

Pubblicato il 13/05/2019

N. 00324/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00237/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 237 del 2019, proposto da:

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore* -OMISSIS-, e -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore* Dott. -OMISSIS-, rappresentate e difese dall'avvocato Raffaele Brunetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Città Metropolitana di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Miceli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Gaia Tech srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

a) della comunicazione di esclusione avente ad oggetto “Lavori di bonifica ex discarica in loc. Scinà del Comune di Bovalino. Affidamento servizi attinenti all'architettura...” prot. n. 33026 del 15/3/2019 emessa dalla Città metropolitana di Reggio Calabria- stazione Unica Appaltante, previa declaratoria del diritto delle ricorrenti di essere riammesse nella graduatoria, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

b) della comunicazione di avvio procedimento di esclusione avente ad oggetto “Lavori di bonifica ex discarica in loc. Scinà del Comune di Bovalino. Affidamento servizi attinenti all'architettura...” Prot. n.29644, dell'8 marzo 2019, emessa dalla Città metropolitana di Reggio Calabria- stazione Unica Appaltante”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Città Metropolitana di Reggio Calabria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2019 il dott. Andrea De Col e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.-OMISSIS- e -OMISSIS- hanno partecipato, in costituendo r.t.i., alla gara d'appalto indetta dalla Città Metropolitana di Reggio Calabria per l'affidamento della progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e direzione dei lavori di bonifica dell'ex discarica sita in località Scinà del Comune di Bovalino.

2.Espletate le operazioni di gara in cui hanno presentato l'offerta altre tre ditte concorrenti, è risultato vincitore il costituendo raggruppamento ricorrente.

3.In sede di verifica dei requisiti generali e speciali, la stazione appaltante ha tuttavia accertato che i legali rappresentanti delle predette società (il -OMISSIS- per la -OMISSIS- e l'ing. -OMISSIS- per la -OMISSIS-), non avevano indicato, nelle dichiarazioni presentate, l'esistenza di condanne penali definitive, risultanti dal casellario giudiziale.

L'omessa dichiarazione ha riguardato, quanto all'ing. -OMISSIS-, un decreto penale di condanna del 28.04.2011, esecutivo il 04.12.2011, emesso per il reato previsto dall'art. 256 del D.Lgs. n.152/2006, mentre il sig. -OMISSIS- aveva omesso di dichiarare la sentenza di condanna del 28.03.2000, divenuta irrevocabile l'01.06.2000, per il reato previsto dall'art. 14 comma 2 della legge 230/1998.

4.Con nota n.33026 del 15.03.19, comunicata a mezzo pec in data 18.03.19, la stessa stazione appaltante, previa attivazione del contraddittorio predecisorio, ha quindi comunicato l'esclusione dalla procedura di gara per l'omessa dichiarazione delle condanne riportate ex art.80 comma 1 lett. f-bis) D. Lgs n.50/16.

5.Con ricorso notificato il 12 aprile 2019 e depositato il 19 aprile successivo le società ricorrenti hanno chiesto l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, degli atti meglio descritti in epigrafe e la conseguente riammissione nella posizione acquisita in graduatoria, deducendo le seguenti censure:

5.1.Error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016, sull'irrelevanza dell'omessa dichiarazione, sulla violazione e falsa applicazione dell'art. 38 comma 1 lett. C) del D.lgs. n. 163/2006, sull'eccesso di potere per erronea presupposizione e carente istruttoria, sulla carenza di motivazione, sulla violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 83 del Codice dei contratti pubblici, nonché sulla violazione della Direttiva 2014/24/CE.

A sostegno del primo motivo di gravame, il raggruppamento evidenzia che: a) i reati per i quali i rispettivi rappresentanti legali sono stati condannati (l'ing. Landi per reati in materia ambientale e il -OMISSIS- per il reato previsto dall'art. 14, comma 2, della legge n. 230/1998, successivamente abrogato per effetto del provvedimento del 17 aprile 2019 dal Tribunale di Pesaro – Giudice dell'Esecuzione Penale) non rientrano tra quelli indicati dall'art. 80 del D.lgs. n.80/2016 a pena di esclusione; b) l'Amministrazione ha omesso ogni valutazione circa l'effettivo possesso dei requisiti professionali e morali richiesti e c) il bando di gara è generico ed equivoco nella misura in cui non ha specificato la doverosità della comunicazione di qualsiasi condanna per qualsiasi titolo di reato.

