

N. 05972/2014REG.PROV.COLL.

N. 09236/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 9236 del 2014, proposto da:
MAROCCIA COSTRUZIONI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv.
Alfredo Caggiula, con domicilio eletto presso Marco Gardin in Roma, Via Laura Mantegazza, n. 24;

contro

PROVINCIA DI BRINDISI, in persona del Presidente della Giunta provinciale in carica, rappresentata e difesa dall'avv.
Mariangela Carulli, con domicilio eletto presso Massimiliano Lombardo in Roma, Via Taro, n. 56;

nei confronti di

SASSI STRADE S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Vito Agresti, con
il quale è elettivamente domiciliata in Roma, Via dei Banchi Nuovi, n. 58/A;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE, Sez. II, n. 2358 del 15 settembre 2014, resa tra
le parti, concernente l'affidamento di lavori per la realizzazione di un nodo ferroviario;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Brindisi e della Sassi Strade s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2014 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati
Caggiula e Agresti;

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

PREMESSO che:

a) con determina dirigenziale della Provincia di Brindisi n. 781 del 13 giugno 2014 è stata dichiarata inefficace l'aggiudicazione definitiva dell'appalto dei "Lavori di realizzazione di un nodo ferroviario limitatamente all'Ospedale Perrino e alla Cittadella della Ricerca" disposta con la precedente determina n. 571 del 30 aprile 2014 in favore della società Maroccia Costruzioni s.r.l. (seconda classificata nella relativa procedura di gara), nei confronti del cui amministratore unico è emersa l'esistenza di un provvedimento penale definitivo di condanna, non indicato nella dichiarazione ex art. 38. comma 1, lett. c), e comma 2 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, come previsto dalla lettera d'invito alla gara;

b) il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede staccata di Lecce, sez. II, con la sentenza n. 2358 del 15 settembre 2014 ha respinto il ricorso proposto dalla predetta soc. Maroccia Costruzioni s.r.l. per l'annullamento della predetta determina dirigenziale n. 781 del 13 gennaio 2014, oltre che della successiva aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della ditta Sassi Strade s.r.l. (determinazione n. 868 del 9 luglio 2014), nonché per il risarcimento del danno in forma specifica o in subordine di quello per equivalente: la valutazione della gravità del precedente penale, la cui dichiarazione era stata pacificamente omessa, spettava esclusivamente all'amministrazione appaltante; d'altra parte la società ricorrente, per la stessa partecipazione alla gara, aveva sottoscritto il codice etico, che all'art. 2, prevedeva espressamente il dovere di correttezza (nel quale è ricompreso quello di dichiarare la reale situazione dei precedenti giudiziari) e non erano invocabili, *ratione temporis*, le disposizioni di cui al d.l. n. 90 del 2014, convertito con modificazioni nella legge n. 114 del 2014; ciò senza contare che la fattispecie in esame non era suscettibile di sanatoria, non vertendosi in un'ipotesi di irregolarità non essenziale;

c) la società interessata ha chiesto la riforma di tale sentenza alla stregua di un solo motivo di gravame, rubricato "Erroneità e/o falsità dei presupposti in fatto e in diritto. Contraddittorietà e carenza di motivazione. Violazione Codice appalti", sostenendo in sintesi che l'omessa dichiarazione del precedente penale in questione sarebbe in realtà da ascrivere all'utilizzazione del modulo predisposto dall'amministrazione, che prescriveva la dichiarazione solo delle sentenze per reati gravi (ipotesi che non ricorreva nel caso di specie), il che avrebbe imposto all'amministrazione di consentire la regolarizzazione della dichiarazione da considerare solo incompleta, tanto più che in data 13 giugno 2014 era stato dichiarato estinto il reato non dichiarato; ciò del resto sarebbe conforme anche ai principi indicati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 30 luglio 2014, potendo trovare applicazione alla fattispecie in esame le disposizioni di cui al D.L. n. 90 del 2014, vigente al momento dell'emanazione della nota prot. 40044 del 1° luglio 2014, recante il rigetto della richiesta riesame della determinazione n. 781 del 13 giugno 2014;

d) hanno resistito al gravame la Provincia di Brindisi e la società Sassi Strade s.r.l., che ne hanno chiesto il rigetto, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza;

RICORDATO preliminarmente in punto di fatto che è incontestato che l'amministratore unico della società appellante non ha dichiarato in sede di partecipazione alla gara l'esistenza di un decreto penale di condanna, per il quale non era intervenuta la rituale declaratoria di estinzione (sopraggiunta solo successivamente al provvedimento impugnato);

RITENUTO CHE l'appello è infondato, alla stregua dei consolidati principi in tema di dichiarazione dei requisiti per la partecipazione a gare d'appalto (come da ultimo puntualizzati in Cons. St., sez. V, 5 settembre 2014, n. 4528), secondo cui:

e) la valutazione della gravità delle condanne riportate dai concorrenti e la loro incidenza sulla moralità professionale spetta esclusivamente alla stazione appaltante e non già ai concorrenti, i quali sono tenuti ad indicare tutte le condanne riportate, non potendo essi operare alcun filtro, ciò implicando un giudizio meramente soggettivo inconciliabile con la ratio della norma (*ex pluribus*, Cons. St., sez. V, 17 giugno 2014, n. 3092; 24 marzo 2014, n. 1428; 27 gennaio 2014, n. 400; 6 marzo 2013, n. 1378; sez. IV, 22 marzo 2012, n. 1646; 19 febbraio 2009, n. 740);

f) la completezza e la veridicità (sotto il profilo della puntuale indicazione di tutte le condanne riportate) della dichiarazione sostitutiva di notorietà rappresentano lo strumento indispensabile, adeguato e ragionevole, per contemperare i contrapposti interessi in gioco, quello dei concorrenti alla semplificazione e all'economicità del procedimento di gara (a non essere, in particolare, assoggettati ad una serie di adempimenti gravosi, anche sotto il profilo strettamente economico, come la prova documentale di stati e qualità personali, che potrebbero risultare inutili o ininfluenti) e quello pubblico, delle amministrazioni appaltanti, di poter verificare con immediatezza e tempestività se ricorrono ipotesi di condanne per reati gravi che incidono sulla moralità professionale, potendo così evitarsi ritardi e rallentamenti nello svolgimento della procedura ad evidenza pubblica di scelta del contraente, così realizzando quanto più celermente possibile l'interesse pubblico perseguito proprio con la gara di appalto (Cons. St., sez. V, 1378 del 6 marzo 2013; sez. VI, 10 dicembre 2012, n. 6291; sez. III, 17 agosto 2011, n. 4792), così che la sola mancata dichiarazione dei precedenti penali o di anche solo taluno di essi, indipendentemente da ogni giudizio sulla loro gravità, rende legittima l'esclusione dalla gara (Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2012, n. 1646; sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2597);

g) anche in assenza di un'espressa comminatoria nella *lex specialis*, stante la eterointegrazione con la norma di legge, l'inosservanza dell'obbligo di rendere al momento della presentazione della domanda di partecipazione le dovute dichiarazioni previste dall'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 comporta l'esclusione del concorrente, senza che sia consentito alla stazione appaltante disporre la regolarizzazione o l'integrazione, non trattandosi di irregolarità, vizio o dimenticanza di carattere puramente formale (Cons. St., sez. III, 2 luglio 2013, n. 3550; 14 dicembre 2011, n. 6569);

h) in caso di mancata dichiarazione di precedenti penali non può operare il principio del *c.d. falso innocuo*, laddove si

tratti di assenza di dichiarazioni previste dalla legge e dal bando di gara a pena di esclusione (Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6271), con la precisazione che solo se la dichiarazione sia resa sulla base di modelli predisposti dalla stazione appaltante ed il concorrente incorra in errore indotto dalla formulazione ambigua o equivoca del bando non può determinarsi l'esclusione dalla gara per l'incompletezza della dichiarazione resa (Cons. St., sez. III, 4 febbraio 2014, n. 507);

i) quanto all'estinzione del reato (che consente di non dichiarare l'emanazione del relativo provvedimento di condanna), essa sotto il profilo giuridico 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" (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3092; 13 dicembre 2012, n. 6393; 24 marzo 2011, n. 1800);

RILEVATO altresì che, come osservato anche dai primi giudici:

l) l'obbligo in capo ai concorrenti di dichiarare tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali si sia beneficiato della non menzione, discende direttamente dal secondo comma dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 (come sostituito prima dall'art. 4 del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni in legge 12 luglio 2011, n. 106, e poi modificato dall'art. 1 del D.L. 2 marzo 2012, n. 16 convertito in legge 26 aprile 2012, n. 44), il quale esclude dalla dichiarazione sole le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, nonché quelle revocate e quelle per le quali sia stata disposta la riabilitazione;

m) anche alla stregua del citato substrato giurisprudenziale, il modello predisposto dall'amministrazione appaltante, che prevedeva l'obbligo per i concorrenti ovvero per i suoi legali rappresentanti di dichiarare che non fosse stata pronunciata condanna passata in giudicato o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta per reati gravi in danno dello Stato, non può considerarsi idoneo a indurre in errore il dichiarante circa l'effettivo ambito della dichiarazione da rendere, stante la puntuale disposizione normativa di riferimento e spettando solo all'amministrazione la valutazione della gravità dei reati;

n) secondo quanto previsto dal comma 3 dell'art. 39 del d.l. n. 90 del 2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 114 del 2014, le disposizioni di cui ai precedenti commi 1 e 2, sostanzialmente invocate dall'appellante a sostegno della asserita sanabilità dell'omissione contestata, si applicano alle procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge e quindi non sono applicabili all'appalto de qua, la cui procedura è stata avviata nel 2013;

CONSIDERATO in conclusione che l'appello deve essere respinto e che le spese seguono come di norma la soccombenza e sono liquidate in dispositivo;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla società Maroccia Costruzioni s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede staccata di Lecce, sez. II, n. 2358 del 15 settembre 2014, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore della Provincia di Brindisi e della società Sassi Strade s.r.l. delle spese del presente grado di giudizio che si liquidano complessivamente in €. 8.000,00 (ottomila), €. 4.000,00 (quattromila) per ciascuna parte, oltre IVA, CPA ed altri oneri di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2014

IL SEGRETARIO

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