



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 77 del 2011, proposto da:
Soc Roberto Lombardozzi Srl, rappresentata e difesa dagli avv.
Arturo Cancrini e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso
Studio Legale Cancrini - De Portu in Roma, via Giuseppe Mercalli,
13;

contro

Ministero della Difesa, Autorità per la Vigilanza Sui Contratti
Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, rappresentati e difesi
dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma,
via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Finanziaria Romana Spa, non costituitasi;

per l'annullamento

del provvedimento comunicato il 26 novembre 2010 di esclusione dalla gara e dei conseguenti provvedimenti di incameramento della cauzione e segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e dell'Autorità per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella udienza pubblica del giorno 15 giugno 2011 il dott. Domenico Landi e udito l'avv. Modena per delega dell'avv. De Portu;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto notificato il 24 dicembre 2010, depositato nei termini, l'Impresa Roberto Lombardozzi s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, ha chiesto l'annullamento, previa sospensiva, del provvedimento, comunicato con nota prot. 0021231/11/C/6.16.3.5 del 26 novembre 2010, con il quale il Ministero della Difesa, 8 Reparto Infrastrutture, con riferimento alla gara di appalto n. 66 c.c. 111210 "Civitavecchia Caserma D'Avanzo. Straordinaria manutenzione coperture palazzina A" ha disposto nei confronti della Società ricorrente la sua esclusione dal procedimento

di gara con la conseguente applicazione delle sanzioni previste dall'art. 48 del D. L.vo 163/2006 e succ. mod. e la comunicazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ed alla Procura della Repubblica; con lo stesso atto la Società ricorrente ha chiesto l'annullamento di tutti gli altri provvedimenti meglio specificati nell'epigrafe del ricorso.

La Società ricorrente fa presente di aver preso parte alla gara sopracitata e di essere stata sorteggiata ai sensi dell'art. 48, primo comma, del D. L.vo n. 163/2006 al fine della verifica a campione dei requisiti dichiarati in sede di offerta. Con la nota impugnata la Stazione appaltante ha comunicato di aver disposto l'esclusione della Società ricorrente dalla suddetta gara in quanto il suo titolare non ha dichiarato, in sede di gara, di aver riportato condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione. Conseguentemente la Stazione appaltante ha paventato l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 48 del D. L.vo n. 163/2006 e la conseguente comunicazione all'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici ed alla Procura della Repubblica.

La Società ricorrente, premesso il suo interesse al ricorso al fine della rimozione delle gravi ed ingiuste conseguenze sanzionatorie paventate dall'Amministrazione a causa della illegittima esclusione dalla gara, deduce le seguenti censure:

- 1) Violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e di buon andamento della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.).

Violazione di legge con riferimento all'art. 38 del D. L.vo n. 163/2006 e s.m.i. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità, travisamento dei fatti, carenza di motivazione, sviamento, contraddittorietà, ingiustizia manifesta.

Si sostiene che l'obbligo di dichiarare tutte le condanne penali, previsto dal suddetto art. 38, non sussiste per le fattispecie depenalizzate, ossia per i reati che ormai non sono più previsti come tali dall'ordinamento, per cui non può disporsi l'esclusione dalla gara per omessa dichiarazione di condanna relativa ai reati depenalizzati, come si verifica nella fattispecie.

2) Violazione dei principi di legalità e tassatività. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 38 e 48 del D. L.vo n. 163/2006. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità, travisamento dei fatti, carenza di motivazione, sviamento, contraddittorietà, ingiustizia manifesta.

Si sostiene che l'escussione della cauzione provvisoria è prevista solo nei casi di mancata comprova e/o conferma dei "requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziario" e non anche dei requisiti di ordine generale, quale quello in rilievo nella fattispecie.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata a mezzo dell'Avvocatura Generale dello Stato, la quale contesta le ragioni dell'impugnativa ed insiste per il rigetto del ricorso siccome infondato.

Alla Camera di Consiglio del 19 gennaio 2011 l'istanza incidentale di

sospensione è stata accolta.

Alla pubblica udienza del 15 giugno 2011 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Oggetto della presente impugnativa è il provvedimento di esclusione della Società ricorrente dalla gara in questione, disposta in quanto il titolare della stessa “non ha dichiarato, in sede di gara, di aver riportato condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione, sentenza della Pretura di Latina irrevocabile, decreto penale della Pretura di Frascati esecutivo (punto 2 lettera k e d del disciplinare di gara)”, unitamente ai provvedimenti sanzionatori indicati nell’epigrafe del ricorso.

Va, in via preliminare, disattesa l’eccezione sollevata dalla difesa erariale circa l’asserita acquiescenza prestata dalla Società ricorrente al provvedimento di esclusione, atteso che le censure dedotte in ricorso sono rivolte chiaramente avverso il provvedimento di esclusione da cui sono scaturite le disposte sanzioni, anch’esse oggetto di impugnazione.

Nel merito il ricorso si appalesa fondato.

Va premesso, in punto di fatto, che il disciplinare di gara relativo alla procedura di cui è causa, sulla scorta della disciplina contenuta nell’art. 38, lett. c), del D. L.vo 163/2006, stabiliva che “i concorrenti devono dichiarare il possesso dei seguenti requisiti: d) che non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato.... per reati

gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale.....; k) che non hanno riportato condanne per le quali è stata concessa la non menzione” (punto 2, lett. d e k).

In sede di gara il legale rappresentante della Società ricorrente dichiarava che nei suoi confronti non era stata pronunciata sentenza di condanna per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale e di non aver riportato condanne per le quali era stata concessa la non menzione. Va, peraltro, precisato che le condanne penali irrogate nei confronti del legale rappresentante della Società ricorrente e per le quali lo stesso aveva beneficiato della non menzione, concernono tutti reati da tempo depenalizzati. Va, pertanto, verificato se l'omessa dichiarazione di condanna relativa a reati depenalizzati possa comportare l'esclusione da una pubblica gara. Il Collegio ritiene, sulla scorta di una giurisprudenza formatasi sul punto, che l'obbligo della dichiarazione delle condanne penali, previsto dall'art. 38 del D. L.vo n. 163/2006 non sussiste per le fattispecie depenalizzate, ossia per reati non più previsti come tali dall'ordinamento, e che dunque non possono in alcun modo incidere sui requisiti generali del partecipante alla gara.

L'art. 38, comma 1, lett. c) laddove dispone l'esclusione dalle gare nei riguardi di coloro "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", evidentemente presuppone, agli effetti del giudizio negativo in ordine alla moralità professionale dei concorrenti, di competenza della stazione appaltante, l'attuale permanenza della riconduzione a reato della fattispecie che deve essere valutata. Il venir meno dell'ascrizione a reato della condotta a suo tempo sanzionata non vincola a dichiarare le condanne riportate all'epoca della vigenza della norma penale applicata dal giudice, posto che le stesse non possono più formare oggetto della predetta valutazione in ordine alla moralità professionale dell'imprenditore (T.A.R. Veneto, sez. I, 14 maggio 2009 , n. 1491 – T.A.R. Lazio – Sez. III – 26 marzo 2010, n. 4777).

Né, peraltro, può ritenersi che la clausola del disciplinare di gara che imponeva ai concorrenti di dichiarare le condanne per le quali si sia beneficiato della non menzione possa riguardare anche le condanne per le quali sia intervenuta la depenalizzazione, la quale ha un effetto più ampio del beneficio della non menzione (cfr. T.A.R. LAZIO – SEZ. III n. 4777/2010).

Può, pertanto, affermarsi come nessun obbligo di dichiarazione di una condanna per cui sia intervenuta la depenalizzazione poteva derivare dalla legge di gara.

Va, infine, osservato come tale indirizzo interpretativo ha trovato una recentissima conferma anche sul piano legislativo, atteso che il

D.L. n. 70/2011, nel modificare l'art. 38, primo comma, lett. c) del D. L.vo n. 163/2006, ha previsto che "l'esclusione ed il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato".

La fondatezza della censura testè esaminata comporta l'accoglimento del ricorso con il conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione e degli altri provvedimenti ad esso collegati e conseguenti, restando assorbita ogni altra censura non espressamente esaminata.

Sussistono tuttavia giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio attesa la particolare natura della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regional,definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Luttazi, Presidente FF

Franco Angelo Maria De Bernardi, Consigliere

Domenico Landi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/10/2011

IL SEGRETARIO

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