

La valutazione dell'incidenza della gravità del reato sulla moralità professionale della concorrente, ai fini di un'eventuale esclusione dalla gara, spetta esclusivamente alla stazione appaltante

di Rita Maiolo

Data di pubblicazione: 14-7-2016

Il tenore testuale della dichiarazione sostitutiva di certificazione, così come predisposta dall'Amministrazione, nel fare riferimento alle sentenze di condanna passate in giudicato, a decreti penali di condanna divenuti irrevocabili e sentenze di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. "per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale", è idoneo ad indurre in errore la concorrente in ordine alle circostanze da dichiarare.

Orbene, posto che si tratta di una ipotesi di omessa e non di falsa dichiarazione, il Collegio rileva che, per poter procedere all'esclusione di una concorrente, è necessario accertare, in un'ottica sostanzialista, l'effettiva mancanza in capo alla stessa del requisito di ordine generale; tuttavia, per poter stabilire se l'omissione in questione riguardi o meno una condanna grave e, in quanto tale, incidente sulla moralità professionale (determinando così il venir meno il requisito suddetto), la stazione appaltante avrebbe dovuto effettuare la specifica valutazione discrezionale solo ad essa spettante, circostanza che, non essendosi verificata, rende illegittimo il suo operato. (1)

(1) Conforme Consiglio di Stato, sez. IV, 11 luglio 2016, n. 3070; Tar Sicilia Catania Sez. I, 10 aprile 2014, n. 1059. In senso contrario Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 aprile 2014, n. 1771.

Guida alla lettura

La sentenza sopra riportata affronta una annosa problematica relativa all'**interpretazione delle cause di esclusione dei concorrenti dalle gare pubbliche**. Sul punto, le argomentazioni del Tar hanno il pregio di condividere e ribadire un **approccio sostanzialistico** alla questione, nel senso che, ai fini di un'eventuale estromissione, **non è sufficiente la mera omissione della dichiarazione circa precedenti condanne penali**

imputabili all'impresa.

Invero, ciò che **occorre accertare è che il reato non dichiarato presenti delle caratteristiche di reale gravità, idonee ad incidere negativamente sulla moralità professionale dell'operatore economico**, ai fini sia della partecipazione che della futura aggiudicazione. Solo in presenza di questi presupposti, **la decisione dell'esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica è da ritenersi legittima, poiché viene a mancare un requisito di ordine generale (ex art. 38 D. Lgs. n. 163/2006).**

Ciò chiarito, il Giudice territoriale effettua poi un passaggio ulteriore relativamente ai **compiti spettanti** in proposito **esclusivamente alla stazione appaltante**. Nel dettaglio, **la valutazione in merito alla gravità del reato non dichiarato**, suscettibile di determinare l'estromissione dalla procedura di affidamento, **spetta unicamente all'amministrazione aggiudicatrice**, la quale, nei documenti di gara, deve indicare in maniera chiara tutti gli adempimenti che i concorrenti devono compiere ai fini della regolare partecipazione.

Orbene, nella fattispecie oggetto di giudizio, il Collegio ha riscontrato che **il tenore testuale della dichiarazione sostitutiva di certificazione** - da presentare unitamente all'istanza di partecipazione alla gara - così come predisposta dall'Amministrazione, laddove faceva riferimento alle sentenze di condanna passate in giudicato, a decreti penali di condanna divenuti irrevocabili e sentenze di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. "*per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale*", **era fuorviante e, quindi, idoneo ad indurre in errore la concorrente in ordine alle circostanze da dichiarare**. Per tale motivo, **la stazione appaltante avrebbe dovuto effettuare la specifica valutazione ad essa solo spettante**, rispetto alla quale, peraltro, non è ammesso un sindacato sostitutivo del Giudice all'Amministrazione.

Dunque, per poter procedere all'esclusione dell'impresa partecipante, **la P.A. avrebbe dovuto riscontrare, sempre nel rispetto della sopra ricordata ottica sostanzialistica, l'effettiva mancanza in capo alla stessa del requisito generale di partecipazione, derivante dalla condanna non dichiarata** (nella specie 4000 € di ammenda a carico dell'amministratore della concorrente per deposito di rifiuti speciali non pericolosi non autorizzato). Tuttavia, per giungere a questa conclusione, **è essenziale la valutazione discrezionale della stazione appaltante, circostanza che nella fattispecie è però mancata**. Pertanto, il Giudice di prime cure ha ritenuto illegittimo sotto questo profilo l'operato dell'Amministrazione, nella misura in cui essa ha ritenuto di non doversi esprimere né sulla gravità del reato commesso né sull'incidenza dello stesso sulla moralità professionale della ricorrente, affermando anzi espressamente di poter prescindere da ogni valutazione al riguardo.

In chiusura, si segnala che **l'attuale Codice dei Contratti pubblici, D. Lgs. n. 50/2016, ha trasfuso il contenuto del vecchio art. 38** (che oggi disciplina le qualificazioni delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza), nel disposto di cui **all'art. 80, rubricato "motivi di esclusione"**.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia****(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 442 del 2016, proposto da:

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Lavatelli C.F. LVTMRA54L09D416Z, Vincenzo Latorraca C.F. LTRVCN66M04B639C e Micaela Chiesa C.F. CHSMCL63H41F205K, con domicilio eletto presso quest'ultima in Milano, Corso di Porta Vittoria, n. 47

contro

Consorzio Parco del Lura, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Pietro Ferraris C.F. FRRPTR67B25B885G ed Enzo Robaldo C.F. RBLNZE63S26A124H, con domicilio eletto presso il secondo in Milano, Piazza Eleonora Duse, n. 4

nei confronti di

Puricelli Ambiente Verde S.r.l., non costituita in giudizio

per l'annullamento:

