

N. 01277/2015REG.PROV.COLL.
N. 08575/2014 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 8575 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

ATI Clstv Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giorgio Antonicelli, Rosalba Chiaradia, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, Via Simeto,12;

contro

Ita - Italian Trade Agency (Ice - Agenzia), rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III BIS n. 08732/2014, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di vigilanza armata, teleradio allarme e accoglienza reception per la sede di Roma dell'ex ICE

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ita - Italian Trade Agency (Ice - Agenzia);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 febbraio 2015 il Cons. Andrea Migliozi e udito per la parte appellata l'Avvocato dello Stato Vitale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'ATI CLSTV/NDA Investigazioni (infra, per brevità, CLSTV) partecipava alla procedura concorsuale indetta da ITA – Italian Trade Agency (ICE) per l'affidamento del servizio di vigilanza armata, teleradio allarme e accoglienza reception per la sede di Roma di ICE Agenzia per il triennio 1 gennaio 2014- 31 dicembre 2016, risultando aggiudicataria della gara.

Successivamente la stazione appaltante procedeva alla procedura di verifica dei requisiti ex art.38 dlgs n.163/2006, disponendo con atto dirigenziale n.56/2014 del 19 giugno 2014 l'annullamento dell'aggiudicazione della predetta gara e tale determinazione veniva motivata sul rilievo dell'avvenuta violazione dell'art.38 comma 1 lette c) e g) avendo in sede di domanda di partecipazione il legale della mandataria CLSTV “omesso di indicare la condanna penale subita per violazione delle norme in tema di evasione fiscale”.

L'ATI CLSTV impugnava tale provvedimento sfavorevolmente emesso nei suoi confronti innanzi al Tar del Lazio che con sentenza n.8732/2014, resa in forma semplificata, respingeva il ricorso, ritenendolo infondato.

Tale decisione è stata gravata con l'appello all'esame con cui si denuncia

la erroneità delle statuizioni rese dal giudice di prime cure, deducendo a sostegno della contestazione giudiziale qui attivata, con un unico, articolato motivo, le censure di violazione di legge e falsa applicazione degli artt.164 e 178c.p.p.; illogicità e irragionevolezza del provvedimento di esclusione; omessa e contraddittoria motivazione

Sostiene in primo luogo parte appellante che in relazione alla sentenza di condanna del 15/10/1996 riportata dal Sig. Roberto Di Angelo, legale rappresentante di CLSTV, in relazione alla quale è stata contestata l'omessa dichiarazione ex art.38 secondo comma dlgs n.163/06, è intervenuta ordinanza n.89/13 che ha dichiarato estinto il reato, con evidenti effetti retroattivi che impediscono di attribuire a detta sentenza di condanna ulteriori effetti giuridici.

Inoltre la condanna riportata è di lievissima entità e la disposta revoca dell'aggiudicazione, quale provvedimento di tipo sanzionatorio contrasta col principio di proporzionalità di derivazione comunitaria.

Successivamente nelle more del giudizio parte appellante ha prodotto atto di motivi aggiunti proposto sul rilievo di essere venuta a conoscenza della sentenza di condanna de qua soltanto in data 7 novembre 2014.

Con tale ultima impugnativa viene criticata quella parte della impugnata sentenza con cui il TAR ha statuito che la ricorrente era a conoscenza al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara (28 ottobre 2013) dell'esistenza della condanna in questione, laddove invece tale preventiva conoscenza non sarebbe avvenuta.

Si è costituita in giudizio la ITA- Italian Trade Agency che ha contestato la fondatezza del gravame di cui ha chiesto la reiezione.

All'odierna udienza pubblica la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

L'appello è da considerarsi infondato, meritando le statuizioni rese con l'impugnata sentenza integrale conferma.

Oggetto della controversia all'esame è il provvedimento con cui l'Amministrazione procedente ha disposto in autotutela l'annullamento dell'aggiudicazione della gara de qua in relazione alla rilevata violazione delle disposizioni di cui all'art.38, primo comma lettera g) e secondo comma del dlgs n.163/2006, in tema di requisiti di partecipazione alla gara.

Il punto nodale del contendere è di verificare se lo ius poenitendi esercitato dalla stazione appaltante abbia o meno una sua legittima giustificazione e in concreto se le disposizioni dell'art.38 del Testo unico sugli appalti siano state o meno correttamente applicate.

Occorre qui preliminarmente richiamare le disposizioni legislative che vengono in rilievo.

Il citato art.38 al primo comma lettera c) prevede che sono esclusi dalle procedure di affidamento ...” i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato per reati gravi in danno dello Stato:..”; sempre l'art.38 al primo comma lettera g) prevede l'esclusione dalle gare pubbliche dei soggetti “che hanno commesso violazioni gravi definitivamente accertate rispetto agli obblighi di pagamento delle imposte e tasse”.

Ancora, il disposto di cui al 2° comma dell'art.38 più volte menzionato stabilisce che il candidato deve attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in cui “indica tutte le condanne penali riportate ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione”.

Dunque al fine di consentire la verifica della sussistenza dei requisiti sia di carattere generale sia relativamente alla moralità professionale

l'articolo 38 impone di attestare l'assenza di cause ostative alla partecipazione alle gare pubbliche e in ordine alle disposizioni sopra riportate appare altresì utile qui richiamare alcuni orientamenti giurisprudenziali intervenuti in subjecta materia, pienamente condivisi da questo Collegio.

Così è stato affermato che le disposizioni relative alle dichiarazioni a rendersi in ordine ai requisiti di che trattasi, anche al fine di verificare la lealtà dei concorrenti, hanno un carattere di imperatività che non lascia margini di valutazione discrezionale ((Cons. Stato Sez. V 23/5/2011 n.3069; idem 17/5/2012 n. 2820); costituisce inoltre *ius receptum* il fatto che i requisiti devono essere posseduti alla data della scadenza del bando (Cons. Stato Ad. Pl. 7/4/2011 n. 4).

Ancora è d'uopo far presente l'approdo giurisprudenziale secondo il quale nella ratio sottesa all'art.38 è insita l'indefettibilità ai fini della partecipazione alla procedura di gara, della dichiarazione di insussistenza di pregiudizi di ordine morale con conseguente necessità di esclusione del concorrente che non abbia adempiuto a tanto, senza che sia possibile quale che sia sanatoria (Cons. Stato Sez. III 16/3/2012 n. 1471).

Avuto riguardo al quadro normativo sopra indicato e alle coordinate giurisprudenziali esistenti in tema di applicazione delle disposizioni in parola, tornando alla fattispecie all'esame, è pacifico in causa che il legale rappresentante della Società CLSTV, sig. Roberto Di Angelo ha ommesso di indicare nell'apposita dichiarazione a rendersi ai sensi dell'art.38 dgs n.163/06 la sentenza di condanna emessa dal Tribunale di Rieti divenuta irrevocabile in data 15/10/1996, in tema di evasione fiscale.

Ora è indubbio che sussiste un preciso obbligo da parte del suindicato

rappresentante della CLSTV di denuncia di tale pregiudizio penale e tale circostanza omissiva ha una sua precisa valenza in ordine alla sussistenza della verifica dei requisiti di che trattasi, nel senso che di per sé costituisce violazione degli obblighi imposti dalle norme sopra indicate sì da rendere meritevole l'applicazione della sanzione della esclusione dalla gara della concorrente.

Parte appellante col primo mezzo di gravame sostiene che non è ravvisabile a suo carico il comportamento omissivo contestato dalla stazione appaltante, posto che sarebbe intervenuta da parte del Tribunale di Rieti l'ordinanza n.89 del 3/12/2013 che ha dichiarato estinto il reato e tale circostanza farebbe retroagire effetti estintivi al momento della commissione del reato con il venir meno degli effetti della sentenza di condanna, senza che sussistesse l'obbligo di indicarla in dichiarazione.

L'assunto difensivo , a conferma di quanto esattamente osservato dal primo giudice, non appare fondato.

Invero, secondo l'espressa dizione della norma in rilievo(l'art. 38 comma 2 del dlgs n.163/06), il mero decorso del termine di cui agli artt. 445 comma 2 e 460 comma 5 c.p.p. non esonera il partecipante alla gara pubblica dall'obbligo di dichiarare tutti i precedenti penali tenendo presente che il provvedimento giudiziale dichiarativo della estinzione del reato è intervenuto dopo che era stata presentata, in osservanza del termine previsto dal bando (23 ottobre 2013) la domanda di partecipazione alla gara, sicchè non può validamente invocarsi la circostanza della ordinanza dichiarativa di estinzione sopra citata.

Anche il secondo mezzo d'appello, con cui si denuncia la violazione del principio di proporzionalità, appare destituito di fondamento posto che come già fatto presente non v'è margine di valutazione discrezionale in

ordine alla gravità o meno della contestata violazione, alla luce del contenuto precettivo delle disposizioni legislative recate in materia che attribuiscono forza cogente alle prescrizioni volte ad assicurare le finalità di trasparenza alla gara e di lealtà dei concorrenti.

Neppure appare accoglibile il profilo di doglianza dedotto col motivo aggiunto.

A parte la dubbia ammissibilità del rimedio giurisdizionale all'esame, ben potendo parte interessata contestare il capo di domanda relativo alla conoscibilità del precedente penale nei termini della impugnativa originaria, nondimeno la formulata censura non ha pregio.

Come esattamente rilevato dal TAR al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura concorsuale l'interessato era ben a conoscenza dell'esistenza della condanna in questione sol che si consideri che il predetto ha ammesso in ricorso che “ la condanna de qua era apparsa per la prima volta sul sistema informativo del casellario giudiziale in data 23/8/2013” e cioè due mesi prima di produrre la dichiarazione alla stazione appaltante.

Al riguardo parte appellante effettua una distinzione tra casellario giudiziale pubblico e quello privato, ma il distinguo non giova, posto che quello che conta è che in ogni caso nella predetta data del 23/8/2013 il destinatario è venuto a conoscenza della condanna in parola ed è dal quel momento che insorgeva l'obbligo di inserire il dato in questione nella dichiarazione con conseguente non completezza della dichiarazione stessa, laddove siffatta omissiva circostanza è passibile di esclusione dalla gara e legittima giustificativamente l'annullamento, in sede di autotutela della aggiudicazione definitiva disposta in precedenza. In forza delle suestese considerazioni il proposto appello articolato sul gravame introduttivo del giudizio di secondo grado e i motivi aggiunti,

va respinto, in quanto infondato.

Va condannata la parte appellante al pagamento delle spese del presente grado del giudizio che si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

Definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,
lo Rietta

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese e competenze del presente grado del giudizio che si liquidano complessivamente in euro 3.000,00 (tremila//00) oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere, Estensore

Oberdan Forlenza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/03/2015

IL SEGRETARIO

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

