

Publicato il 29/03/2021

N. 00349/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00615/2020 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 Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 615 del 2020, proposto da
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e
difeso dagli avvocati Francesco Stallone, Damiana Maria Li Puma, Giuseppe
S. Saguto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Natascia Taormina, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale
dello Stato di Torino, domiciliataria *ex lege* in Torino, via dell'Arsenale, 21;

-Alfa-, in persona del Legale Rappresentante *pro tempore*, -Beta-. in persona del
Legale Rappresentante *pro tempore*, -Gamma- non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- a) del provvedimento di esclusione della ricorrente adottato dal Comune di -OMISSIS- nell'ambito della procedura per l'acquisizione del servizio di "*Manutenzione del patrimonio comunale Anni 2020-2021*" mediante richiesta di offerta sul portale MEPA;
- b) del conseguente provvedimento di aggiudicazione in favore di -Alfa-;
- c) della Segnalazione ai sensi dell'art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016 all'ANAC.

nonché per la condanna

al risarcimento dei danni subiti e subendi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di -OMISSIS- e di Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2021 il dott. Angelo Roberto Cerroni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Il Comune di -OMISSIS-, con determina n. -OMISSIS-, avviava, tramite la piattaforma *www.acquistiinretepa.it*, la procedura di gara per l'assegnazione del servizio di "*Manutenzione del patrimonio comunale anni 2020-2021*", alla quale partecipavano due concorrenti: la ricorrente e la contro-interessata -Alfa-.

La successiva aggiudicazione sarebbe stata disposta a favore dell'offerta economica che avesse ottenuto il maggior ribasso, ponendo come base d'asta per quest'ultimo la somma di € 36.750,00 oltre IVA.

2. – L'odierna ricorrente presentava l'offerta dichiarando nel proprio Documento di Gara Unico Europeo (DGUE) di non aver mai violato gli obblighi in materia di diritto ambientale e di non aver commesso, altresì, illeciti professionali.

3. – Per contro la Commissione di gara in sede di controllo AvcPAss rilevava che dalla consultazione del Casellario Giudiziale risultava a carico della legale rappresentante della ricorrente un decreto penale di condanna del -OMISSIS- per violazione dell'art. 256 d.lgs. 152/2006, nonché la pregressa esclusione da una gara pubblica per false dichiarazioni concernenti il medesimo reato e la conseguente segnalazione della -OMISSIS- all'ANAC.

4. – Alla luce di tali risultanze il Comune adottava nei confronti della ricorrente il provvedimento di esclusione n. -OMISSIS-, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del d.lgs 50/2016, e il successivo -OMISSIS-, con provvedimento n. -OMISSIS-, procedeva all'aggiudicazione della gara a favore della contro-interessata -Alfa-, unica concorrente rimasta.

5. – La ricorrente, in data 12 agosto 2020, con il ricorso in epigrafe ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara unitamente al provvedimento di aggiudicazione a favore de -Alfa- e alla segnalazione all'ANAC operata dal Comune, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 commi 3, 5, lett. f-bis) e f-ter), 12 e dell'art. 83, comma 9, del D.lgs 50/2016.

5.1. – Il ricorso si esaurisce in un unico motivo concernente l'illegittima applicazione da parte della stazione appaltante, ai fini espulsivi, dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), atteso che nel caso di specie in capo all'operatore economico non sussisteva l'obbligo dichiarativo del decreto penale di condanna a suo carico in quanto il reato era stato dichiarato estinto dal Tribunale di -OMISSIS- con sentenza del -OMISSIS-. La ricorrente ritiene, invero, che l'ipotesi in questione rientri nelle eccezioni di cui al comma 3 dell'art. 80 D.lgs. 50/2016 in base al quale *“l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato [...] è stato dichiarato estinto dopo la condanna”*, pertanto l'omessa indicazione della condanna nel DGUE non integrerebbe un'ipotesi di esclusione per presentazione di documentazione falsa o non veritiera.

