Tar Molise, sezione prima, sentenza n. 259 del 25 luglio 2019

Presentazione dell'offerta – Omessa dichiarazione di reati estinti – Illegittima l'esclusione ai sensi dell'art. 80 co. 3 del Codice

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 Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 96 del 2019, proposto da, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Brescia, via

contro

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui Uffici domicilia in Campobasso, alla via Garibaldi, 124;

nei confronti

..... non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento a firma del Dirigente Scolastico datato 13 febbraio 2019 (prot. Uscita n. 1801 – VI.1.2. del 13 febbraio 2019) di revoca del decreto di aggiudicazione della procedura di affidamento negoziata del servizio di fornitura “Generi Alimentari vari” per l'anno 2019 del 4 gennaio 2019 e di conseguente esclusione dalla procedura di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2019 la dott.ssa Rita Luce e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determina a contrarre del 28 novembre 2018, a firma del Dirigente Scolastico, avviava, ai sensi dell'art. 32 d. lgs. 50/2016, una procedura negoziata per reperire sul mercato un'azienda fornitrice di "prodotti e generi alimentari vari" necessari allo svolgimento delle esercitazioni pratiche di cucina e sala bar per l'anno 2019.

Il bando di gara prevedeva, fra i requisiti di ammissione, l'allegazione all'offerta, pena l'esclusione della gara, della "dichiarazione sostitutiva possesso dei requisiti" di cui all'Allegato 1 al bando stesso; il disciplinare di gara, all'art. 4 riguardante la documentazione amministrativa, prevedeva che "il soggetto candidato dovrà, pena l'esclusione, produrre la documentazione amministrativa indicata nella lettera d'invito 'Requisiti di ammissione'". Da ultimo, il modello di autodichiarazione di cui al predetto Allegato 1 al bando di gara, contemplava la dichiarazione, sotto la propria responsabilità, fra l'altro, del fatto che "i soggetti dotati del potere di rappresentanza del soggetto candidato non hanno riportato condanna, con sentenza passata in giudicato ovvero con sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per qualsiasi reato che incida sulla moralità professionale o per altri diritti finanziari".

La ricorrente presentava la propria offerta tecnico-economica corredata dalla dichiarazione sostitutiva sul possesso dei requisiti di partecipazione, redatta sulla scorta del modello di cui al citato Allegato 1 e resa dal sig., nato a Castelfidardo (AN) e residente a Numana (AN); più nel dettaglio, il sig., nella qualità di procuratore della società, dichiarava che i soggetti dotati di potere di rappresentanza della società, non avevano riportato condanne penali e che il legale rappresentante della società era il sig.

Con decreto del 4 gennaio 2019 n. 0000042, quindi, la ricorrente si vedeva aggiudicata la gara.

Tuttavia, la stazione appaltante, il 13 febbraio 2019, con il provvedimento qui impugnato, perveniva alla revoca dell'aggiudicazione in forza di quanto previsto dall'art. 80, comma 5, lett. c) e lett. f bis) del d. lgs.50/2016 e ciò in quanto, dal certificato del casellario giudiziale reperito presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Larino risultava che il sig....., aveva riportato le seguenti condanne penali: a) sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti della Pretura di Milano in data 19 maggio 1999, irrevocabile in data 12 giugno 1999 per il reato p.e p. dall'art. 355 comma 3 c.p., reato dichiarato estinto ai sensi dell'art. 445 comma 2 c.p.p. in data 23 marzo 2007 dal Tribunale di Milano; b) sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti del G.I.P. del Tribunale di Milano in data 30 aprile 2004 per i reati p.e p. dagli artt. 319 e 321 c.p., irrevocabile in data 5 ottobre 2005, reato dichiarato estinto in data 29 ottobre 2010 ai sensi dell'art. 445, comma 2, c.p.p. dal G.I.P. del Tribunale di Milano.

Con nota del 27 febbraio 2019 la ricorrente evidenziava come le citate sentenze si riferivano a fatti risalenti nel tempo e che, comunque, entrambi i reati erano stati dichiarati estinti; ciò malgrado, con nota del 28 febbraio 2019, l'Amministrazione ribadiva il provvedimento di revoca per le motivazioni in esso già espresse.

