

Publicato il 12/10/2016

N. 04219/2016REG.PROV.COLL.
N. 01848/2016 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

*sul ricorso numero di registro generale 1848 del 2016, proposto da:
Città Metropolitana di Roma Capitale, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanna Albanese,
domiciliata in Roma, via IV Novembre, n. 119/A;*

contro

*Toce Domenico & C. s.a.s., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dall'avvocato Claudio Mazzoni, con domicilio eletto
presso il suo studio, in Roma, via Taro, n. 35;*

nei confronti di

*Roma Capitale, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata
e difesa dall'avv. Luigi D'Ottavi, domiciliata in Roma, via del Tempio di
Giove, n. 21;*

*Della Nova Roberto s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non
costituita in giudizio.*

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio - Roma, Sezione II, n. 00798/2016, resa tra le parti, concernente aggiudicazione lavori di manutenzione straordinaria per la messa in sicurezza di alcune strade.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Toce Domenico & C. s.a.s. e di Roma Capitale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2016 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Sabrina Barra, in dichiarata delega dell'avvocato Giovanna Albanese e Claudio Mazzoni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Città Metropolitana di Roma Capitale ha bandito una gara per l'aggiudicazione dei lavori di manutenzione straordinaria per la messa in sicurezza di alcune strade.

Alla selezione ha, tra l'altro, partecipato la Toce Domenico & C. s.a.s. la quale, però, ne è stata esclusa per l'omessa dichiarazione, da parte del suo legale rappresentante, della condanna subita per il reato di "Abusiva occupazione di spazio demaniale" di cui all'art. 1161 cod. nav..

Avverso l'esclusione la società ha proposto ricorso al TAR Lazio - Roma, il quale, con sentenza 22/1/2016, n. 798, lo ha accolto, ritenendo che nel caso di specie non potesse configurarsi un caso di falsa dichiarazione, sanzionabile con l'esclusione, ma solo un'ipotesi di omessa dichiarazione (peraltro determinata dalle concrete modalità di compilazione dei moduli su cui redigere la domanda di partecipazione predisposti dalla stessa stazione appaltante) di una condanna per reato che non precludeva l'ammissione alla gara, sanabile attraverso il soccorso istruttorio.

Avverso la sentenza, siccome erronea e ingiusta, ha proposto appello la Citta Metropolitana di Roma Capitale che ne ha chiesto l'annullamento.

Per resistere all'impugnazione si sono costituite in giudizio la Toce Domenico & C. s.a.s. e Roma Capitale.

Con ulteriori memorie sia l'appellante sia la Toce Domenico & C. s.a.s. hanno meglio illustrato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 29/9/2016, la causa è passata in decisione.

E' fondata la censura con cui l'appellante deduce che il giudice di prime cure, ritenendo sanabile l'omessa dichiarazione, da parte del legale rappresentante della Toce Domenico & C. s.a.s., in ordine alle condanne penali riportate, avrebbe male interpretato l'art. 38 del D. Lgs. 12/4/2006 n. 163.

Per quanto qui rileva il menzionato articolo 38 al comma 1, lett. c), dispone: "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: omissis

c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o

del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima”.

Il successivo comma 2 del medesimo articolo, il quale introduce un vincolo dichiarativo ex lege che integra automaticamente eventuali carenze della disciplina di gara (Cons. Stato, A.P. 7/6/2012, n. 21), stabilisce poi: “Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, nè le condanne revocate, nè quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione”.

Orbene, dal combinato disposto delle due trascritte disposizioni si ricava che nelle procedure ad evidenza pubblica preordinate all'affidamento di un appalto pubblico, 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), ne comporta senz'altro l'esclusione dalla gara, essendo impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità (cfr., fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 27/7/2016 n. 3402;

29/4/2016 n. 1641; 2/12/2015, n. 5451 e 2/10/2014, n. 4932; Sez. IV, 29/2/2016, n. 834; Sez. III, 28/9/2016, n. 4019).

Inoltre, come più volte confermato dalla giurisprudenza, non c'è possibilità che l'omissione possa essere sanata attraverso il soccorso istruttorio, il quale non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali) radicalmente mancanti – pena la violazione della par condicio fra concorrenti - ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara (Cons. Stato, A. P. 25/2/2014 n. 9; Sez. V, 25/2/2015 n. 927).

Nel caso di specie, non è contestato che il legale rappresentante della Toce Domenico & C. s.a.s. non abbia reso la dichiarazione sui precedenti penali a proprio carico e quindi correttamente è stato escluso dalla competizione.

Non vale in contrario osservare che nella fattispecie il modulo su cui redigere la domanda di partecipazione predisposto dalla stazione appaltante non consentiva di rendere una dichiarazione che facesse riferimento a qualunque reato, prevedendo come unica alternativa quella tra dichiarazione positiva o negativa in ordine alla sussistenza delle sole condanne per reati gravi incidenti sulla moralità professionale.

Ed invero, il disciplinare di gara, al punto 3, intitolato “Requisiti di partecipazione dei concorrenti”, dopo aver elencato le cause di non ammissione alla gara, tra cui quelle contemplate nell’art. 38, comma 1, lett. c), stabiliva espressamente: “Il concorrente indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione: non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne quando il reato è stato depenalizzato ovvero per le quali è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima”.

Analogamente il modulo su cui redigere l’“istanza di partecipazione” predisposto dalla stazione appaltante stabiliva, alla lett. e), che il concorrente dovesse dichiarare “che nei confronti dei soggetti richiamati dall’art. 38,

comma 1, lett. c) del D.Lgs. 163/2006 e ss.mm.ii. non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale ovvero condanna con sentenza passata in giudicato per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18, comprese le condanne per le quali si è beneficiato della non menzione”.

Aggiungendo, poi, come già specificato nel disciplinare di gara, che “Il concorrente indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali ha beneficiato della non menzione; non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne quando il reato è stato depenalizzato ovvero per le quali è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima” (lett. e in fine).

Quindi, da una parte la lex specialis contemplava espressamente, conformemente a quanto disposto dall'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006, l'obbligo di rendere la dichiarazione per qualunque condanna penale riportata, anche se relativa a reati non incidenti sulla moralità professionale, dall'altra, il fatto che il modulo fosse articolato in modo da non consentire (o meglio non consentire agevolmente) la detta dichiarazione, non esonerava il concorrente dal dovere di provvedervi utilizzando allo scopo qualunque mezzo, anche aggiungendo, per esempio, apposita postilla al modulo di domanda.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte è superfluo verificare se nella specie sia versi in un caso di omessa dichiarazione, ovvero in un'ipotesi di falsa dichiarazione, perché in entrambi i casi la conseguenza non può che essere l'esclusione dalla gara.

L'appello va in definitiva accolto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna la Toce Domenico & C. s.a.s. al pagamento delle spese processuali in favore dell'appellante, liquidandole forfettariamente in complessivi € 5.000/00 (cinquemila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO