

Omessa dichiarazione del dispositivo di condanna penale.

di Roberto Manservigi

Data di pubblicazione: 28-7-2018

1. Il concorrente è tenuto a dichiarare l'esistenza di un dispositivo di condanna penale per corruzione, anche quando non è stata ancora depositata la motivazione della sentenza, per non incorrere nell'esclusione dalla procedura in applicazione dell'art. 80, co. 5, lett. c), del d.lgs. 50/2016.

Guida alla lettura

La sentenza breve in esame tocca un profilo su cui, come si legge, non constano precedenti in termini, vale a dire se la mancata dichiarazione dell'esistenza di un dispositivo di condanna penale per corruzione, prima ancora che sia stata depositata la motivazione della relativa sentenza, rientri tra le condotte che conducono all'esclusione del concorrente, ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c) del d. lgs. n. 80/2016. E' bene premettere che nella vicenda di cui si parla lo stesso dispositivo di condanna in questione aveva riguardato anche un amministratore della società ricorrente, che di tale circostanza, tuttavia, aveva fatto espressa menzione nella propria dichiarazione di inesistenza di cause ostative alla partecipazione alla gara.

Il T.A.R., applicando alla fattispecie anche quanto affermato dalle Linee Guida dell'ANAC n. 6/2016, sottolinea la sussistenza dell'obbligo in capo a colui che partecipa ad una gara per l'assegnazione di un contratto pubblico di segnalare qualunque fatto ipoteticamente rilevante rispetto al giudizio di affidabilità che compete alla stazione appaltante, anche se riferito a fatti privi di diretta connessione con la cattiva esecuzione degli appalti ovvero a condotte di per sé inidonee a determinare l'esclusione. In quest'ottica, pertanto, non rileva la natura di mero dispositivo della sentenza di condanna in questione, del quale il concorrente era tenuto a dare evidenza comunque, permettendo alla stazione appaltante di effettuarne il vaglio, trattandosi di imputazioni facilmente individuabili.

La sentenza, ancora, colloca il *dies a quo* per il termine di impugnazione in quello della comunicazione della delibera di ammissione del concorrente reticente, sottolineando che prima di esso ogni ricorso sarebbe stato inammissibile per carenza di interesse.

Un cenno merita anche l'affermazione finale del T.A.R. per cui le condizioni di particolare limitatezza della concorrenza nel segmento merceologico oggetto dell'appalto non possono tradursi in ragioni di opportunità sufficienti a giustificare l'ammissione alla procedura del concorrente quando si accerti, come in questo caso, che non ha reso una dichiarazione completa.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 351 del 2018, proposto da:

Cid S.p.A, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Nico Moravia, Daniele Carminati, Marco Giustiniani, Tommaso Filippo Massari, con domicilio eletto presso lo studio Maria Pia Bianchi in Bologna, via S. Stefano, 16;

contro

Intercent-Er Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Telematici, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Carullo, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, Strada Maggiore 47;

nei confronti

Boston Scientific S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Simone Uliana, con domicilio eletto presso il suo studio in Giustizia, Pec Registri;

per l'annullamento

a) del provvedimento n. 106 del 6 aprile 2018 nella parte in cui Intercent-ER ha disposto l'ammissione di Boston Scientific S.p.A. alla procedura di gara "per la fornitura di stent vascolari periferici per le regioni Emilia-Romagna, Lazio e Sardegna" (indetta tramite det. n. 381 del 13 dicembre 2017), comunicato alla ricorrente in pari data tramite pec;

b) in parte qua, di tutti i verbali della procedura (sia delle sedute private che pubbliche), nella parte in cui è stata ammessa alla procedura di gara Boston Scientific S.p.A., ivi inclusi i verbali delle sedute di gara dell'8 febbraio 2018, ancorché ancora non conosciuto;

c) ove occorrer possa, in parte qua, del Bando di Gara, del Disciplinare di Gara, del Capitolato tecnico, delle Linee guida per la compilazione del DGUE, qualora dovessero essere interpretati nel senso di consentire agli operatori economici partecipanti alla procedura di omettere di indicare, tra i gravi illeciti professionali, le sentenze penali di condanna subite dall'impresa e di compiere così un filtro nell'individuazione dei precedenti penali tramite una valutazione della loro rilevanza ai fini dell'ammissione alla procedura di gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Intercent-Er Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Telematici e di Boston Scientific S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2018 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori Nico Moravia, Antonio Carullo e Simone Uliana;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha partecipato alla gara avente ad oggetto la fornitura *“di stent vascolari periferici per le regioni Emilia-Romagna, Lazio e Sardegna”* divisa in 48 lotti in relazione ai lotti 2 - 3 - 4 - 9 - 18 - 19 - 20 - 25 - 34 - 35 - 36 - 41.

