

Pubblicato il 14/09/2021

N. 00278/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00219/2021 REG.RIC.



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 Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 219 del 2021, proposto da

-OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Cristiano Giovanni Gasparutti, Sandor Del Fabro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Cordenons, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mattia Matarazzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ices S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa concessione di idonee misure cautelari,

- della Determinazione n. 539 del 9 luglio 2021 (doc. 1), con la quale il Comune di Cordenons – Area Lavori Pubblici ha escluso -OMISSIS- S.r.l. dalla procedura di affidamento dell'intervento di “messa in sicurezza e

riqualificazione degli incroci di Via Sclavons con Via San Francesco e Via San Pietro”, in considerazione di una pretesa omissione dichiarativa, consistente nel non aver dichiarato, nel DGUE di gara, l'esclusione da una precedente procedura di affidamento ed una presunta ipotesi contravvenzionale in materia ambientale, peraltro già sottoposta a oblazione, e quindi estinta;

- della Determinazione n. 559 del 19 luglio 2021 (doc. 2), con la quale il Comune di Cordenons, a seguito di scorrimento della graduatoria, ha aggiudicato l'appalto alla seconda impresa classificata, ICES S.r.l.;

- di ogni atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, ancorché non conosciuto;

e conseguentemente

per il risarcimento del danno subito, in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati, riammissione in gara e conseguente affidamento dell'appalto all'odierna ricorrente, previa occorrendo declaratoria di inefficacia e disponibilità al subentro nel contratto nelle more eventualmente stipulato, ovvero - in subordine – per equivalente economico, con riserva di formulare la relativa domanda in separato ed autonomo giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cordenons;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2021 il dott. Luca Emanuele Ricci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. -OMISSIS- domanda l'annullamento della determinazione del Comune di Cordenons, che ha escluso l'impresa dalla procedura di affidamento dell'intervento di “*messa in sicurezza e riqualificazione degli incroci di Via Sclavons*”

con Via San Francesco e Via San Pietro”. Il provvedimento di esclusione è stato adottato dalla stazione appaltante in ragione del fatto che la partecipante non ha dichiarato nel DGUE la precedente esclusione da una gara pubblica, né il reato ambientale che tale esclusione aveva determinato. Si trattava, nella specie, di un reato di natura contravvenzionale, che è stato poi estinto ai sensi degli artt. 318-*quater*, comma 2 e 318-*septies* del d.lgs. 152 del 2006, prima della partecipazione alla procedura di cui è causa.

L'impresa impugna dunque il provvedimento di esclusione e la successiva aggiudicazione ad altro operatore, sulla base dei seguenti motivi:

1.1. *“ILLEGITTIMITÀ DELL'ESCLUSIONE DI -OMISSIS-, PER CARENZA ASSOLUTA DEI RELATIVI PRESUPPOSTI – Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 1 e 5, D.Lgs. 50/2016 – Eccesso di potere per travisamento di presupposti di fatto e di diritto, carenza di istruttoria e difetto di motivazione, violazione del principio di proporzionalità”*. Sotto un primo profilo, la ricorrente valorizza il costante orientamento giurisprudenziale che esclude l'esistenza di obblighi dichiarativi in presenza di reati estinti per intervenuta oblazione, giacché la stazione appaltante sarebbe in ogni caso priva di ogni potere valutativo in ordine ai fatti e alla loro incidenza sulla partecipazione del concorrente. Per la medesima ragione, il fatto non può essere valorizzato “indirettamente”, quale causa determinante la precedente esclusione, non dichiarata. In radice, una precedente esclusione non può assumere rilievo quale circostanza da dichiarare, altrimenti determinandosi una indefinita protrazione di rilevanza (“*a strascico*”) di un singolo episodio, tantopiù in un caso – come il presente – in cui la ragione che aveva determinato l'esclusione è stata superata.

1.2. *“(IN VIA SUBORDINATA) ILLEGITTIMITÀ DELL'ESCLUSIONE DI -OMISSIS- SOTTO ULTERIORE PROFILO – Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 5, lett. c-bis) ed f-bis), D.Lgs. 50/2016 – Eccesso di potere per travisamento di presupposti di fatto, carenza di istruttoria e difetto di motivazione, violazione del principio di legittimo affidamento”*. Anche ove si ritenga che il reato

obblazionato dovesse essere dichiarato alla stazione appaltante, questa avrebbe dovuto procedere ad un giudizio in concreto circa l'incidenza dell'informazione omessa sul giudizio di integrità e affidabilità professionale dell'impresa, come inequivocabilmente disposto da *Cons. St., A.P., 28 agosto 2020, n. 16*. Nel provvedimento contestato, invece, la sanzione espulsiva è comminata in ragione della mera – presunta – omissione dichiarativa (sul presupposto per cui la completezza delle informazioni costituisca un valore in sé), senza alcuna ulteriore valutazione.

2. Il Comune ha replicato con propria memoria. Ha rilevato che la legge di gara precisava l'obbligo per le imprese partecipanti di dichiarare nel DGUE *“tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità”*, facendo rinvio a quanto dispongono in proposito le Linee guida n. 6 dell'ANAC (*“La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico”*). Per quanto attiene al divieto di esclusioni c.d. “a strascico”, questo è volto unicamente a impedire un automatismo espulsivo, ma non preclude certo alla stazione appaltante di valutare in concreto la rilevanza di una precedente esclusione.

3. All'udienza dell'08.09.2021, il Tribunale ha informato le parti dell'intenzione di definire il giudizio all'esito della trattazione della domanda cautelare, con sentenza in forma semplificata. Le parti hanno discusso come da verbale.

4. Il giudizio viene dunque definito nel merito ai sensi degli artt. 60 e 120, comma 6 c.p.a., ricorrendone i presupposti di legge.

5. È fondato il primo motivo, articolato dal ricorrente in via principale.

5.1. È pacifico e incontestato che il reato ambientale oggetto della mancata dichiarazione era, al momento della domanda di partecipazione alla gara dell'impresa ricorrente, già estinto. La circostanza è comunque dimostrata dal documento prodotto *sub* all. 8 al ricorso, da cui risulta il corretto adempimento, da parte dell'impresa, delle prescrizioni impartite dall'organo

accertatore, con conseguente ammissione al pagamento della sanzione amministrativa di cui all'art. 318-*quater*, comma 2 del d.lgs. 152 del 2006. Il pagamento, anch'esso risultante dal documento allegato (e comunicato in data 29.03.2021 all'Autorità), ha prodotto automaticamente l'estinzione del reato ai sensi dell'art. 318-*septies*, intervenuta nel contesto di un procedimento penale che si trovava ancora nella fase delle indagini preliminari (e che ne ha determinato l'archiviazione). Non è applicabile alla fattispecie, dunque, la giurisprudenza che condiziona gli effetti dell'estinzione nell'ambito delle procedure di affidamento alla dichiarazione del giudice dell'esecuzione penale (*Cons. Stato, sez. III, 13 febbraio 2020, n.1174*). Tale orientamento muove infatti dal presupposto, in questo caso insussistente, dell'intervenuta condanna (anche in forma di patteggiamento) e quindi dell'esistenza di un accertamento del reato, da superare attraverso una pronuncia del giudice dell'esecuzione; né, ovviamente, ad una declaratoria di estinzione può equipararsi *quoad effectum* il decreto di archiviazione del giudice delle indagini preliminari.

5.2. Ciò premesso, si ritiene che il reato estinto fuoriesca dal perimetro degli obblighi dichiarativi cui è tenuta l'impresa partecipante ad una gara ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. 50 del 2016. Si osserva, infatti, che con riguardo alle specifiche ipotesi di reato elencate dall'art. 80 comma 1 del Codice, il successivo comma 3, ultimo periodo afferma che *"l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica ... quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima"*, così privando la stazione appaltante del potere di apprezzarne la relativa incidenza a fini partecipativi. Da ciò consegue, quale logica e necessaria conseguenza, l'insussistenza di un onere dichiarativo in capo al partecipante (*Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4077*). Riconosciuta, dunque, l'attitudine dell'estinzione a neutralizzare il rilievo, anche dichiarativo, delle ipotesi delittuose di particolare pregnanza tipizzate dal comma 1, al cui riscontro conseguirebbe l'automatica esclusione dell'operatore dalla procedura, non possono legittimarsi soluzioni difformi per altre (e meno gravi) ipotesi di reato rilevanti ai sensi del comma 5, quindi

alla stregua di circostanze liberamente apprezzabili dalla stazione appaltante. Anche per queste, dunque, deve riconoscersi che l'*abrogatio criminis*, privando la stazione appaltante del potere di valutare i fatti sottostanti, esoneri il concorrente dal correlato obbligo informativo (*Tar Piemonte, sez. I, 29 marzo 2021, n. 349*).

5.3. Per le stesse ragioni si ritiene che la concorrente non fosse tenuta ad informare la stazione appaltante della precedente esclusione disposta da altro committente pubblico, in quanto dipendente dal medesimo reato ambientale ora estinto. L'esclusione ha rappresentato, infatti, nient'altro che una particolare conseguenza giuridica di un episodio illecito che l'estinzione ha privato di ogni rilievo per l'ordinamento. Imporre al partecipante una dichiarazione in tal senso finirebbe di fatto per vanificare l'effetto neutralizzante da riconoscersi, per le ragioni esposte al precedente paragrafo, all'estinzione del reato, consentendo allo stesso fatto di incidere comunque, sotto altra veste giuridica (quella del "*grave illecito professionale*") sulle valutazioni della stazione appaltante.

5.4. Non legittima conclusioni difformi l'ampio dettato della legge di gara, nella parte in cui chiedeva ai partecipanti di dichiarare "*tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità*". Tanto il reato in sé, quanto la precedente esclusione che dallo stesso reato è dipesa, erano infatti circostanze non valutabili, nemmeno in astratto, una volta intervenuta l'estinzione.

6. Per quanto l'accoglimento del primo motivo soddisfi in pieno l'interesse del ricorrente, si evidenzia la fondatezza anche della seconda doglianza, articolata in via subordinata.

6.1. Infatti, anche a ritenere che la partecipante abbia commesso un'omissione dichiarativa, non è possibile evincere dal provvedimento di esclusione la necessaria valutazione in concreto circa l'incidenza effettiva delle situazioni riscontrate rispetto al giudizio di affidabilità del concorrente. Al contrario, la stazione appaltante sembra compiere un improprio sillogismo tra omessa

indicazione e inaffidabilità dell'operatore (*“la completezza delle dichiarazioni rese costituisce di per sé un valore da perseguire, invero una dichiarazione inaffidabile poiché falsa o incompleta, è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma”*), di fatto riproducendo quel meccanismo espulsivo automatico di cui *Cons. St., A.P., 28 agosto 2020, n. 16* ha rilevato la contrarietà alla lettera e alla *ratio* dell'art. 80, comma 5 del Codice. Proprio con riguardo alle fattispecie contestate alla ricorrente, l'Adunanza plenaria ha affermato che *“in nessuna di queste [fattispecie] si ha l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis). Infatti, tanto «il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione», quanto «l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione» sono considerati dalla lettera c) quali «gravi illeciti professionali» in grado di incidere sull'«integrità o affidabilità» dell'operatore economico. È pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante (...) Nel contesto di questa valutazione l'amministrazione dovrà pertanto stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Del pari dovrà stabilire allo stesso scopo se quest'ultimo ha ommesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità”*.

7. Per le ragioni esposte, il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

7.1. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli-Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune resistente a rifondere alla ricorrente le spese del presente giudizio, che si liquidano nella somma di € 1.500,00 oltre spese generali e accessori di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento della denominazione del ricorrente.

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Manuela Sinigoi, Consigliere

Luca Emanuele Ricci, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Emanuele Ricci

IL PRESIDENTE
Oria Settesoldi

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.