

L'omessa dichiarazione di un precedente reato depenalizzato, ma non ricompreso nell'elenco di cui all'art. 80, comma 1, D.Lgs. 50/2016: conseguenze applicative

di Nicola Durante, Stefano Costarella

Data di pubblicazione: 9-5-2017

1. Nelle procedure di evidenza pubblica la dichiarazione non veritiera è un'autonoma causa di esclusione, che trova la sua base nell'art. 75 del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, in tema di autocertificazione, che prevede la decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera, tra i quali vanno annoverati tanto l'ammissione alla gara, quanto l'aggiudicazione.(1)

2. Quando la mancata dichiarazione relativa a precedenti condanne riguarda un reato depenalizzato, non rientrante tra quelli ostativi della partecipazione alla gara e concernente un fatto che, secondo le previsioni del Codice, non è rilevante ai fini della valutazione dell'integrità e dell'affidabilità dell'operato economico, non appare esatto parlare di mendacio, né di falso innocuo. Si tratta, invece, di omessa dichiarazione di un fatto irrilevante ai fini della gara, che il direttore tecnico non era tenuto a indicare.

3. Le norme europee non consentono di subordinare il diritto al risarcimento del danno all'accertamento del carattere colpevole della violazione delle norme che disciplinano i contratti di lavori, servizi e forniture.(2)

4. Il principio dell'irrilevanza dell'elemento soggettivo debba essere esteso anche agli affidamenti al di sotto della soglia di rilevanza per le norme dell'Unione europea, giacché altrimenti si creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento di situazioni che, sotto l'aspetto della responsabilità per danni, appaiono omogenee.(3)

5. La partecipazione alle gare d'appalto comporta necessariamente dei costi che restano a carico delle imprese partecipanti, sia in caso di aggiudicazione che in caso di mancata aggiudicazione. Il ristoro delle spese sostenute per la partecipazione alla gara dall'impresa illegittimamente pretermessa comporterebbe un risarcimento per equivalente superiore alle perdite patrimoniali, giacché, oltre a beneficiare del risarcimento dei danni derivanti dall'illegittima perdita del lucro e delle altre utilità che avrebbe conseguito ove il contratto fosse stato eseguito, essa otterrebbe la rifusione dei costi della partecipazione, che l'impresa esecutrice dell'appalto deve, invece, sopportare e portare a scomputo dell'utile derivante dall'esecuzione del contratto.(4)

(1) Conformi: Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 11 gennaio 2017 n. 35; Tar Abruzzo, Pescara, 3 gennaio 2017 n. 6; Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2016 n. 3581; Tar Sardegna, sez. I, 25 giugno 2016 n. 529; Tar Campania, Napoli, sez. I, 22 giugno 2016 n. 3231; Cons. Stato, sez.

V, 19 maggio 2016 n. 2106; Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2016 n. 1412; Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2016 n. 802; Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2014 n. 2289

(2) *Conforme: C.G.U.E., sentenza 30 settembre 2010, C314/09*

(3) *Conformi: Tar Liguria, sez. II 23 febbraio 2016 n. 191; Tar Sicilia, Catania, sez. IV 22 novembre 2012 n. 2636; Cons. Stato sez. V 08 novembre 2012 n. 5686*

(4) *Conformi: Cons. Stato, sez. V, 12 maggio, 2016 n. 1904; Tar Basilicata, 5 dicembre 2015 n. 707; Cons. Stato, sez. III, 10 aprile 2015 n. 1839*

Guida alla lettura

La sentenza che si annota in questa sede, affronta la seguente rilevante questione giuridica: le conseguenze che derivano sulla partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, nel caso in cui una impresa concorrente ometta di riportare, nella dichiarazione resa ai sensi dell'art. 80 D.Lgs. 50/2016, una condanna subita dal proprio direttore tecnico per un reato depenalizzato e, peraltro, non previsto dall'elenco di reati di cui al comma 1 del medesimo art. 80.

La soluzione offerta dai Giudici del capoluogo calabrese è strettamente connessa con le risultanze del caso concreto sottoposto alla loro attenzione: la ricorrente partecipava ad una gara per l'affidamento di taluni lavori, classificandosi al primo posto. La stessa, tuttavia, a seguito delle verifiche condotte dalla stazione appaltante, veniva esclusa in quanto, dal certificato del casellario giudiziale, risultava, a carico del direttore tecnico dell'impresa, una iscrizione relativa ad una condanna per omesso versamento I.v.a., reato previsto e punito dall'art. 10 del D.Lgs. 74/2000, per un ammontare di imposta evasa pari ad € 53.131,00. Peraltro, il direttore tecnico era, all'epoca dei fatti, legale rappresentante di una diversa ed ulteriore società, in alcun modo riconducibile alla ricorrente. L'impresa esclusa, dunque, proponeva ricorso giurisdizionale, sostenendo che il reato per il quale era intervenuta la condanna nei confronti del direttore tecnico è, ora, depenalizzato, per effetto dell'art. 7 del D.Lgs. 158/2015, il quale ha circoscritto la rilevanza penale dell'omissione del versamento dell'imposta per importi superiori ad € 250.000,00. Pertanto, giusta il disposto di cui all'art. 80, comma 3, ultimo periodo, del D.Lgs. 50/2016, non hanno alcun rilievo, ai fini della dichiarazione di precedenti penali, le condanne riportate per reati depenalizzati. L'omissione dell'indicazione della condanna del direttore tecnico, quindi, non può considerarsi motivo di esclusione dalla gara.