Per tale appalto ha presentato domanda anche la controinteressata che secondo la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa per aver omesso di dichiarare in fase di partecipazione l'esistenza di una condanna penale per corruzione a proprio carico emessa dal Tribunale di Modena il 10 novembre 2017.

Si tratta di una vicenda penale che ha interessato sia la ricorrente che la controinteressata oltre ad altra società che ha partecipato alla gara.

Ma, mentre quest'ultima e la ricorrente hanno fatto presente alla Stazione Appaltante l'esistenza della condanna, seppure ancora nella sola forma del dispositivo letto in udienza non essendo state depositate le motivazioni, la controinteressata non ha fatto nessun riferimento alla vicenda.

La condanna in questione ha riguardato una serie di operatori economici attivi nel settore delle forniture mediche alle Pubbliche Amministrazioni e le singole società per il dipendente illecito amministrativo ai sensi del D.lgs. 231/2001.

Quando, Intercent ha fissato la prima seduta pubblica della Commissione di gara, al fine di verificare la regolarità documentale e la sussistenza dei requisiti dichiarati dalle imprese offerenti, a causa della sentenza penale dichiarata, la Stazione appaltante ha ammesso con riserva le due società, ponendo ad entrambi una serie di quesiti e richieste di chiarimenti.

Successivamente la ricorrente ha presentato un'istanza a Intercent per segnalare che anche la controinteressata era stata condannata con la medesima sentenza penale da essa

segnalata chiedendone l'esclusione per omessa e perciò falsa dichiarazione.

Intercent ha avviato nei confronti della controinteressata un procedimento di verifica sull'incidenza della condanna penale, al pari di chi aveva presentato autonomamente la relativa dichiarazione secondo quanto previsto dalla normativa vigente e poi l'aveva ammessa alla gara.

Nell'unico motivo di ricorso si denuncia l'illegittimità di tale ammissione per omessa dichiarazione del precedente penale da parte di Boston Scientific, avendo applicato in modo illegittimo l'art. 80, comma 5 lett. C), D.lgs. 50/2016.

Secondo un pacifico orientamento giurisprudenziale, l'operatore economico che intenda partecipare ad una gara pubblica non può effettuare alcun filtro in merito alle proprie condanne, essendo tenuto a rappresentare lealmente tutti gli elementi rilevanti, ancorché negativi, alla stazione appaltante. La dichiarazione deve essere sempre omnicomprensiva ed esauriente. In caso contrario, non è veritiera e conduce ad una autonoma causa di esclusione.

In base alle Linee Guida n. 6/2016 di ANAC: *“Le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare all’Autorità, ai fini dell’iscrizione nel Casellario informatico di cui all’art. 213, comma 10, del Codice i provvedimenti dalle stesse adottati e i provvedimenti emessi in sede giudiziale con riferimento ai contratti dalle stesse affidati idonei a incidere sull’integrità e l’affidabilità dei concorrenti. L’inadempimento dell’obbligo di comunicazione comporta l’applicazione delle sanzioni previste dall’art. 213, comma 13, del Codice. Gli operatori economici, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, sono tenuti a dichiarare, mediante utilizzo del modello DGUE, tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità”*.

Si costituivano in giudizio sia l'Amministrazione resistente che la controinteressata che eccepivano entrambe il difetto di interesse in relazione a tutti i lotti per cui la ricorrente, diversamente dalla controinteressata, non aveva presentato domanda di partecipazione.

La controinteressata aggiungeva un'eccezione di inammissibilità per tardiva impugnazione del provvedimento di ammissione poiché la ricorrente era in grado di valutare fin dalla seduta del 8.2.2018 l'esistenza del motivo sulla base del quale ha chiesto l'esclusione.

La prima eccezione è fondata ma in qualche modo irrilevante poiché, come affermato anche dal difensore della ricorrente nella discussione orale, l'interesse all'esclusione riguarda solo i lotti dove è stata presentata domanda da CID.

La seconda eccezione è infondata in quanto il momento in cui inizia a decorrere il termine per presentare il ricorso è quello della comunicazione della delibera di ammissione cioè dell'atto impugnato e non rileva il fatto che la ricorrente conoscesse già in precedenza l'esistenza dell'omissione da parte della controinteressata; CID ha, infatti, aspettato di vedere se la sua segnalazione avrebbe portato all'esclusione della Boston Scientific e fin quando non ha conosciuto la decisione della Stazione Appaltante ogni ricorso sarebbe stato prematuro e da dichiarare inammissibile per carenza di interesse.

La questione posta dalla vicenda in esame consiste nel valutare se l'omessa comunicazione dell'esistenza di un dispositivo di una condanna penale per corruzione, prima ancora che venga depositata la motivazione della sentenza costituisce una di quelle omissioni rilevanti da cui per consolidato orientamento giurisprudenziale deve derivare l'esclusione di chi ha reso una dichiarazione reticente.

Si tratta di un caso particolare su cui non esistono precedenti in termini e pertanto sarà necessario fare un'attenta ricostruzione del quadro normativo.

Lo scopo della dichiarazione che il partecipante ad una gara deve fare circa l'esistenza di elementi negativi a suo carico è quello di consentire alla stazione appaltante di compiere le verifiche necessarie per adottare il provvedimento di cui all'art. 80, comma 5 lett. C), D.lgs. 50/2016: *“c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;”*.

L'obbligo di dichiarare fatti che la Commissione di gara e la Stazione Appaltante devono valutare per stabilire o meno se si debba procedere ad esclusione ex art. 80, comma 5 lett. C), D.lgs. 50/2016 è previsto dall'art. 85 che descrive i contenuti del Documento di gara unico europeo tra i quali la dichiarazione che l'operatore economico non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80.

Le Linee guida nr. 6/2016 nell'ultima versione aggiornata prevedono che: *“Gli operatori economici, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, sono tenuti a dichiarare, mediante utilizzo del modello DGUE, tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità”*.

E' evidente, pertanto, che colui che partecipa ad una gara per l'assegnazione di un appalto pubblico deve segnalare qualunque fatto anche solo ipoteticamente rilevante rispetto al giudizio di affidabilità che compete alla Stazione appaltante e che per questo deve discriminare i fatti segnalati rilevanti da quelli che non lo, sono dovendo motivare in caso di presenza di elementi critici sia l'ammissione che l'esclusione del concorrente.

L'Amministrazione resistente e la controinteressata sostengono l'irrilevanza dell'omissione contestata alla Boston Scientific perché il dispositivo della sentenza di condanna riguardava fatti che non avevano una diretta connessione con la cattiva esecuzione di appalti; la Boston Scientific invoca l'esimente di essere stata indotta in errore dalla mancanza di un obbligo stringente imposto dal bando e dalla formulazione ambigua od equivoca del modello allegato.

Il Collegio ritiene che tali argomentazioni non colgano nel segno: la prima in quanto ritiene innocua l'omissione per il fatto che la vicenda non segnalata non era comunque idonea a determinare l'esclusione, mentre la questione in gioco l'obbligo di comunicare qualunque elemento anche astrattamente rilevante con giudizio ex ante e non ex post; la seconda perché si tratta di un obbligo rispetto al quale vige un principio di eterointegrazione del bando laddove sia lacunoso sul punto.

Infine il Collegio non ravvisa l'esistenza dei presupposti per sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea: il fatto che la corruzione non rientri tra i reati che secondo l'art. 80, commi 1 e 2, D.lgs. 50/2016 comportano l'esclusione automatica dalla gara non significa che non sia un fatto rilevante secondo l'ampia formulazione del comma 5 della norma soprariportato.

Il fatto che il bando non prevedesse espressamente di riportare l'indicazione omessa non è rilevante poiché si tratta di obbligo che nasce dalla legge e la cui ampiezza è stata indicata dalle Linee guida prima richiamate che costituiscono fonte integrativa secondo la disciplina degli appalti inaugurata dal D.lgs. 50/2016. Infine il fatto che si trattasse di un mero dispositivo non impediva comunque di effettuare un vaglio dal momento che almeno le imputazioni per cui vi era stata condanna erano individuabili.

Il Collegio si rende conto delle ragioni che hanno spinto l'Amministrazione a non censurare l'omissione contestata per non ridurre la concorrenza già molto limitata dalla specificità del materiale sanitario da fornire, ma non può fondare la sua decisione su ragioni di opportunità perché verrebbe meno al suo compito.

Il ricorso va accolto con annullamento della delibera impugnata nella parte in cui ammette alla gara, nei lotti per cui la ricorrente ha presentato domanda, la Boston Scientific.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato nei limiti di cui in motivazione.

Condanna Intercent e Boston Scientific a rifondere le spese di giudizio che liquida in € 3.000 oltre accessori per ciascuna di esse ed alla restituzione del contributo unificato ove versato in solido tra loro.

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