali deve ispirarsi l'esercizio della funzione amministrativa, e che costituiscono limiti esterni alla discrezionalità amministrativa (Consiglio Stato, sez. IV, 21 dicembre 2009, n. 8529).

La sussistenza del requisito soggettivo richiesto [dall'art. 2043 c.c.](#), e cioè dall'accertamento della colpa, non sussiste quando si riscontri, nella fattispecie concreta, l'esistenza di particolari circostanze, tra le quali i contrastanti

orientamenti giurisprudenziali, che abbiano contribuito in misura determinante a condizionare negativamente l'operato dell'Amministrazione (Cassazione civile, sez. I, 21 ottobre 2005, n. 20454). L'incertezza del quadro giurisprudenziale può quindi essere sempre valorizzato come esimente della colpa della pubblicazione amministrazione, poiché la stessa si dimensiona, non solo nella misura oggettiva data dalla violazione della regola di comportamento precauzionale, ma anche nella misura soggettiva data dalla rimproverabilità del pur accertato scostamento dal parametro dell'agente modello, in ragione della concreta esigibilità della condotta doverosa, in termini di prevedibilità ed evitabilità della lesione arrecata (TAR Lombardia, Milano, Sez. III 14.04.2010 n. 1043).

Nel caso per cui è causa il provvedimento impugnato si è fondato su di un orientamento giurisprudenziale, espressamente citato, contrario a quello seguito e a sua volta richiamato nella presente sentenza, secondo cui "poiché è stato sostanzialmente rimesso al singolo concorrente il giudizio circa l'incidenza sull'affidabilità morale e professionale di eventuali reati dal medesimo commessi, è da escludere che possa qualificarsi falsa dichiarazione una valutazione soggettiva del concorrente stesso, la quale potrà tutt'al più non essere condivisa, ma giammai potrà essere ritenuta falsa, e cioè non rispondente ad un dato oggettivamente riscontrabile (C.S. Sez. V 22.02.2007 n. 945)".

Tutto quanto precede comporta l'inconfigurabilità di una condotta colposa, rilevante ai fini del risarcimento del danno, a carico della stazione appaltante.

La domanda di risarcimento del danno va respinta.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, salvo il rimborso del contributo unificato a favore della ricorrente.

[P.Q.M.](#)

Il Tribunale Amministrativo per la Lombardia - Sezione Prima - accoglie il ricorso, e respinge la domanda di risarcimento del danno.

Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato a favore della ricorrente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 05/05/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Elena Quadri, Presidente FF

Mauro Gatti, Referendario, Estensore

Laura Marzano, Referendario