5.2.Error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016, sull'art. 445 c.p.p., sull'estinzione del reato, sull'irrelevanza dell'omessa dichiarazione, sulla violazione dell'art. 3 della L. 241/1990, sul difetto di motivazione, sulla carenza dell'istruttoria, nonché sulla violazione dell'art. 38 comma 1 lett. C) e comma 2 del Codice dei contratti pubblici.

Con la seconda censura le ricorrenti, nel dolersi nuovamente che i reati per i quali sono stati condannati i rispettivi rappresentanti legali esulano dall'elencazione di cui all'art. 80 del D.lgs. n.

50/2016, sottolineano trattarsi di reati ambedue estinti che non erano, per ciò solo, tenute a dichiarare, vuoi per il decorso del tempo ex art. 445, comma 2, c.p.p. vuoi, quanto alla posizione del -OMISSIS-, per *abolitio criminis*.

6. Si è costituita in giudizio la sola Amministrazione intimata, depositando documenti e memoria difensiva, e non la Gaia Tech srl evocata in giudizio quale presunta controinteressata.

7. All'udienza in camera di consiglio dell'8 maggio 2019 fissata per la trattazione dell'istanza incidentale di sospensione dell'atto impugnato, la causa è stata discussa e posta in decisione.

8. Preliminarmente il Collegio ravvisa la sussistenza dei presupposti di legge per definire il giudizio nella presente sede cautelare, con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 c.p.a., essendo, tra l'altro, state rese edotte le parti di tale eventualità, come consta dal verbale d'udienza.

9. Sempre in rito, il Collegio, essendo la relativa questione emersa nel corso della discussione, precisa che la controversia è e continua ad essere regolata dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., nonostante quest'ultima disposizione sia stata abrogata dall'art. 1, comma 4, del D.L. 18 aprile 2019, n.32 entrato in vigore lo stesso giorno del deposito del presente ricorso (19 aprile 2019) che, però, è stato validamente notificato in data anteriore (12 aprile 2019).

La disposizione appena riportata, infatti, determina la soppressione del rito "super speciale" introdotto dall'art. 204 del D.lgs. n. 50/2016, residuando così all'attualità, all'art. 120 c.p.a., soltanto il suddetto rito "speciale" appalti, introdotto con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

La latitudine applicativa di quest'ultima norma rivive con riferimento sia ai ricorsi proposti avverso i provvedimenti autonomamente ed immediatamente lesivi che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento (come nel caso di specie), sia ai ricorsi avverso i provvedimenti che determinano le altrui ammissioni, la cui impugnazione, in virtù della disposizione abrogante, ritorna a dover essere posticipata al momento dell'aggiudicazione definitiva ovvero a quello in cui (per la prima volta) l'interesse a ricorrere da parte del concorrente, insoddisfatto dall'esito della gara, diventa concreto ed attuale.

Sul piano del diritto transitorio, l'art. 1, comma 5, del D.L. n.32/19 stabilisce che "*Le disposizioni di cui al comma 4 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto*", avendo il legislatore assunto quale riferimento temporale non già la pubblicazione del bando di gara o la spedizione dell'invito, ovverosia, secondo i consueti criteri adottati allo scopo nella materia, il momento dell'avvio della procedura di affidamento, bensì l'inizio del processo.