- del provvedimento del Consorzio Parco del Lura, prot. 70/2016/4.5.79, di esclusione e revoca dell'aggiudicazione provvisoria dei lavori per la realizzazione di "*Interventi inerenti la valorizzazione della valle del torrente Livescia con interventi di riqualificazione fluviale integrata e multisettoriale*";

- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale;

nonché per la condanna del Consorzio del Parco del Lura alla reintegrazione in forma specifica (con il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto) e, in ogni caso, al risarcimento del danno ingiusto, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato

nelle more.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Parco del Lura;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2016 il dott. Oscar Marongiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente, premesso di aver partecipato alla gara per l'affidamento di lavori per la realizzazione di interventi inerenti la valorizzazione della valle del torrente Livescia con interventi di riqualificazione fluviale integrata e multisettoriale, indetta dal Consorzio Parco del Lura, risultando aggiudicataria provvisoria, ha impugnato il provvedimento con il quale il Consorzio ha disposto nei suoi confronti l'esclusione e la revoca dell'aggiudicazione provvisoria, deducendone l'illegittimità per i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006; violazione della *lex specialis* (lettera d'invito); violazione del principio della massima partecipazione;

3) in via gradata: violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163/2006 e del principio del soccorso istruttorio; violazione della *lex specialis*;

4) eccesso di potere per omessa valutazione in ordine al requisito della moralità professionale; violazione dell'art. 3 della l. n. 241/90: carenza di motivazione.

Si è costituito il Consorzio intimato, chiedendo la reiezione del ricorso.

Alla Camera di Consiglio del giorno 9 marzo 2016 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare e il Consiglio di Stato, alla camera di consiglio del 9 giugno 2016, ha respinto l'appello cautelare.

Alla pubblica udienza del giorno 22 giugno 2016 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Il ricorso è fondato; di seguito le motivazioni della sentenza, rese nella forma redazionale semplificata di cui all'art. 74 c.p.a.

2.1. L'esclusione della ricorrente dalla gara si fonda sulla omessa indicazione di una condanna a 4000 € di ammenda a carico di -OMISSIS-, amministratore dell'interessata, divenuta definitiva il 22.10.2015 a seguito della pronuncia della Corte di Cassazione, per deposito di rifiuti speciali non pericolosi non autorizzato.

La circostanza in fatto dell'omissione *de qua* da parte della ricorrente, nella dichiarazione ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 ai fini della partecipazione alla gara, è indiscutibile e non contestata.

In particolare, la motivazione dell'esclusione indica l'omissione come causa di per sé di esclusione, a prescindere dalla valutazione della gravità e incidenza del reato sulla moralità professionale della concorrente, richiamando un orientamento giurisprudenziale che si è espresso in tal senso.

2.2. Come già rilevato dalla Sezione nella fase cautelare, il tenore testuale della dichiarazione sostitutiva di certificazione di cui all'allegato B alla lettera d'invito, da presentare unitamente all'istanza di partecipazione alla gara, così come predisposta dall'Amministrazione, nel fare riferimento, al n. 1), alle sentenze di condanna passate in giudicato, a decreti penali di condanna divenuti irrevocabili e sentenze di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. "*per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale*", è idoneo ad indurre in errore la concorrente in ordine alla circostanza da dichiarare; in quest'ottica, il fatto che la ricorrente abbia dichiarato l'assenza di condanne per reati gravi pur in presenza della sentenza *de qua* (condanna per deposito di rifiuti non pericolosi senza autorizzazione), non appare riconducibile ad una ipotesi di falsa dichiarazione quanto piuttosto ad una ipotesi di omessa dichiarazione, posto che, per poter stabilire se l'omissione in questione riguardi o meno una condanna grave e incidente sulla moralità professionale, la stazione appaltante avrebbe dovuto effettuare la specifica valutazione ad essa solo spettante, in ordine alla quale, peraltro, questo giudice non può sostituirsi all'Amministrazione.

Sul punto, il Collegio rileva che, per poter procedere all'esclusione di una concorrente, è necessario accertare, in un'ottica sostanzialista, l'effettiva mancanza in capo alla stessa del requisito di ordine generale (o l'inosservanza da parte della medesima concorrente dell'obbligo di integrazione documentale, qualora tale adempimento sia stato richiesto).

Nella fattispecie, occorre quindi chiedersi se la condanna riportata dal sig. -OMISSIS- implichi o meno carenza in capo alla ricorrente del requisito generale di partecipazione, ma a tal fine risulta necessaria la valutazione discrezionale ad opera della stazione appaltante (che, come visto, è stata omessa).

L'operato del Consorzio, sotto questo profilo, è illegittimo, nella misura in cui l'Ente ha ritenuto di non doversi esprimere sulla gravità del reato commesso e sull'incidenza dello stesso sulla moralità professionale della ricorrente, affermando anzi espressamente di poter

prescindere da ogni valutazione al riguardo.

2.3. In definitiva, il ricorso è fondato e va accolto, con il conseguente annullamento del provvedimento impugnato e l'obbligo per la stazione appaltante di riprendere il procedimento di gara dalla fase immediatamente precedente all'adozione del provvedimento impugnato, alla luce dei rilievi sopra esposti; in questi termini può definirsi accolta anche la richiesta di reintegrazione in forma specifica formulata dalla ricorrente.

2.4. Le spese del giudizio seguono la regola della soccombenza, come di norma, e sono liquidate in dispositivo a favore della ricorrente; nulla per la parte non costituita.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei termini di cui in motivazione e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Consorzio resistente alla rifusione in favore della ricorrente delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori come per legge e rimborso del contributo unificato, ove versato.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1, del d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare -OMISSIS-.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere

Oscar Marongiu, Referendario, Estensore