La ricorrente ha impugnato i sopra citati provvedimenti per violazione e falsa applicazione degli artt. 80, 83 e 85 del D.Lgs n. 50/16, delle Linee Guida Anac n. 6, del Regolamento di Esecuzione (Ue) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016 e delle Linee Guida per la compilazione del Modello di Formulario di DGUE adottate dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, per eccesso di potere sotto vari profili, deducendo, in sostanza, che il fatto che i reati fossero stati dichiarati estinti la esonerava dalla relativa dichiarazione in sede di presentazione dell'offerta, tenuto anche conto che il bando di gara non prescriveva, a pena di esclusione, l'obbligo di dichiarare i precedenti penali estinti. In tal senso deporrebbe non solo il chiaro disposto normativo di cui all'art. 80 comma 3 del Codice dei Contratti, secondo cui l'esclusione dalla gara non opera quando "è intervenuta la riabilitazione o ancora quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna o in caso di revoca della condanna medesima" ma anche la determina n. 1 del 12 gennaio 2010 ove l'ANAC ha chiarito che "l'effetto ostativo dei reati considerati nella disposizione viene meno a seguito delle pronunce di riabilitazione e di estinzione", nonché il preminente principio di massima apertura concorrenziale nelle procedure di gara ed il tenore letterale del modello formulario di DGUE cui rinvia l'art. 85 del Codice dei contratti, il quale non reca in alcun punto la necessità di indicare anche i reati estinti. In buona sostanza, il potere discrezionale attribuito alla stazione appaltante dall'art 80 lett. c) a presidio dell'esigenza di verificare l'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico, non potrebbe spingersi sino a comprendere la valutazione di fatti oggetto di reati dichiarati estinti ed irrilevanti ai sensi dell'art. 80 comma 3. Parimenti le Linee Guida n. 6 non conterebbero in alcun punto l'espresso dovere di indicare la sussistenza di precedenti per reati dichiarati estinti, limitandosi a fare riferimento, come già sopra ricordato, alla necessità che la dichiarazione sostitutiva abbia 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”: una formulazione a cui, ancora una volta, non potrebbe essere data una lettura contraddittoria e contrastante con il sopra citato comma 3.

Si è costituito in giudizio ribadendo la correttezza del proprio operato atteso che l’esistenza di condanne penali non dichiarate, seppur afferenti a reati estinti, costituiva, nella specie, una condotta omissiva e reticente in grado di compromettere l’affidabilità riposta nell’operatore economico e giustificare la revoca dell’aggiudicazione già disposta. La ragione della disposta revoca, infatti, non sarebbe da individuarsi nella esistenza delle sopra indicate sentenze di condanna ma nella avvenuta percezione, da parte della stazione appaltante, di una dichiarazione reticente, falsa e incompleta e quindi inaffidabile, avendo la ricorrente espressamente dichiarato, in sede di presentazione dell’offerta, che *“i soggetti i soggetti dotati di potere di rappresentanza del soggetto candidato non hanno riportato condanna, con sentenza passata in giudicato ovvero con sentenza di applicazione della pena richiesta ai sensi dell’art. 444 del codice di procedura penale, per qualsiasi reato che incida sulla moralità professionale o per delitti finanziari ...”*. La valutazione circa la sussistenza dei gravi illeciti professionali rilevanti ai fini dell’esclusione dalla gara sarebbe, poi, interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, chiamata ad analizzare in concreto l’incidenza dei singoli fatti indicati dall’operatore economico, cosicché la stessa dovrebbe sempre essere posta nella condizione di conoscere tutti i comportamenti astrattamente idonei ad integrare la causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, che devono essere pertanto indicati in sede di dichiarazione. In conclusione, l’omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le condanne penali eventualmente riportate, anche se attinenti a reati diversi da quelli contemplati nell’art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs n. 50 del 2016, ne comporterebbe senz’altro l’esclusione dalla gara, essendo impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità.

Le parti costituite depositavano ulteriori memorie difensive; all'udienza pubblica del 5 giugno 2019 la causa veniva trattenuta in decisione.

Il ricorso è fondato per le considerazioni che seguono.

