



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 Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2015 del 2012, proposto da:
Maya s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avv. Luigi M. D'Angiolella, presso il cui
studio in Roma, Via M. Mercati n. 51, ha eletto domicilio

contro

la Rai – Radiotelevisione italiana s.p.a., in persona del legale
rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Pierluigi Lax e
Laura Maceroni, con domicilio eletto presso lo studio della seconda
in Roma, Via di Val Fiorita n. 90;

l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e
forniture, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e
difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in

Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliata *ex lege*

per l'annullamento

- a) della nota del 14.2.2012, con cui è stata comunicata alla ricorrente l'esclusione dalla gara d'appalto indetta dalla Rai per "lavori di manutenzione straordinaria di tipo edile non programmata e non programmabile di edifici della Rai" siti in Roma;
 - b) della successiva nota dell'1.3.2012 di riscontro al preavviso di ricorso, recante conferma del provvedimento di esclusione e comunicazione dell'avvenuto inoltro della segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici;
 - c) della nota in data 20.2.2012, con cui la Rai ha effettuato la segnalazione all'Avcp;
 - d) per quanto occorra, della nota in data 17.1.2012, con cui sono stati richiesti chiarimenti alla ricorrente in merito a un'annotazione sul casellario giudiziale;
 - e) del bando di gara, con gli allegati, e del capitolato d'oneri, in parte qua, se interpretati in modo lesivo per gli interessi della ricorrente;
 - f) di ogni atto presupposto, connesso o consequenziale, ivi inclusa l'eventuale iscrizione nel casellario giudiziale da parte dell'Avcp e per il risarcimento del danno
- in forma specifica consistente nell'accertamento del diritto all'aggiudicazione della gara in favore della ricorrente

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 27 aprile 2012 il cons. Mario Alberto di Nezza e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale, anche ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

FATTO e DIRITTO

1. *Rilevato:*

- che la società ricorrente, esponendo di esser risultata aggiudicataria provvisoria di uno dei due lotti della gara indetta con bando pubblicato il 2 maggio 2011 (all'esito di un iter complesso e gravoso, caratterizzato da plurime richieste di chiarimenti pervenute dalla stazione appaltante) e di esser stata successivamente esclusa in ragione dell'"omessa dichiarazione, nella domanda di partecipazione [...], di un reato grave ed incidente sulla moralità professionale ai sensi dell'art. 38, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006", ha impugnato il provvedimento di estromissione dalla procedura e gli altri atti indicati in epigrafe, deducendo, con un'unica articolata censura, i vizi di violazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 (cod. contr. pubbl.) e della *lex specialis* nonché di eccesso di potere per travisamento dei fatti e illogicità, in quanto:

i) il bando di gara si sarebbe dovuto interpretare nel senso che i concorrenti dovessero limitarsi a dichiarare la sussistenza di condanne per i "soli reati indicati nell'art. 38, comma 1, lettera c)" cod. contr. pubbl., vale a dire i "reati gravi in danno dello Stato o

della Comunità che incidono sulla moralità professionale”, e non anche qualsiasi condanna (non potendo l’omessa dichiarazione di detti “reati gravi” comportare l’esclusione dalla gara), a pena di illegittimità della *lex specialis* (lettura confermata dalla circostanza che la stazione appaltante, rilevata l’omissione, anziché procedere direttamente all’esclusione avrebbe avviato un’interlocuzione con la ricorrente proprio su questo punto); rileverebbe, cioè, la sostanziale mancanza del requisito e non il mero dato formale della mancata dichiarazione;

ii) la stazione appaltante avrebbe del tutto omesso di motivare sull’idoneità del reato a integrare una causa escludente, leggendosi nell’atto impugnato che la condanna a carico del legale rappresentante della ricorrente riguarderebbe un reato “grave ed incidente sulla moralità professionale dell’impresa, avuto riguardo al bene giuridico tutelato dalla norma penale violata (la Pubblica Amministrazione), nonché all’atteggiamento aggressivo di cui la condotta posta in essere dal sig. Iaiunese è chiaramente indice”; la Rai non avrebbe cioè evidenziato alcun profilo di attinenza tra la condanna e i lavori da affidare, contravvenendo all’orientamento giurisprudenziale formatosi sul punto;

iii) in concreto, la condanna per “minaccia a pubblico ufficiale” riportata dal sig. Iaiunese riguarderebbe un fatto risalente nel tempo (1987), commesso quando questi era diciottenne e verificatosi in circostanze del tutto particolari, tali da recidere qualsiasi nesso di

attinenza col settore delle commesse pubbliche; ciò troverebbe suffragio nelle circostanze che la società ricorrente sarebbe da anni attiva in tale ambito di attività economica e che l'anzidetto sig. Iaiunese sarebbe in possesso di porto d'armi dal 2010; né sarebbe conferente il richiamo all'ord. n. 913/2012 del Tar Lazio, effettuato dalla stazione appaltante nell'atto impugnato, trattandosi in quel caso di avvenuta commissione del delitto di frode fiscale, certamente incidente sulla moralità professionale.

- che si sono costituite in resistenza le parti intimiate;
- che, disposta ed espletata istruttoria documentale (con ord. 13.4.2012), sono stati acquisiti i modelli allegati al capitolato speciale d'oneri per la dichiarazione sul possesso dei requisiti *ex art. 38 cod. contr. pubbl.*;

2. *Considerato* al riguardo:

- che il provvedimento di esclusione è motivato sotto il duplice profilo: *a)* dell'omessa dichiarazione, nella domanda di partecipazione alla gara, della condanna penale per "minaccia a pubblico ufficiale" riportata del legale rappresentante della ricorrente; nonché *b)* della riconosciuta gravità e incidenza sulla moralità professionale di tale delitto;
- che sul tema dell'omessa dichiarazione delle condanne penali, una recente pronuncia del Giudice d'appello (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2012, n. 1799), aderendo all'orientamento più sostanzialista, sottolinea la necessità di distinguere fra i requisiti il cui accertamento

è oggettivo e non richiede alcuna valutazione (es. fallimento o pendenza di procedura di prevenzione) e i requisiti rimessi all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, tra cui appunto l'intervenuta condanna per reati "gravi" e "incidenti sulla moralità professionale", rispetto ai quali ultimi "la mera ripetizione, da parte del bando, della disposizione di legge, così come il rinvio alla stessa, appaiono di fatto costitutivi di una causa di legittimazione anche per il concorrente, che potrebbe ritenersi esonerato dal dichiarare infrazioni penalmente rilevanti, ma di lieve entità";

- che secondo tale opinione:

a) "l'omessa dichiarazione sarebbe senz'altro sanzionabile in sede di gara [...] solo in presenza di un più stringente obbligo, imposto dal bando, di dichiarare qualsiasi condanna penale, spettando in via esclusiva all'amministrazione la predetta valutazione di gravità";

b) "l'apprezzamento di 'non gravità', che può ritenersi rimesso alla valutazione del concorrente non è in effetti specularmente a quello esercitabile dalla stazione appaltante: al primo (in presenza di un rinvio generico, o di una testuale reiterazione della disposizione di legge nel bando di gara) compete solo un apprezzamento limitato al possibile superamento della soglia di interesse della valutazione; ma la valutazione concreta spetta poi alla stazione appaltante, in ragione degli interessi tutelati dalla legge";

c) "nel caso in cui il bando non ponga un obbligo incondizionato di dichiarare qualsiasi condanna riportata, si potrebbe non ritenere

‘falsa’ la dichiarazione di un concorrente che ometta di menzionare la condanna penale di un amministratore, qualora fosse ragionevolmente giustificabile – in riferimento agli interessi perseguiti dalla normativa sui contratti pubblici – il suo giudizio di irrilevanza di condanne per fatti da lui stesso ritenuti scarsamente offensivi, ovvero non attinenti agli interessi che presiedono ai requisiti richiesti per la partecipazione”;

- che rispetto a tale tesi si è obiettato come la stessa, pur intendendo mitigare il rigore della disposizione in esame, presenta tuttavia l’inconveniente di invertire il normale iter di accesso alle commesse pubbliche - quantomeno per i casi di concorrenti reticenti in merito a reati da loro stessi non reputati chiaramente “gravi” o “incidenti sulla moralità professionale” - ritardando la disamina sulla moralità professionale al momento della verifica dei requisiti (normalmente collegato all’aggiudicazione); ne sortirebbe cioè la preminenza, rispetto alla veridicità di quanto dichiarato nella domanda, dell’apprezzamento della stazione appaltante sul possesso sostanziale del requisito: in altri termini, se la p.a. riconoscesse (*ex post*) la portata escludente della condanna, sarebbe del tutto irrilevante l’omessa dichiarazione (*ex ante*) del concorrente, rimanendo l’esclusione sorretta dalla prima valutazione (assenza del requisito sostanziale); ma anche se la p.a. non riconoscesse detta portata, l’omessa dichiarazione potrebbe esser ritenuta del pari irrilevante, stante il possesso del requisito sostanziale;

- che i profili di condivisibilità di quest'ultima posizione paiono esser stati tenuti in considerazione dal legislatore, alla luce della modifica all'art. 38 cod. contr. pubbl. operata dal d.l. n. 70 del 2011, nel senso di richiedere, per quel che qui rileva, l'indicazione di "tutte" le condanne penali, a eccezione solo di quelle "per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa", di quelle "revocate" e di "quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione [...]" (v. art. 38, co. 2, cit., come modif. dall'art. 4, comma 2, lett. b, n. 4, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv. con modif. dalla l. 12 luglio 2011, n. 106);

2.1. Considerato, venendo al caso di specie:

- che il bando risulta esser stato emanato il 2 maggio 2011, ossia in un momento anteriore all'entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011 (13 maggio);

- che né il bando e il capitolato né il modello di dichiarazione dei requisiti (all. 1 e 1-*bis* al capitolato speciale d'oneri) imponevano al concorrente di dichiarare qualsiasi condanna penale; risulta cioè come la *lex specialis*, nel richiedere l'indicazione di "tutti i provvedimenti di condanna, riferiti ai soli reati indicati nell'art. 38, comma 1, lett. c) [...]" (cfr. capitolato spec., pag. 14, punto 1; all. 3 ric.), sia leggibile nel senso di aver demandato al concorrente il menzionato "giudizio di irrilevanza di condanne per fatti da lui stesso ritenuti scarsamente offensivi, ovvero non attinenti agli interessi che presiedono ai requisiti richiesti per la partecipazione";

- che pertanto l'omissione formale riscontrata dalla stazione appaltante non è in grado di sorreggere autonomamente l'esclusione, occorrendo passare all'apprezzamento della portata sostanziale del precedente penale riscontrato a carico del legale rappresentante della ricorrente;
- che, in tale ottica, il reato per cui è questione consentiva un esito favorevole di detto "giudizio di irrilevanza", trattandosi di vicenda molto risalente nel tempo e accaduta in un contesto peculiare, non risultando perciò chiara (né chiaramente esplicitata) la persistenza di una sua portata negativa sulla moralità professionale del soggetto;
- che pertanto l'esclusione non risulta sufficientemente giustificata nemmeno in ottica sostanziale;

2.2. Considerato, altresì:

- che è inammissibile l'impugnazione della segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, alla luce della natura non provvedimentale di tale atto;
- che la proposta azione risarcitoria va respinta, stante la mancata allegazione di elementi fattuali circa il danno subito dalla ricorrente;

3. Considerato pertanto che il ricorso è fondato e va accolto, con conseguente annullamento del gravato provvedimento di esclusione, sussistendo tuttavia le ragioni per la compensazione delle spese di lite (tenuto conto della situazione di obiettiva incertezza interpretativa ingenerata dalle oscillazioni giurisprudenziali sul punto, tale da richiedere un intervento del legislatore);

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione terza-ter, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso per quanto di ragione e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Carlo Taglienti, Consigliere

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/04/2012

IL SEGRETARIO

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