5.2. – La ricorrente sottolinea, altresì, come l'iscrizione effettuata nel 2014 al Casellario ANAC della segnalazione della -OMISSIS- per il medesimo reato

non avesse alcuna efficacia inibitoria atteso che ai sensi dell'art. 80, comma 12, D.lgs. 50/2016 tale iscrizione ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ha efficacia limitata a due anni.

6. – In data 31 agosto 2020 con decreto 399/2020 veniva accolta l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta dal ricorrente, ai sensi dell'art. 56 c.p.a. *“considerando che, nel bilanciamento degli interessi in gioco, in questa fase transitoria occorre riconoscere la prevalenza delle esigenze del ricorrente alla tutela giurisdizionale in ragione: della tipologia di contratto e del relativo oggetto (manutenzione del patrimonio “Anni 2020-2021”); della non applicabilità al procedimento in questione del termine dilatorio per la stipula del contratto (cd. stand still) di cui all'art. 32 del D.lgs. n. 50/2016; degli stretti tempi per la celebrazione della camera di consiglio”*.

7. – L'Autorità nazionale anticorruzione-ANAC e il Comune di -OMISSIS- si sono ritualmente costituiti in giudizio.

7.1. – Il comune di -OMISSIS-, nella memoria difensiva, depositata in data 4 settembre 2020, eccepisce in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse atteso che la ricorrente impugna il provvedimento di esclusione e la successiva aggiudicazione senza aver dimostrato che in caso di accoglimento del ricorso sarebbe risultata aggiudicataria (c.d. prova di resistenza).

7.2. – Nel merito, con riguardo ai profili relativi al provvedimento di esclusione il Comune di -OMISSIS- afferma che la dichiarazione della ricorrente contenuta nel DGUE concernente l'insussistenza di violazioni della normativa ambientale integrerebbe una dichiarazione falsa atteso che essa non corrisponde alla realtà fattuale in quanto sussiste a suo carico una condanna in sede penale per il reato di *“attività di gestione di rifiuti non autorizzata”*. Tale dichiarazione incide sull'affidabilità della concorrente atteso che l'assegnazione del servizio di cantoniera nel territorio comunale, oggetto di gara, presuppone l'individuazione di un soggetto irreprensibile sotto il punto di vista della tutela ambientale.

7.3. – L'amministrazione chiarisce, inoltre, che l'esclusione della concorrente si baserebbe su tale difformità fattuale e non sarebbe stata disposta in forza della mera iscrizione al Casellario ANAC del 2014. Invero, l'amministrazione resistente ritiene che l'estinzione del reato in questione non comporti il venir meno dell'obbligo informativo alla stazione appaltante in quanto tale omissione, alla luce dell'oggetto della gara, incide sul processo decisionale e, in quanto tale, rientra nelle ipotesi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e non nella lettera f-*bis*) come, invece, viene sostenuto dalla ricorrente.

L'amministrazione, rilevando complessivamente la sussistenza di due dichiarazioni false in sede di gara, la prima attinente alla sussistenza a carico della concorrente di un decreto penale di condanna e la seconda relativa all'iscrizione nel casellario ANAC, invoca la configurabilità della motivazione implicita per quanto concerne l'apprezzamento discrezionale dell'incidenza pregiudizievole delle condotte di mendacio sulla inaffidabilità della ricorrente.

7.4. – Il Comune deduce, peraltro, l'infondatezza del ricorso sotto il profilo dell'impugnazione della segnalazione all'ANAC sottolineando come tale adempimento rientri nell'attività vincolata disposta dalle stazioni appaltanti allorché si rilevino condotte degli operatori economici poste in essere in violazione della legge di gara, nonché della richiesta di risarcimento dei danni subiti e subendi atteso che non sarebbe stata fornita prova dell'eventuale danno e della sua ipotetica quantificazione.