Nel caso in esame, l'Amministrazione ha revocato l'aggiudicazione della gara, già disposta in favore della società ricorrente, una volta appurato, come da risultanze del certificato del casellario giudiziale reperito presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Larino, che il sig., legale rappresentante della società, aveva riportato due condanne penali per reati successivamente dichiarati estinti delle quali non aveva fatto alcuna menzione in sede di partecipazione alla gara.

L'Amministrazione ha, quindi, ritenuto che la mancata dichiarazione di tali precedenti penali, anche se relativi a condanne espressamente dichiarate estinte dal Tribunale, integrasse una condotta omissiva e reticente, idonea a far venir meno il rapporto fiduciario che deve intercorrere tra parti contrattuali e a compromettere la fiducia riposta nell'affidabilità dell'operatore economico.

L'assunto non può essere condiviso.

Ed invero, se pure il nuovo codice non riproduce la previsione contenuta nell'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che, ai fini degli obblighi dichiarativi dei reati incidenti sulla moralità professionale, precisava 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» (art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163/2006), è anche vero che esso non contiene un'espressa imposizione di una dichiarazione generalizzata estesa a questi ultimi. Al contrario, l'art. 80 comma 3 del vigente Codice dei Contratti prevede espressamente, all'ultimo periodo, che l'esclusione dalla gara per uno dei reati previsti dal comma 1 non può essere disposta allorché sia intervenuta la dichiarazione della loro estinzione: l'effetto estintivo del fatto di reato in tali evenienze, cioè, priva di per sé e per espressa disposizione normativa, la stazione

appaltante del potere di apprezzarne la relativa incidenza ai fini partecipativi (Cons. Stato, V, 25 febbraio 2016, n. 761; VI, 3 settembre 2013, n. 4392).

Se ciò è vero, allora deve anche ritenersi che l'operatore economico non sia tenuto a dichiarare, in sede di gara, l'esistenza di condanne penali afferenti a reati dichiarati estinti e ciò in quanto si tratta di condanne che, comunque, la stazione appaltante - per espressa previsione normativa - non potrebbe giammai prendere in considerazione ai fini della comminatoria della esclusione del concorrente dalla gara e /o, come nel caso che ci occupa, della revoca della aggiudicazione, ove già disposta. Una omessa dichiarazione in tal senso non potrebbe nemmeno costituire grave illecito professionale (art. 80 comma 5 lett. c) o omissione di informazione dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione (art. 80 comma 5 lett c ter) né tanto meno dichiarazione non veritiera (art. 80 comma 5 lett. f bis) da parte dell'operatore economico non sussistendo, per le ragioni sopra indicate, alcun obbligo dichiarativo di tale tenore.

In conclusione, deve ritenersi che l'obbligo dichiarativo, la cui omissione potrebbe porre in dubbio l'affidabilità o l'integrità dell'operatore economico, non può essere esteso a tal punto da ricomprendere anche i precedenti penali che siano stati espressamente dichiarati estinti e ciò in quanto la legge stessa li qualifica come non idonei a giustificare l'esclusione del concorrente dalla gara; non può non rilevarsi, poi, come, nel caso di specie, la *lex specialis* non abbia previsto alcun obbligo in tal senso.

Ciò avvalorata la conclusione che, tuttora, non occorra dichiarare in sede di gara le situazioni che, per espressa previsione legislativa, più non rilevano ai fini dell'affidabilità e dell'integrità morale del concorrente.

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 (cfr T.A.R Napoli, sent. n. 3518/16).

Per quanto dedotto, il ricorso va accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Deve, invece, respingersi la domanda volta alla declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con la società MARR spa, pure proposta in sede di ricorso, in quanto la ricorrente non ha dato prova della avvenuta stipulazione del suddetto contratto.

Le spese di lite seguono la soccombenza nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna " al pagamento delle spese processuali in favore della società ricorrente nella misura di euro 2000,00 (duemila/00) oltre accessori di legge unitamente alla refusione del contributo unificato nella misura di quanto versato.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Rita Luce, Primo Referendario, Estensore

Silvio Giancaspro, Referendario

L'ESTENSORE
Rita Luce

IL PRESIDENTE
Silvio Ignazio Silvestri

IL SEGRETARIO