Il T.A.R. Calabria, premessa la circostanza per cui il reato di omesso versamento I.v.a. non è compreso tra quelli che, a norma dell'art. 80 comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, comportano l'esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione a procedure d'appalto o

concessione, afferma che nessun rilievo ha, nella fattispecie esaminata, la ricordata norma di cui all'art. 80, comma 3, D.Lgs. 50/2016. Ciò posto, la disamina del Collegio calabrese si appunta sulla soluzione della questione se la mancata dichiarazione riguardante una condanna per reato depenalizzato possa determinare una conseguenza così grave quale l'esclusione da una gara. A tale interrogativo, la sentenza in commento risponde affermando che, se per un verso la dichiarazione non veritiera è idonea a cagionare la decadenza dei benefici ottenuti col provvedimento emanato sulla base della dichiarazione mendace, per altro verso non possono essere considerate le seguenti circostanze del caso concreto: e cioè *“- che si è trattato di un'omissione concernente un fatto non più previsto dalla legge come reato; - che la condanna ha riguardato un reato non rientrante tra quelli che escludono la partecipazione; - che non si è trattato di un fatto in base al quale si possa ritenere che l'operatore economico si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*.

La conseguenza del ragionamento condotto dal T.A.R. Calabria è la dichiarazione di illegittimità, sia pure solo a fini risarcitori, dei provvedimenti di esclusione impugnati.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1462 del 2016, proposto da Syremont S.p.a. - Servizi per la Conservazione e il Restauro, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Canonaco ed elettivamente domiciliata in Catanzaro, largo Pianicello n. 19, presso lo studio dell'avv. Elvira Iaccino;

contro

- l'Amministrazione provinciale di Vibo Valentia, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Fusca (FSCNTN62H11F537T), ed elettivamente domiciliata in Catanzaro, via A. Turco, presso lo studio dell'avv. Maurizio Arabia;
- il Comune di Vibo Valentia, in persona del Sindaco in carica, ed elettivamente domiciliato in Catanzaro, via Vittorio Veneto n. 48, presso lo studio dell'avv. Alfredo Gualtieri, che lo rappresenta e difende;

nei confronti di

Gisa Costruzioni Civili e Industriali S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Fusca (FSCNTN73A01F537F) ed elettivamente domiciliata in Catanzaro, via Ciaccio n. 7, presso lo studio dell'avv. Vincenzo Genovese;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n. 1352 del 25.10.2016 del Comune di Vibo Valentia, di esclusione della ricorrente Syremont S.p.a. dalla gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione della "Galleria di arte contemporanea Valentianum" e di omologa dei verbali di gara n. 1 e n. 2 del 30 agosto 2016 e n. 3 del 26 settembre 2016;
- del provvedimento prot. 23617 del 25 ottobre 2016, emesso dalla Stazione unica appaltante della Provincia di Vibo Valentia con cui, con riferimento alle dichiarazioni rese dalla Syremont S.p.a., è stata rilevata la sussistenza di una situazione di discordanza fra le risultanze del casellario giudiziale e l'autocertificazione resa dal direttore tecnico ai sensi del D.P.R. n. 445/2000;
- del disciplinare allegato al bando di gara n. 18/2016 della Provincia di Vibo Valentia pubblicato il 22 luglio 2016;
- del verbale di gara n. 4 del 31 ottobre 2016 e della determinazione dirigenziale n. 1401 del 2 novembre 2016, di omologazione del verbale di gara n. 4 del 31 ottobre 2016 e di aggiudicazione dell'appalto all'ATI Impresa Gisa Costruzioni Civili e Industriali S.r.l./Clipper System S.r.l., in avvalimento on la ditta Consorzio Stabile Ebg;
- del verbale di consegna dei lavori del 3 novembre 2016 di consegnare anticipata dei lavori all'ATI Impresa Gisa Costruzioni Civili e Industriali S.r.l./Clipper System S.r.l.;
- del provvedimento prot. 24434 del 4 novembre 2016, emesso dalla SUA della Provincia di Vibo Valentia, di conferma dell'aggiudicazione da parte della stazione appaltante;
- della nota prot. n. 24465 del 4 novembre 2016, trasmessa dalla SUA della Provincia di Vibo Valentia all'A.N.A.C.;
- della nota prot. 52498 dell'11 novembre 2016 del Comune di Vibo Valentia, relativa all'istanza di annullamento in autotutela promossa dalla Società Syremont S.p.a.;
- del provvedimento conclusivo del procedimento di verifica della SUA Provinciale di Vibo Valentia;
- della convenzione-contratto, ad oggi non stipulata, per l'affidamento dei lavori; e per la condanna
- della stazione appaltante al risarcimento dei danni;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Amministrazione provinciale di Vibo Valentia, del Comune di Vibo Valentia e di Gisa Costruzioni Civili e Industriali S.r.l.;

Vista l'ordinanza n. 575 del 16 dicembre 2016, con la quale è stata accolta l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 22 marzo 2017 il dott. Giovanni Iannini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Vibo Valentia ha chiesto al Ministero competente un finanziamento per la realizzazione di una "Galleria d'arte contemporanea" denominata "Valentinianum".

Il progetto, inserito nel Programma triennale delle opere pubbliche, è stato approvato con decreto n. 3445 dell'1 settembre 2015.

Con determina dirigenziale n. 588 del 20 maggio 2016 il Comune di Vibo Valentia ha stabilito di affidare mediante procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, l'appalto per la realizzazione dell'opera, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo di € 300.799,67, di cui € 195.379,31 per lavori, € 100,460,00 per forniture ed € 4.940,36 per oneri di sicurezza.

Il Comune di Vibo Valentia ha delegato la Stazione unica appaltante (SUA) della Provincia di Vibo Valentia all'adozione del provvedimento di indizione della gara ed approvazione dello schema del bando di gara, nonché all'espletamento del procedimento di valutazione delle offerte.

Il 22 luglio 2016 la SUA della Provincia di Vibo Valentia ha emanato il bando.

Alla gara ha partecipato, tra gli altri, la Syremont S.p.a. - Servizi per la conservazione e il restauro.

Nella seduta del 30 agosto 2016 l'offerta della Syremont è risultata quella economicamente più vantaggiosa. Seconda in graduatoria è risultata l'impresa Gisa Costruzioni Civili e Industriali S.r.l./Clipper System S.r.l.

Le offerte della prima e della seconda classificata hanno superato la soglia di anomalia e sono state, perciò, sottoposte a verifica di congruità, ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016.

La Commissione, nella seduta del 26 settembre 2016, preso atto dell'esito positivo della verifica di congruità effettuata dal RUP, ha proposto l'aggiudicazione in favore della Syremont S.p.a. - Servizi per la conservazione e il restauro.

La SUA provinciale, con nota dell'11 ottobre 2016, ha segnalato alla Syremont e all'Amministrazione comunale che, a seguito delle verifiche effettuate, è risultata dal certificato del casellario giudiziale la presenza di iscrizioni a carico di Riccardo Messina, direttore tecnico della società, non indicate nella dichiarazione resa ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

È stata, pertanto, data comunicazione di avvio del procedimento finalizzato, tra l'altro, all'applicazione delle sanzioni previste nel caso di dichiarazione mendace.

La società ha replicato rilevando che le iscrizioni cui ha fatto riferimento la stazione appaltante sono relative a un decreto penale dell'1 marzo 2013 del G.I.P. presso il Tribunale di Siracusa, reso esecutivo il 4 gennaio 2014, in relazione al reato di omesso versamento dell'Iva, ai sensi dell'art. 10 del d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74, per un'omissione di imposta di € 53.131,00. Il decreto è stato emesso nei confronti del sig. Riccardo Messina nella qualità di legale rappresentante della Omegaproject S.r.l. La società ha evidenziato che il reato è stato depenalizzato, in quanto l'art. 7 del d.lgs. 24 settembre 2015 n. 158 ha circoscritto la rilevanza penale all'omissione del versamento dell'imposta per importi superiori a 250.000 euro. Secondo la società, quindi, il direttore tecnico non era tenuto a dichiarare il precedente.

La SUA provinciale, nella nota n. 23617 del 25 ottobre 2016, ha rilevato, tra le altre cose, che nel disciplinare di gara era stato richiesto ai concorrenti di dichiarare la "*...propria posizione in ordine al casellario giudiziario ovvero se risultano o meno provvedimenti a proprio carico...*" e se vi sono o meno sentenze per le quali ha ottenuto il beneficio della non menzione.

Nella nota è stata richiamata la giurisprudenza per la quale l'esistenza di dichiarazioni non veritiere sul possesso dei requisiti, quale la mancata dichiarazione di sentenze penali di condanna ai fini della prova del requisito della moralità professionale, integra autonoma causa di esclusione del concorrente dalla procedura. Nella stessa nota è stato fatto riferimento anche alla giurisprudenza che ha ritenuto che l'esclusione debba essere disposta anche in presenza di c.d. falso innocuo.

La SUA provinciale ha, pertanto, ritenuto che la Syremont andasse esclusa dalla gara.

Con determinazione n. 1352 del 25 ottobre 2016 il dirigente del Settore 5 - Infrastrutture reti di protezione civile del Comune di Vibo Valentia ha disposto:

- l'omologazione dei verbali di gara;
- di prendere atto della conclusione del procedimento promosso dalla SUA, di cui alla nota n. 23617 del 25 ottobre 2016, e di non aggiudicare l'appalto alla prima classificata Syremont

S.p.a.;

- di dare mandato al RUP, per motivi di urgenza, di procedere alla verifica della congruità dell'offerta presentata dalla secondo classificata, ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016.

Con determinazione n. 1401 del 2 novembre 2016 il dirigente del Settore 5 - Infrastrutture reti di protezione civile del Comune di Vibo Valentia, preso atto del verbale n. 4 del 31 ottobre 2016 della commissione giudicatrice, recante proposta di aggiudicazione all'ATI Gisa Costruzioni Civili e Industriali S.r.l. / Clipper System S.r.l. in avvalimento con la ditta Consorzio Stabile EBG, ha disposto:

- l'omologazione del verbale n. 4 del 31 ottobre 2016 della commissione giudicatrice;

- l'aggiudicazione definitiva dell'appalto dei lavori all'ATI Gisa Costruzioni Civili e Industriali S.r.l. / Clipper System S.r.l. in avvalimento con la ditta Consorzio Stabile EBG, per l'importo di € 239.629,84, oltre € 4.940,36 per oneri di sicurezza e oltre Iva., con un ribasso del 19%, subordinando l'efficacia del provvedimento alla verifica del possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti prescritti per l'ammissione alla gara, ai sensi dell'art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016.

Con verbale del 3 novembre 2016, per dichiarati motivi di urgenza legati alla "tempistica" dei finanziamenti, sono stati consegnati i lavori all'ATI aggiudicatario.

2. La Syremont ha proposto impugnazione avverso la determinazione dirigenziale n. 1352 del 25.10.2016 del Comune di Vibo Valentia, di esclusione della ricorrente Syremont S.p.a. dalla gara d'appalto per l'affidamento lavori per la realizzazione della "Galleria di arte contemporanea Valentianum" e di omologa dei verbali di gara n. 1 e n. 2 del 30 agosto 2016 e n. 3 del 26 settembre 2016. ha impugnato, inoltre, il verbale di gara n. 4 del 31 ottobre 2016 e la determinazione dirigenziale n. 1401 del 2 novembre 2016, di omologazione del verbale di gara n. 4 del 31 ottobre 2016 e di aggiudicazione dell'appalto all'ATI Impresa Gisa Costruzioni Civili e Industriali S.r.l./Clipper System S.r.l., in avvalimento con la ditta Consorzio Stabile Ebg, deducendone l'illegittimità sotto vari profili e chiedendone l'annullamento. Ha, altresì, impugnato gli altri atti meglio indicati in epigrafe.

La ricorrente ha chiesto la condanna delle Amministrazioni resistenti al risarcimento dei danni, quantificati nell'importo di € 300.779,67 e alla comunicazione all'Anac dell'esito del giudizio.

3. Si è costituito il Comune di Vibo Valentia, che ha eccepito l'inesistenza della notifica effettuata a mezzo PEC e ha dedotto, comunque, l'infondatezza della domanda, con vittoria di spese.

4. L'Amministrazione provinciale di Vibo Valentia, costituitasi in giudizio, ha dedotto l'infondatezza del gravame e ne ha chiesto il rigetto, col favore delle spese.

5. L'aggiudicatario GISA Costruzioni Civili ed Industriali S.r.l. ha rilevato l'infondatezza dei motivi esposti in ricorso, chiedendone il rigetto, con condanna della parte soccombente alla

rifusione delle spese di giudizio.

6. Con memoria depositata il 2 marzo 2017 la Syremont S.p.a. ha rilevato che, a seguito della consegna anticipata, i lavori sono stati eseguiti quasi integralmente dall'ATI aggiudicataria, per cui non sarebbe utile, né economico, un eventuale subingresso in questa fase. La Syremont, pertanto, pur ritenendo sussistenti gli estremi per l'annullamento e il diritto all'aggiudicazione, ha specificato che all'eventuale accoglimento del ricorso dovrà conseguire il ristoro dei danni subiti.

Nella stessa memoria la ricorrente ha esposto in maniera dettagliata le spese sostenute per la partecipazione e ha specificato il mancato utile conseguente all'illegittima aggiudicazione in favore della controinteressata.

Anche il Comune di Vibo Valentia ha prodotto memorie.

7. Alla pubblica udienza del 22 marzo 2017 la causa è stata assegnata in decisione.

8. Va esaminata, brevemente, l'eccezione di inammissibilità del ricorso per inesistenza della notifica, effettuata a mezzo PEC.

È noto che di recente è stata rimessa all'Adunanza Plenaria la questione se nel sistema anteriore all'entrata in vigore dell'art. 14 del d.P.C.M. 16 febbraio 2016 n. 40 ("Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico") fosse ammissibile la notifica del ricorso introduttivo del processo amministrativo a mezzo PEC, anche autorizzazione presidenziale, ai sensi dell'art. 52, comma 2, c.p.a. (Cons. Stato, sez. III, 23 marzo 2017 n. 1322).

Il Tribunale, al riguardo, ritiene di non doversi discostare dal proprio orientamento, conforme del resto a quello di gran lunga prevalente, che ammette che, già in virtù del disposto degli artt. 1 e 3 *bis* della legge nr. 53/1994 e, quindi, prima dell'entrata in vigore dell'art. 14 del d.P.C.M. 16 febbraio 2016 n. 40, la notificazione del ricorso introduttivo del processo amministrativo potesse avvenire col mezzo della PEC (Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 2 febbraio 2017 n. 144; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 4 febbraio 2015 n. 183; Cons. Stato, sez. IV, 22 novembre 2016, nr. 4895; Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2016, nr. 4631).

L'eccezione, pertanto, è infondata.