8. – Il Collegio, in data 11 settembre 2020, con ordinanza 433/2020, ha accolto l'istanza cautelare limitatamente alla richiesta di sospensione della segnalazione all'ANAC *“in considerazione dei gravi effetti pregiudizievoli da essa possibilmente scaturenti sulla partecipazione della ricorrente a future procedure evidenziali”*.

9. – Espletato lo scambio di memorie difensive *ex art. 73 c.p.a.* la causa è venuta in discussione all'udienza pubblica del 10 marzo 2021 ed è stata trattenuta in decisione con discussione orale ai sensi dell'art. 25, co. 2 del

decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176.

10. – Il Collegio deve dapprima esaminare l'eccezione di rito circa l'inammissibilità del ricorso per omesso esperimento della prova di resistenza per cui non risulterebbe comprovato l'interesse concreto e attuale al gravame da parte della -OMISSIS- ricorrente.

10.1. – L'eccezione va respinta constando *per tabulas* che la -OMISSIS- ricorrente ha prodotto la documentazione comprovante l'offerta economica presentata nell'ambito della procedura evidenziale per cui è causa, dando peraltro evidenza anche del suo carattere competitivo rispetto all'offerta della contro-interessata risultata aggiudicataria in esito alla esclusione della prima.

11. – Venendo al merito del gravame il Collegio deve peritarsi di perimetrare correttamente gli obblighi dichiarativi gravanti in capo alla ricorrente nella fattispecie concreta. La controversia che viene all'esame del Collegio verte, infatti, sulla corretta perimetrazione dell'obbligo dichiarativo gravante in capo all'operatore economico in sede di gara allorquando sussista a suo carico un decreto penale di condanna, successivamente dichiarato estinto con sentenza.

12. – Invero, mediante il rinvio contenuto nell'art. 85 del D.lgs 50/2016 all'art. 80 l'obbligo dichiarativo in sede di gara si esplica nell'indicazione nel Documento Unico Europeo (DGUE) di tutti i fatti tipicamente sintomatici, e non astrattamente idonei, volti ad incidere sulla valutazione in merito all'affidabilità e integrità dell'operatore economico (Cons. Stato n. 5136 del 2018).

Come noto dai fatti di causa, la legale rappresentante della ricorrente risulta esser stata destinataria di un decreto penale di condanna emesso dal Tribunale di -OMISSIS- in data -OMISSIS- per violazione dell'art. 256 del d.lgs. 152/2006 e che tale reato è stato successivamente dichiarato estinto con sentenza resa dal medesimo Tribunale in data -OMISSIS-.

In forza di tale rilievo, il Comune di -OMISSIS- ha escluso l'odierna ricorrente a fronte delle dichiarazioni asseritamente false rese in sede di gara

atteso che l'omessa comunicazione del decreto penale di condanna per il reato di *"attività di gestione di rifiuti non autorizzata"* di cui all'art. 256 D.lgs. 152/2006 inciderebbe in concreto sulla valutazione di integrità e all'affidabilità dell'operatore economico in relazione alla specifica attività oggetto del contratto da affidare.

13. – Orbene, preliminarmente appare necessario chiarire il quadro normativo di riferimento.

13.1. – L'art. 80, comma 1, D.lgs. 50/2016 individua quale motivo di esclusione da una procedura di appalto o concessione di un operatore economico *"la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale"*, sennonché al comma 3 del medesimo art. 80 si chiarisce 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"*.

13.2. – Sebbene, quindi, il disposto in esame non contempli l'originale previsione contenuta nell'art. 38, comma 2, del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – in cui veniva precisato che *"il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione"* – l'insussistenza dell'obbligo dichiarativo sul punto viene, comunque, desunta dalle disposizioni sopra citate.

Nello specifico, l'effetto estintivo dell'*abrogatio criminis* posto in essere con il provvedimento di estinzione del reato determina il venir meno di *"ogni effetto penale"* (art. 460, comma 5, c.p.p.) della condanna e della portata preclusiva della stessa. Sul punto, il Collegio non può che allinearsi a quanto chiarito dal Consiglio di Stato secondo cui *"l'obbligo del partecipante di dichiarare le condanne penali per "reati gravi" non ricomprende le condanne per reati estinti o depenalizzati, non già per il fatto che quei fenomeni estintivi siano "ex se" sintomatici della "non gravità" dei reati, quanto piuttosto in ragione dell'effetto privativo che l'abrogatio criminis (ovvero il*

provvedimento giudiziale dichiarativo della estinzione del reato) opera sul potere della stazione appaltante di apprezzare la incidenza, ai fini partecipativi, delle sentenze di condanna cui si riferiscono quei fatti di reato” (Cons. Stato sez VI, n. 4392/2013).

L'estinzione del reato prevista al comma 3 dell'art. 80 esclude, pertanto, l'applicazione del comma 1 ponendosi in un rapporto di specialità con la disposizione generale.

14. – Va, quindi, condiviso il principio secondo il quale *“l’obbligo del partecipante di dichiarare le condanne penali «non ricomprende le condanne per reati estinti o depenalizzati [...] in ragione dell’effetto privativo che l’abrogatio criminis (ovvero il provvedimento giudiziale dichiarativo della estinzione del reato) opera sul potere della stazione appaltante di apprezzare la incidenza, ai fini partecipativi, delle sentenze di condanna cui si riferiscono quei fatti di reato” (Tar Napoli, 3518/16).*

Vieppiù in considerazione del fatto che l'estinzione del reato, nel caso di specie è stata dichiarata con sentenza dal Tribunale di -OMISSIS- con sentenza del -OMISSIS-. In tal senso, il Consiglio di Stato ha ribadito quanto disposto in merito alla precedente formulazione della disposizione, in particolare ha chiarito che *“ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), e comma 2, d.lg. n. 50 del 2016, l'estinzione del reato, che consente di non dichiarare l'emanaazione del relativo provvedimento di condanna, non è automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, che è l'unico soggetto al quale l'ordinamento attribuisce il compito di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, fino a quando non intervenga tale provvedimento giurisdizionale, non può legittimamente parlarsi di "reato estinto" e il concorrente non è esonerato dalla dichiarazione dell'intervenuta condanna” (Cons. Stato sez. III - 05/03/2020, n. 1629).*

15. – Ne consegue che, nel caso di specie, essendo incontestata la sopravvenuta declaratoria di estinzione del reato, si è prodotto l'effetto esonerativo dall'obbligo informativo, quantomeno con riferimento alle cause di esclusione di cui al comma 1. Senonché, ad avviso del Collegio, deve opinarsi che siffatto effetto esonerativo non può non estendersi anche alle

ipotesi di esclusione elencate al comma 5 del medesimo art. 80 laddove esse presuppongono una condanna penale, venendo in special modo in rilievo la figura del grave illecito professionale da sottoporsi all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione che ne valuterà l'incidenza pregiudizievole sull'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico. Se, infatti, la declaratoria di estinzione del reato paralizza gli effetti escludenti previsti dal comma 1 per il numero chiuso di reati ivi elencati, sollevando l'operatore economico dall'onere dichiarativo, *mutatis mutandis*, per un rapporto logico di continenza, nella fattispecie del grave illecito professionale, che è a struttura elastica e ampia, contemplando un ventaglio aperto di figure illecite tra cui rientrano sicuramente le condanne per reati diversi da quelli di cui al comma (*cf.* Cons. Stato, 29 ottobre 2020, n. 6615), l'estinzione del reato non potrà non sortire lo stesso effetto esonerativo circa gli obblighi dichiarativi gravanti *generaliter* sull'operatore economico.