Ritiene il Collegio che, in virtù di un canone interpretativo ispirato a fondamentali esigenze di effettività della tutela giurisdizionale ma anche di ordine logico-sistematico, per processi "*iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto*" debbano intendersi, nell'ottica di chi agisce in giudizio ovvero di chi lo ha "iniziato", quelli in cui il ricorso introduttivo venga notificato (e non depositato) dopo il 19 aprile 2019 in quanto:

a) a prescindere dal momento in cui nel processo amministrativo si determina la litispendenza (notificazione del ricorso o il suo deposito), rilevano, ai limitati fini della norma transitoria e nell'ambito della disciplina speciale del rito appalti, gli effetti sostanziali e processuali scaturenti dalla notifica del ricorso introduttivo quali:

-la definitività della scelta del rito, la cui disciplina è, al momento della notifica del ricorso, nota al ricorrente che non può poi trovarsi incolpevolmente esposto a irrimediabili conseguenze pregiudizievoli sull'immediatezza dell'accesso alla tutela giurisdizionale (*id est*, inammissibilità del ricorso, nel caso, ad esempio, di impugnazione dell'altrui ammissione) solo per effetto dell'entrata in vigore (in forza di un decreto legge non ancora convertito) di nuove disposizioni processuali intervenute tra la notifica e il deposito dell'atto introduttivo e modificative del regime legittimamente osservato - in conformità al tradizionale canone del *tempus regit actum* - quando il processo ha avuto "inizio" con la *vocatio in ius* della parte intimata. In questo senso, si deve

ammettere che la notifica del ricorso, in quanto atto iniziale perfezionatosi in epoca antecedente alla novella e regolato dalla norma in vigore al tempo del suo compimento, possa ultrattivamente propagare i suoi effetti oltre il termine della sua efficacia, condizionando il successivo sviluppo del processo.

Diversamente intendendo la disposizione transitoria, e cioè associando all'atto della notifica effetti processuali ed extraprocessuali che esso non aveva in base alla legge del tempo in cui è stato posto in essere, si finirebbe per giustificare un'applicazione retroattiva della nuova normativa processuale a partire dalla data di notifica del ricorso che la lettera stessa della legge transitoria ("*...processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto*") sembra così ragionevolmente escludere;

-la fissazione *ope legis* dell'udienza in camera di consiglio per l'eventuale trattazione della domanda cautelare nei termini dimezzati ex art. 119 c.p.a. decorrenti dalla data della notifica del ricorso (art.55, comma 5, c.p.a.);

b) a corredo delle argomentazioni che precedono, non si può trascurare che, da un punto di vista generale, in materia di appalti pubblici il momento della notifica del ricorso introduttivo, più che quello del suo deposito, risponde espressamente ad irrinunciabili esigenze di certezza sostanziale e speditezza procedimentale.

Si pensi, ad esempio, alla regola dello stand still "processuale": ai sensi dell'art.32, comma 11, del D.Lgs. n.50/16 è dal momento della notifica del ricorso che scatta il divieto per la stazione appaltante di stipulare il contratto di appalto in pendenza di un ricorso giurisdizionale proposto avverso l'aggiudicazione definitiva ("*Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni*") con inevitabili ripercussioni sulle posizioni sostanziali delle parti in conflitto.

Al caso di specie trova, quindi, ancora applicazione il rito "super speciale" previsto dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., essendo il presente giudizio iniziato prima dell'entrata in vigore del D.L. n. 32/2019.

10. Venendo al merito della controversia, il ricorso è infondato e non merita di essere accolto.

I reati che la stazione appaltante chiedeva ai concorrenti di dichiarare ai fini della partecipazione (e con espressa comminatoria di esclusione) con la previsione di cui al punto 15.11. cpv.3 del bando di gara erano evidentemente ulteriori e diversi rispetto ai reati richiamati dal precedente punto 15.5 (il quale riprende, nella sostanza, l'elenco dei reati richiamati dal comma dell'articolo 80 del codice dei contratti) e ciò per consentire alla stazione appaltante di apprezzarne la gravità ai fini ammissivi con la conseguenza che l'operatore economico che avesse presentato "nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere" sarebbe stato automaticamente escluso (punto 15.5 lett. f-bis).

Allo stesso modo, l'art.16.2.2. del bando di gara al punto b.7.1 prevedeva l'obbligo di dichiarare in sede di offerta, a pena di esclusione, "tutte le condanne riportate, ivi comprese le sentenze di patteggiamento ed i decreti penali di condanna divenute irrevocabili incluse quelle per la quali sia stato concesso il beneficio della non menzione ovvero sia intervenuta l'estinzione del reato ma la suddetta estinzione non sia stata dichiarata con provvedimento dell'Autorità Giudiziaria".