9. La ricorrente, nella memoria sopra richiamata e nelle richieste avanzate in udienza, ha affermato di ritenere non utile una tutela in forma specifica, mediante aggiudicazione dell'appalto e subentro nell'esecuzione di esso, e di richiedere il solo ristoro per equivalente dei pregiudizi subiti.

Il Collegio prende atto di ciò e rileva che quanto affermato dalla ricorrente importa in sostanza che essa non ha più interesse all'annullamento degli atti impugnati. Ciò, tuttavia, non esonera dall'esame della questione della illegittimità di tali atti, conservando la ricorrente interesse ai fini risarcitori (art. 34, comma 3, c.p.a.).

10. Come risulta dalla ricostruzione dei fatti operata al precedente par. 1, la Syremont, prima classificata in esito al procedimento di gara (verbale n. 3 del 26 settembre 2016), è stata successivamente esclusa, in quanto, a seguito di verifica dei requisiti generali, è risultata dal certificato del casellario giudiziale la presenza di iscrizioni a carico di Riccardo Messina, direttore tecnico della società, non risultanti dalla dichiarazione resa ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016. In particolare, è emerso che il Messina, nella qualità di legale rappresentante della Omegaproject S.r.l., è stato condannato con decreto penale dell'1 marzo 2013 del G.I.P. presso il Tribunale di Siracusa, reso esecutivo il 4 gennaio 2014, per il reato di omesso versamento dell'Iva, ai sensi dell'art. 10 del d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74, per un'omissione di imposta di € 53.131,00.

Si è accennato che il reato è stato depenalizzato, giacché l'art. 7 del d.lgs. 24 settembre 2015 n. 158 ha circoscritto la rilevanza penale all'omissione del versamento dell'imposta per importi superiori a 250.000 euro.

Le difese della ricorrente si incentrano sul disposto dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, che indica un elenco specifico di reati rilevanti ai fini della partecipazione alla gara: la condanna definitiva per alcuno di essi comporta l'esclusione dell'operatore dalla partecipazione alla procedura d'appalto o di concessione. Lo stesso art. 80 prevede che le condanne riportate non rilevano se il reato è stato depenalizzato (comma 3, ultimo periodo).

Il legislatore, secondo la ricorrente, non considererebbe l'omessa o incompleta dichiarazione di per sé sufficiente a dar luogo all'esclusione ed avrebbe escluso ogni discrezionalità della stazione appaltante riguardo all'affidabilità dell'impresa.

Conseguirebbe a ciò l'insussistenza dell'obbligo di dichiarare una condanna per un reato ormai depenalizzato. L'omissione di tale indicazione, nonostante quanto affermato dalla stazione appaltante, non potrebbe considerarsi "grave".

La stazione appaltante, nell'escludere la ricorrente dalla gara per un reato non compreso nell'elencazione, avrebbe violato il principio di tassatività delle cause di esclusione, consacrato nel disposto dell'art. 83 del vigente Codice dei contratti pubblici. La previsione del disciplinare relativa all'obbligo di dichiarare le risultanze del casellario giudiziale (par. 7, punto 3, lett. ff) nel Codice dei contratti non sarebbe sanzionata con l'esclusione.

Tali rilievi vengono sostanzialmente ribaditi nel secondo motivo di ricorso, nel quale si approfondisce l'aspetto relativo all'esercizio della discrezionalità riguardo al requisito della gravità dell'omissione riscontrata, che sarebbe stata esercitata al di fuori del paradigma normativo, che non consentirebbe valutazioni del genere in presenza di condanna per un reato depenalizzato.

I profili di illegittimità rilevati determinerebbero, in via derivata, l'illegittimità degli altri atti oggetto di impugnazione e, tra essi, dell'atto con il quale la SUA provinciale di Vibo Valentia ha disposto la comunicazione di esclusione ai fini dell'inserimento nel casellario.

Queste, con la dovuta sintesi, le ragioni fondamentali dell'affermata illegittimità dell'atto di

esclusione e della conseguente aggiudicazione in favore della controinteressata.

11. Quanto al provvedimento di esclusione, disposta con provvedimento n. 1352 del 25 ottobre 2016 dal Comune di Vibo Valentia, esso trova base nella nota n. 23617 del 25 ottobre 2016 della SUA provinciale, nella quale si rileva la discordanza tra i contenuti della dichiarazione resa dal Messina e le risultanze del certificato del casellario, si sottolinea che la commissione di gara non è stata posta nelle condizioni di effettuare un'analisi dei precedenti emersi (nella nota si legge "*procedimenti successivamente emersi*", ma si tratta, probabilmente, di un rifiuto) e si afferma che quell'ufficio non ha competenza a valutare la gravità delle circostanze.

Nel provvedimento comunale viene sottolineata la discordanza tra dichiarazione e certificato del casellario e viene richiamata la previsione del disciplinare, che impone di dichiarare i precedenti risultanti dal casellario. La mancata dichiarazione del direttore tecnico viene considerata "grave" ai fini dell'aggiudicazione.

Le difese dell'Ente comunale risultano incentrate sull'argomento secondo cui l'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici attribuisce alla stazione appaltante il potere di accertare se "*l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*". Tale norma attribuirebbe un ampio potere discrezionale di accertamento e valutazione finalizzato ad escludere le ditte che non assicurino integrità o professionalità. In ogni caso, le affermazioni del ricorrente, tese ad attribuire rilevanza alla depenalizzazione del reato, non avrebbero fondamento alcuno. La previsione dell'obbligo di indicare tutte le eventuali condanne, senza esclusione di quelle depenalizzate, non costituirebbe violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, giacché essa consentirebbe di disporre di un quadro completo ai fini della valutazione dell'integrità e della professionalità.

12. La fattispecie in questione è caratterizzata dal fatto che la mancata dichiarazione ha riguardato una condanna per un reato che è stato depenalizzato. Secondo il disposto dell'art. 2, comma 2, c.p. sono, quindi, cessati gli effetti penali della condanna.

Il reato di cui si tratta non è compreso tra quelli che, a norma dell'art. 80 comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, comportano l'esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione a procedure d'appalto o concessione.

Ne discende che la previsione di cui all'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 80 in questione, per la quale l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato, non ha alcun rilievo nel caso di specie, atteso che la norma si riferisce a condanne per reati che impongono l'esclusione.

Ciò non toglie che occorre pur sempre domandarsi se la mancata dichiarazione riguardante una condanna per reato depenalizzato possa determinare una conseguenza così grave quale l'esclusione da una gara.

È noto che nelle procedure di evidenza pubblica la dichiarazione non veritiera è un'autonoma

causa di esclusione, che trova la sua base nell'art. 75 del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, in tema di autocertificazione, che prevede la decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera, tra i quali vanno annoverati tanto l'ammissione alla gara, quanto l'aggiudicazione (sul rilievo della dichiarazione mendace in sé considerata, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 11 gennaio 2017 n. 35; Tar Abruzzo, Pescara, 3 gennaio 2017 n. 6; Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2016 n. 3581; Tar Sardegna, sez. I, 25 giugno 2016 n. 529; Tar Campania, Napoli, sez. I, 22 giugno 2016 n. 3231; Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2016 n. 2106; Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2016 n. 1412; Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2016 n. 802; Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2014 n. 2289).

Eppure non si può non tenere conto dei seguenti elementi:

- che si è trattato di un'omissione concernente un fatto non più previsto dalla legge come reato;
- che la condanna ha riguardato un reato non rientrante tra quelli che escludono la partecipazione;
- che non si è trattato di un fatto in base al quale si possa ritenere che l'operatore economico si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

La difesa del Comune insiste parecchio su quest'ultimo punto, ma il Collegio ritiene che un episodio di evasione fiscale che ha coinvolto il legale rappresentante di una società diversa da quella che ha partecipato alla gara non possa essere considerato alla stregua di un grave illecito professionale, tale da metterne in discussione l'integrità o l'affidabilità.

Riguardo agli altri aspetti ora segnalati, va posto in evidenza che potrebbe fondatamente dubitarsi della rilevanza della mancata dichiarazione riguardante una condanna per uno dei reati indicati al comma 1 dell'art. 80, qualora depenalizzato.

Il dubbio è ancora maggiore in un caso, come quello di specie, in cui il reato depenalizzato non è compreso tra quelli di cui alla norma ora richiamata.

Certamente, nella presente fattispecie vi era l'espressa previsione del disciplinare riguardo all'obbligo di dichiarazione, che tuttavia appare insufficiente a fornire fondamento alla disposta esclusione.

Affermato il principio della tassatività delle cause di esclusione, esso potrebbe essere facilmente eluso laddove si ammettesse che ogni omissione concernente le dichiarazioni previste dalla *lex specialis* importa l'esclusione del concorrente.

In sostanza, in un caso come quello di specie, nel quale la mancata dichiarazione riguarda un reato depenalizzato, non rientrante tra quelli ostativi della partecipazione alla gara e concernente un fatto che, secondo le previsioni del Codice, non è rilevante ai fini della

valutazione dell'integrità e dell'affidabilità dell'operato economico, non appare esatto parlare di mendacio, né di falso innocuo. Si tratta, invece, di omessa dichiarazione di un fatto irrilevante ai fini della gara, che il direttore tecnico non era tenuto a indicare.

Ne consegue l'illegittimità degli atti impugnati e, segnatamente, del provvedimento di esclusione e del provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata.

13. Occorre, a questo punto, passare all'esame della domanda di risarcimento dei danni, giacché, come detto, non persiste interesse della ricorrente all'annullamento degli atti e alla tutela in forma specifica mediante condanna all'aggiudicazione e alla stipulazione del contratto (si noti, al riguardo, che non vi sarebbe subentro, giacché il contratto con l'aggiudicataria non risulta essere stato stipulato e l'esecuzione dei lavori è stata operata sulla base di una mera consegna anticipata).

13.1 Nessun dubbio sul requisito dell'ingiustizia del danno, secondo la clausola generale di responsabilità di cui all'art. 2043 c.c.

I pregiudizi di cui è richiesto ristoro sono stati inferti mediante l'emissione di atti illegittimi e in violazione di un interesse legittimo pretensivo, in relazione al quale è agevole formulare la prognosi di spettanza del bene della vita cui tende il soggetto leso. La commissione di gara, infatti, aveva individuato l'offerta della Syrimont come quella economicamente più vantaggiosa e aveva formulato proposta di aggiudicazione in favore della stessa società.

13.2 Riguardo all'individuazione dei soggetti che devono rispondere dei pregiudizi sofferti dalla partecipante alla gara, ritiene il Collegio che vi sia una responsabilità solidale dell'Amministrazione provinciale di Vibo Valentia e del Comune di Vibo Valentia.

Entrambe tali amministrazioni pubbliche, la prima tramite la Stazione unica appaltante e la seconda tramite gli organi ed uffici preposti alla gestione della procedura di evidenza pubblica, hanno concorso causalmente alla produzione dei danni, avendo compiuto una serie di attività che hanno condotto all'esclusione della Syremont e all'aggiudicazione in favore dell'odierna controinteressata.

13.3 Quanto all'elemento soggettivo, è noto che la Corte di Giustizia dell'Unione europea (sentenza 30 settembre 2010, C314/09) ha affermato che le norme europee non consentono di subordinare il diritto al risarcimento del danno all'accertamento del carattere colpevole della violazione delle norme che disciplinano i contratti di lavori, servizi e forniture.

La giurisprudenza nazionale ha ritenuto che il principio dell'irrelevanza dell'elemento soggettivo debba essere esteso anche agli affidamenti al di sotto della soglia di rilevanza per le norme dell'Unione europea, giacché altrimenti si creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento di situazioni che, sotto l'aspetto della responsabilità per danni, appaiono omogenee (Tar Liguria, sez. II 23 febbraio 2016 n. 191; Tar Sicilia, Catania, sez. IV 22 novembre 2012 n. 2636; Cons. Stato sez. V 08 novembre 2012 n. 5686).

Si può, quindi, prescindere dall'analisi di tale elemento.

13.4 Si tratta, ora, di individuare, fra quelle indicate dalla ricorrente, le singole voci di danno per le quali può essere accordato ristoro.

Il 2 marzo 2017 la Syremont ha prodotto memoria accompagnata da “perizia tecnica”, in cui vengono indicati in modo specifico i pregiudizi subiti in conseguenza dell’illegittima esclusione e viene formulata una richiesta risarcitoria complessiva di € 69.943,19, oltre accessori.

In realtà non si tratta di perizia tecnica, ma di una relazione a firma dell’amministratore delegato e direttore tecnico della stessa società, recante un’analisi dei costi sostenuti e del mancato guadagno.

13.4.1 Con riferimento al danno emergente la società ha rilevato che, ai fini della partecipazione alla gara, ha sostenuto costi per la partecipazione alla gara pari a € 13.809,37.

Di tali costi una buon parte (€ 6.474,96) è rappresentata da quelli derivanti dal fatto che la società ha destinato una parte delle risorse umane alla partecipazione alla gara, rinunciando al loro utilizzo in altre attività.

Quanto alle spese vive sostenute, esse vengono quantificate in complessivi € 7.334,41. La maggior parte dei costi indicati è rappresentata da spese di consulenza legale nella fase procedimentale (€ 6.566,04).

Per tale parte la domanda risarcitoria è infondata, atteso che non è risarcibile il danno per spese e costi di partecipazione alla gara, nonché per spese generali e legali e di progettazione.

La partecipazione alle gare d’appalto comporta necessariamente dei costi che restano a carico delle imprese partecipanti, sia in caso di aggiudicazione che in caso di mancata aggiudicazione. Il ristoro delle spese sostenute per la partecipazione alla gara dall’impresa illegittimamente pretermessa comporterebbe un risarcimento per equivalente superiore alle perdite patrimoniali, giacché, oltre a beneficiare del risarcimento dei danni derivanti dall’illegittima perdita del lucro e delle altre utilità che avrebbe conseguito ove il contratto fosse stato eseguito, essa otterrebbe la rifusione dei costi della partecipazione, che l’impresa esecutrice dell’appalto deve, invece, sopportare e portare a scomputo dell’utile derivante dall’esecuzione del contratto (in tal senso, tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 12 maggio, 2016 n. 1904; Tar Basilicata, 5 dicembre 2015 n. 707; Cons. Stato, sez. III, 10 aprile 2015 n. 1839).

13.4.2 La Syremont ha indicato fra le voci di danno derivanti dalla mancata aggiudicazione quella legata al venire meno della possibilità di aspirare all’incremento della classifica dalla II alla III classe per la categoria OG2 di cui alla certificazione SOA. Tale danno viene quantificato in € 20.000,00, essendosi specificato che il valore medio di mercato delle SOA è pari per le OG2 II a € 15.000,00 e a € 35.000,00 per le OG2 III.

La quantificazione operata dalla società appare eccessiva, tenuto conto che una mera possibilità non può dare diritto all’attribuzione della piena differenza del valore di mercato.

Sulla base di una valutazione equitativa del danno che l'impresa ha indubbiamente subito, può riconoscersi come dovuta a titolo risarcitorio una somma pari al 25% di quella indicata e, quindi, ad € 5.000,00.

13.4.3 Non può essere riconosciuto quello che la società ricorrente qualifica come danno finanziario per il mancato accesso ad affidamento bancario, in dipendenza dell'aggiudicazione dell'appalto.

Si tratta di un pregiudizio del tutto ipotetico, la cui riconducibilità alla mancata aggiudicazione non appare dimostrabile.

13.4.4 Riguardo al pregiudizio derivante dalla mancata percezione dell'utile, la ricorrente afferma di avere stimato, tenuto conto del valore dell'appalto pari a € 300.779,67 e del ribasso del 18,28%, un utile di € 23.798,82.

Calcolato in tal modo il mancato utile risulta pari a poco meno del 10% dell'importo dell'appalto.

La ricorrente espone un calcolo che dovrebbe dimostrare le modalità di determinazione dell'utile, ma la percentuale corrisponde, grosso modo, a quella frutto del criterio presuntivo per il quale il risarcimento dovrebbe essere commisurato al 10% del prezzo a base d'asta al netto del ribasso, desunto dall'art. 345 della legge n. 2248/1865.

Si tratta di criterio tradizionale che la giurisprudenza, anche più recente, ritiene valido, ponendo, tuttavia, in luce che esso non deve essere applicato in maniera meccanica, essendovi il rischio di attribuire all'impresa un utile superiore a quello che avrebbe ottenuto a seguito dell'esecuzione dell'appalto.

In particolare, la giurisprudenza ritiene che debba tenersi conto dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*, per cui, salva specifica prova contraria da parte della parte attrice, deve presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera impiegati per la gara da cui è stata esclusa illegittimamente per lo svolgimento di altri lavori analoghi, riducendo così la perdita di utilità (cfr. Cos. Stato, 13 settembre 2016 n. n. 3858; Tar Toscana, sez. I, 30 marzo 2016 n. 562; Tar Veneto, sez. II, 14 marzo 2016 n. 279; Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 10 luglio 2015 n. 1887).

In considerazione di ciò, sulla base di valutazione equitativa, il danno sofferto dalla ricorrente per la mancata aggiudicazione può essere liquidato in un valore, determinato all'attualità, pari al 5% dell'importo dell'appalto, al netto del ribasso offerto dall'aggiudicatario (€ 300.779,67 a base d'asta - 18,28 %) e, quindi a € 12.289,86.

14. In conclusione, ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a., deve essere dichiarata l'illegittimità dell'atto di esclusione Syremont S.p.a. - Servizi per la Conservazione e il Restauro dalla gara, indetta dal Comune di Vibo Valentia, per l'affidamento dell'appalto dei lavori per la realizzazione della "Galleria di arte contemporanea Valentianum" e dell'atto di aggiudicazione in favore della controinteressata Gisa Costruzioni Civili e Industriali S.r.l.

Deve, inoltre, essere disposta la condanna, in solido, del Comune di Vibo Valentia e dell'Amministrazione provinciale di Vibo Valentia al risarcimento in favore della Syremont S.p.a. - Servizi per la Conservazione e il Restauro dei danni derivanti dagli atti illegittimi sopra indicati, per una somma totale, calcolata all'attualità, di € 17.289,86 (€ 12.289,86 + € 5.000,00), oltre interessi legali calcolati dalla data del provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata fino al soddisfo.

In considerazione della domanda avanzata in tal senso dalla ricorrente, deve essere ordinato, ai sensi dell'art. 34, comma 1 lett. c), c.p.a., al Comune di Vibo Valentia di comunicare all'Anac, per i provvedimenti di competenza, l'esito del giudizio, mediante trasmissione di copia della presente sentenza.

Le spese di giudizio, liquidate nella misura di cui in dispositivo in favore della ricorrente Syremont S.p.a. - Servizi per la Conservazione e il Restauro, devono essere poste a carico delle parti soccombenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, e per l'effetto:

- dichiara l'illegittimità dell'atto di esclusione Syremont S.p.a. - Servizi per la Conservazione e il Restauro dalla gara, indetta dal Comune di Vibo Valentia, per l'affidamento dell'appalto dei lavori per la realizzazione della "Galleria di arte contemporanea Valentianum" e dell'atto di aggiudicazione in favore della Gisa Costruzioni Civili e Industriali S.r.l.;

- condanna il Comune di Vibo Valentia e l'Amministrazione provinciale di Vibo Valentia, in persona dei rispettivi legali rappresentanti e in solido, al risarcimento dei danni in favore Syremont S.p.a. - Servizi per la Conservazione e il Restauro nella misura di € 17.289,86, oltre interessi legali calcolati dalla data del provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata fino al soddisfo;

- condanna il Comune di Vibo Valentia, l'Amministrazione provinciale di Vibo Valentia e la Gisa Costruzioni Civili e Industriali S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti e in solido, alla rifusione in favore di Syremont S.p.a. - Servizi per la Conservazione e il Restauro di spese e competenze del presente giudizio, che liquida in complessivi € 3.972,00, oltre accessori come per legge;

- dispone che il Comune di Vibo Valentia provveda a comunicare all'Anac, per i provvedimenti di competenza, l'esito del giudizio, mediante trasmissione di copia della presente sentenza;

- manda la Segreteria per la trasmissione della presente sentenza e degli atti di causa alla Procura regionale della Calabria della Corte dei conti, per le valutazioni di competenza.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 22 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere, Estensore

Germana Lo Sapio, Referendario