16. – In altre parole, il cono degli effetti della declaratoria di estinzione deve ragionevolmente rifrangersi per l'intero prisma del sistema normativo delle cause di esclusione, sia nelle ipotesi tipizzate di automatismo espulsivo, sia nelle fattispecie più articolate rimesse all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante: diversamente opinando, si addiverrebbe all'esito paradossale che l'estinzione di reati di minor disvalore verrebbe a pesare in senso pregiudizievole attraverso il filtro discrezionale dell'Amministrazione, mentre sarebbe inibita ogni determinazione espulsiva nell'ipotesi di estinzione di fatti di reato ben più gravi come quelli al comma 1.

17. – Tali cadenze argomentative, ispirate ad un'ermeneutica logico-sistemica stringente, sono fatte proprie dalla giurisprudenza amministrativa anche in recenti pronunce: *“Le condanne inflitte gli operatori economici non possono costituire motivo di esclusione dalle gare, in caso di estinzione del reato. Dall'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 si evince che, in caso di estinzione del reato, neppure le più gravi condanne inflitte ai sensi del precedente comma 1 possono costituire motivo di esclusione. Ciò dovrà perciò valere a maggior ragione per le ulteriori ipotesi di reato,*

valorizzabili ai sensi del comma 5” (cfr. T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 28/07/2020, n.8821).

18. – Da questo effetto sterilizzante generalizzato della declaratoria estintiva discende a mò di naturale corollario che, nel caso venuto in esame, non poteva ravvisarsi in capo alla -OMISSIS- ricorrente alcun onere dichiarativo circa il reato posto a base del decreto penale, poi dichiarato estinto dal Tribunale di -OMISSIS- nel 2014, né la Stazione appaltante poteva fondatamente desumere dalle attestazioni della -OMISSIS- nei documenti di gara un’omissione dichiarativa, foriera di un provvedimento espulsivo in quanto apprezzata in senso negativo rispetto alla relativa incidenza sull’integrità e affidabilità dell’operatore.

19. – Delineata in questi termini la fattispecie fattuale, si profilano privi di ogni pertinenza le difese del Comune miranti a valorizzare gli approdi ermeneutici dell’Adunanza plenaria n. 16 del 2020 per l’assorbente rilievo che nella fattispecie in esame non appare ravvisabile alcuna ipotesi concreta di falsità dichiarativa – né ai sensi della lett. c-*bis*), né ai sensi delle lett. f-*bis*) e f-*ter*) - in virtù dell’esonero dagli obblighi dichiarativi cristallizzato *ope legis* dall’art. 80, comma 3, ultimo periodo e applicabile *generaliter* a tutte le fattispecie espulsive di cui all’art. 80 d.lgs. 50/2016.

20. – L’Adunanza Plenaria 16/2020 chiarendo la diversità sostanziale delle due fattispecie in questione – l’automatismo escludente previsto dalla lett. f-*bis*) e il carattere speciale della lett. c-*bis*) – ha precisato che “*la falsità di una dichiarazione è [...] predicabile rispetto ad un dato di realtà ovvero ad una situazione fattuale per la quale possa porsi l’alternativa logica vero/falso rispetto alla quale valutare la dichiarazione resa dall’operatore economico*”.

Nel caso di specie, l’omessa dichiarazione del decreto penale di condanna per il reato di cui all’art. 256 d.lgs. 152/2006 non può costituire, invero, una dichiarazione falsa atteso che il reato è stato dichiarato estinto, pertanto sussiste piena corrispondenza tra quanto dichiarato in sede di DGUE e la realtà di fatto attuale.

21. – Conclusivamente, alla luce di quanto precede, la determinazione di esclusione adottata dal Comune di -OMISSIS- all'indirizzo della -OMISSIS- ricorrente sconta questo vizio di legittimità per contrasto con l'art. 80, comma 3 d.lgs. 50/2016, sicché il gravame deve essere conclusivamente accolto, con annullamento dei provvedimenti impugnati

22. – In considerazione del consolidamento del panorama giurisprudenziale solo a seguito alla pronuncia nomofilattica, si ritengono sussistere giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti costituite.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Paola Malanetto, Consigliere

Angelo Roberto Cerroni, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Angelo Roberto Cerroni

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO

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