Già dalla lettura comparativa delle diverse disposizioni del bando di gara –peraltro non impugnate dal raggruppamento ricorrente- emerge con chiarezza che la *lex specialis* non si è limitata a richiedere ai concorrenti l'indicazione dei soli reati ostativi espressamente richiamati dal richiamato art.80 comma 1 del D.Lgs n.50/16 (il che, oltretutto, avrebbe palesato la sostanziale inutilità dello stesso punto 16.2.2 citato del bando), ma ha richiesto agli stessi anche l'indicazione di qualunque altro reato. La clausola è del tutto ragionevole perché permette alla stazione appaltante di verificare se i concorrenti sino o meno professionalmente affidabili e quindi meritevoli di partecipare alla

gara, onde tutelare apprezzabili interessi pubblici immanenti nelle procedure selettive, quali la celerità e la speditezza procedimentale (cfr. TAR Reggio Calabria n.666/18).

Alla luce dell'indirizzo recentemente espresso dalla giurisprudenza amministrativa, sia sotto la vigenza del nuovo art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016 che del previgente art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 in ordine alla legittimità dell'esclusione disposta in conseguenza dell'omessa dichiarazione di tutte le precedenti sentenze di condanna riportate dagli amministratori delle ditte partecipanti alle gare d'appalto, "*nelle procedure ad evidenza pubblica preordinate all'affidamento di un appalto, l'omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le condanne penali eventualmente riportate (sempreché per le stesse non sia già intervenuta una formale riabilitazione), anche se attinenti a reati diversi da quelli contemplati nell'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. n.163 del 2006, può giustificare senz'altro l'esclusione dalla gara, traducendosi in un impedimento per la stazione appaltante di valutarne la gravità*" (cfr. *ex multis* Cons. St., sez. V, 12.3.19 n.1649; sez. III, n. 4192/2017; TAR Napoli, Sez. I, n. 1076/2018) e ciò anche in caso di dichiarazione reticente e non necessariamente falsa (cfr. Cons. St., sez. V, 27.7.16 n. 3402; sez. V, 29.4.16 n. 1641).

Nel caso in esame, la stazione appaltante ha puntualmente connesso valenza escludente alle richiamate violazioni e l'orientamento sopra richiamato si regge sul condivisibile presupposto per cui non può consentirsi che l'individuazione e la selezione delle condotte idonee ad incidere sulla moralità professionale sia rimessa alla valutazione dello stesso concorrente/dichiarante, in tal modo impedendo alla stazione appaltante di valutare la concreta incidenza della singola condanna sulla complessiva moralità professionale del concorrente.

Il Collegio ritiene, in definitiva, che del tutto correttamente la stazione appaltante abbia fatto derivare ex art. 80 comma 5 lett. f bis) del D.Lgs. n.50/16, quale atto vincolato, la sanzione escludente dalla richiamata violazione della *lex specialis* perchè la lettura delle richiamate clausole del bando rendeva evidente, oltre ogni ragionevole dubbio, che le dichiarazioni richieste ai concorrenti concernessero tutti gli ambiti di rilievo penale, fossero o meno quelli ricompresi dall'art.80 comma 1 dello stesso codice dei contratti.

11.Le motivazioni del rigetto del primo motivo di ricorso esonerano il Collegio dall'esaminare espressamente gli argomenti di doglianza sviluppati nella seconda censura che vengono ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e quindi assorbiti, non valendo a supportare una conclusione di tipo diverso.

12.Il ricorso, in definitiva, è infondato e va, pertanto, respinto.

13.Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna -OMISSIS- e -OMISSIS-, in solido tra loro, al pagamento, in favore della Città Metropolitana di Reggio Calabria, delle spese processuali che liquida complessivamente in € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare -OMISSIS- e -OMISSIS-.

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Andrea De Col, Referendario, Estensore

Antonino Scianna, Referendario

L'ESTENSORE

Andrea De Col

IL PRESIDENTE

Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO