

N. 00736/2014REG.PROV.COLL.

N. 07747/2009 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7747 del 2009, proposto da: Anas Spa, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Fornitura, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Isea S.r.l.;

nei confronti di

It Innovazione e Tecnologie S.r.l.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 05194/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO GARA PER MANUTENZIONE AUTOSTRADA.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2013 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Avvocato dello Stato Giacobbe;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il presente gravame l'ANAS impugna la sentenza con cui sono stati statu annullati.

-- il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, il presupposto punto 3, lett. h), del disciplinare di gara, nei limiti dell'interesse della ricorrente;

-- i successivi provvedimenti assunti dall'Anas di incameramento della cauzione e di segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, per una pretesa dichiarazione non veritiera circa l'insussistenza di condanne penali; in quanto dal certificato integrale del casellario giudiziale, acquisito in sede di verifica dei requisiti era emersa l'esistenza di una condanna penale emessa dalla Corte d'appello di Lecce nel 1979 (per fatti risalenti al 1975) e di una successiva ordinanza di riabilitazione in data 19 settembre 2007.

La sentenza impugnata è sostanzialmente affidata alle considerazioni per cui:

-- la condanna sarebbe irrilevante, ai fini dell'apprezzamento della moralità professionale, in quanto la *“pronuncia di patteggiamento nei casi di estinzione del reato ai sensi dell'art. 445, comma 2, c.p.p. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4897), va più in generale esteso a tutte le ipotesi di condanne seguite da riabilitazione”*;

- il rinvio agli artt. 178 c.p. e 445, comma 2, c.p.p. consente di escludere la necessità di dichiarare, ai sensi del menzionato art. 38 Cod. contr. pubbl., le pronunce per le quali si sia estinto il reato (quanto al patteggiamento) ovvero sia intervenuta la riabilitazione;

- che la previsione della “lex specialis” di dichiarare anche le sentenze di condanna per le quali sia intervenuta la riabilitazione è ingiustificatamente gravatoria;
- che non rileva, in questa prospettiva, il disposto dell’art. 38, comma 2, Cod. contr. pubbl., invocato dall’amministrazione, ai sensi del quale il concorrente “attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva [...] , in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione”, dovendo detta norma essere intesa nel senso che vanno dichiarate le condanne che, ancorché assistite dal beneficio della non menzione, siano comunque suscettibili di influire nell’apprezzamento della moralità professionale (il beneficio della non menzione, contemplato dall’art. 175 c.p., non coincide infatti con l’istituto della riabilitazione ex art. 179 c.p....” .

L’appello, senza l’intestazione di specifiche rubriche, è affidato alla denuncia della violazione dell’art.39 del d.lgs. n.163/2006 e s.m.i. .

L’impresa appellata non si è costituita in giudizio.

Con ordinanza n. 5380 del 20 8 ottobre 2009 la Sezione ha respinto l’istanza di sospensione cautelare della sentenza.

Chiamata all’udienza pubblica del 3 dicembre 2013, uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata ritenuta in decisione.

____1. In linea preliminare deve essere respinta la richiesta preliminare di estromissione dal giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dell’Autorità di Vigilanza.

Tali soggetti assumono infatti la veste di contraddittori necessari in quanto sono rispettivamente l’ente concedente e l’ente vigilante sulle autostrade, sulla cui sfera giuridica istituzionale, ricadono gli effetti indiretti del presente contenzioso.

____2. Nel merito l’appello è infondato.

Per l’Anas la revoca dell’aggiudicazione non sarebbe dipesa dalla rilevanza del reato sul piano della moralità professionale ai sensi dell’articolo 38, primo comma C) del d.lgs. n. 163/2006, ma dalla circostanza per cui il legale rappresentante avrebbe

dichiarato il falso al solo fine di fuorviare la stazione appaltante ed ottenere qualche cosa cui egli non aveva diritto.

Il concorrente avrebbe invece dovuto dichiarare anche le condanne per le quali è prevista il beneficio della "non menzione" che è un beneficio diretto a salvaguardare la reputazione dei soggetti nei rapporti con gli altri privati ma che è inidoneo ad integrare quella soglia di specialità morale che la normativa di settore richiede per poter contrarre nel settore di appalti pubblici. La giurisprudenza sarebbe pressoché unanime nell'affermare che la mancata dichiarazione dell'esistenza di una sentenza penale di condanna, ivi comprese quelle per la quale si abbia beneficiato della non menzione, quelle riabilitate o estinte, si configura come falsa dichiarazione e, quindi, come autonoma causa di esclusione dalle gare.

L'impresa avrebbe scientemente ignorato la dettagliata richiesta del bando per la quale la dichiarazione di cui alla lettera h, punto 3 del disciplinare andava "... *resa anche se negativa..*" e, volontariamente e dolosamente, avrebbe tacito le sue condanne, ancorché irrilevanti, in contrasto con quanto richiesto dal bando.

Pertanto legittimamente le sarebbe stata revocata l'aggiudicazione provvisoria.

L'assunto va respinto.

Certamente se, in linea generale, le false dichiarazioni sul possesso dei requisiti necessari per la partecipazione a gare pubbliche, relativamente all'assenza di sentenze penali di condanna, si configurano come causa autonoma di esclusione dalla procedura comparativa, nondimeno deve concordarsi con il primo giudice che l'art. 38, comma 1, lettera c), Cod. contr. pubbl., per cui "*resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale*"; esprime un principio di diritto in base al quale non è giustificata l'esclusione dalla gara in caso di mancata dichiarazione:

-- delle condanne per le quali sia intervenuta la riabilitazione ex art. 178 c.p. con pronuncia dichiarativa del tribunale di sorveglianza all'esito delle indagini

concernenti, tra l'altro, la buona condotta del condannato e l'avvenuto risarcimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato(ex art. 179 c.p.); ovvero -- delle pronunce di patteggiamento per le quali sia decorso il prescritto periodo di tempo (dei cinque anni o due anni rispettivamente per delitti o contravvenzioni) senza che l'imputato abbia commesso altro reato della stessa indole.

E' dunque evidente il chiaro intento del legislatore di estendere inequivocabilmente alla materia dei requisiti generali per la partecipazione alle gare d'appalto anche gli effetti -- di estinzione delle pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna – conseguenti al sopravvenire di una pronuncia della riabilitazione ai sensi dell'art. 178 c.p. e dell'estinzione di cui al 445. II co c.p.p (cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V 25/01/2011 n. 5139).

Di conseguenza, una volta affermata l'irrilevanza delle suddette condanne ai fini dell'art. 38 del d.lgs n. 163 cit. deve coerentemente concludersi per l'inesistenza di un obbligo di dichiarare le pronunce di condanna per cui è intervenuta la riabilitazione o l'estinzione del reato, in quanto da tale dichiarazione non avrebbe comunque potuto sortire alcuna conseguenza sul piano procedimentale.

L'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006, nel far salvo in ogni caso l'applicazione dell'art. 178 del c.p., comporta dunque che, nel caso, debba essere esclusa la legittimità della disposizione del punto 3, lett. h), del disciplinare di gara, nei limiti dell'interesse della ricorrente, nella parte relativa alla necessità di dichiarare le sentenze per le quali siano intervenuti “eventuali provvedimenti di riabilitazione”.

Nel caso in esame, per le considerazioni espresse in precedenza, l'intervenuta riabilitazione escludeva dunque la rilevanza della condanna ai fini di un'eventuale esclusione, e quindi non vi sia stata alcuna falsa o omessa dichiarazione sulla cui base potesse essere posta a base dell'esclusione dalla gara e dei successivi provvedimenti.

In conclusione il ricorso deve essere respinto e per l'effetto la sentenza impugnava va integralmente confermata.

In ragione della mancata costituzione dell'appellata non vi è luogo a pronuncia sulle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando:

___ Respinge l'appello, come in epigrafe proposto.

___ 2. Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente FF

Sergio De Felice, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2014

IL SEGRETARIO

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