

N. 01524/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01062/2014 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1062 del 2014, proposto da:

A.A.T. Azienda Autonoleggio Torino - Consorzio Società Cooperativa, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Eugenio Comba, Matteo Chiosso e Nicola Creuso, con domicilio eletto presso la Segreteria T.A.R. Veneto in Venezia, Cannaregio 2277/2278;

contro

Comune di Verona in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli avv.ti Giovanni Michelon e Fulvia Squadroni, con domicilio eletto presso la Segreteria T.A.R. Veneto in Venezia, Cannaregio 2277/2278;

nei confronti di

Co.Na.V. - Cooperativa Noleggiatori Autobus Veronesi, in proprio e quale capogruppo del RTI con ATZ - Azienda Trasporti Verona srl, rappresentata e difesa dagli avv. Daniele Maccarrone e Antonella Pietrobon, con domicilio eletto presso quest'ultima in Venezia, San Polo, 2988;

per l'annullamento, previa sospensione cautelare

della determinazione dirigenziale n. 2889 del 12.6.2014 e della relativa comunicazione, con le quali il Comune resistente ha disposto l'esclusione dalla gara della ricorrente e la conseguente segnalazione all'A.V.C.P. ;

per quanto necessario, ai fini del terzo motivo di ricorso, delle clausole di cui alla lettera E) – num. 4) del disciplinare di gara e di cui alla seconda pagina del modulo dichiarativo “allegato2”, ove intese nel senso di avere imposto al concorrente l'onere, a pena di esclusione, di dichiarare tutti i precedenti penali a prescindere dalla loro rilevanza ai sensi dell'art. 38, comma 1, - lett. c) del codice dei contratti pubblici;

per la conseguente condanna del Comune intimato a disporre la definitiva aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto d'appalto nei confronti della ricorrente e, in ogni caso, per la condanna del Comune al risarcimento per equivalente del danno subito a titolo di mancata aggiudicazione della gara e di conseguente mancata stipulazione del contratto d'appalto

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Verona in Persona del Sindaco P.T. e di Co.Na.V. - Cooperativa Noleggiatori Autobus Veronesi e di Azienda Trasporti Verona Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2014 il dott. Alessio Falferi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente A.A.T. Azienda Autonoleggio Torino - Consorzio Società Cooperativa espone quanto segue:

-in qualità di operatore del settore già partecipante alla gara indetta dal Comune di Verona per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per l'intero territorio comunale e per l'importo complessivo di euro 9.132.147, ha impugnato la prima aggiudicazione della procedura approvata in data 13.9.2013 dall'Amministrazione in favore del RTI controinteressato;

-questo Tribunale, con sentenza n. 746 del 3.6.2014, accoglieva il gravame proposto, annullando l'aggiudicazione disposta nei confronti delle contro interessate e riconoscendo il diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara;

-il Comune resistente ottemperava alla suddetta pronuncia e, con determinazione dirigenziale del 18.4.2014, dava atto della

provvisoria aggiudicazione della gara in favore della ricorrente e della attivazione dei controlli sul possesso dei requisiti per l'ammissione alla procedura;

-all'esito dei controlli attivati nei confronti della ricorrente, l'Amministrazione resistente, rinvenuta sul certificato del casellario giudiziale del Presidente del C.d.A. della consorziata SEAG l'esistenza di un decreto penale di condanna per reato commesso nell'anno 2000 e riconducibile alla violazione della normativa in materia di obiezione di coscienza, disponeva l'esclusione dalla gara della ricorrente stessa e provvedeva alla segnalazione del fatto all'A.V.C.P. (ora confluita nell'A.N.A.C.).

Tanto premesso in fatto, la ricorrente, impugnati gli atti in epigrafe indicati, formula le seguenti censure: *“1). Violazione di legge per contrasto con l'articolo 38, comma 1, lett. c) e comma 2, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, come modificato dal decreto legge 13 maggio 2011 n. 70 (cd. Decreto sviluppo) convertito dalla legge 12 luglio 2011 n. 106. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria: contrariamente a quanto affermato nei provvedimenti impugnati, il legale rappresentante della consorziata della ricorrente non era tenuto ad indicare nella dichiarazioni sostitutiva resa in gara il decreto penale di condanna riscontrato dall'Amministrazione, tenuto conto dell'intervenuta abrogazione legislativa del reato oggetto della condanna penale (cd abolitio criminis ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2, comma 2, del codice penale).”*; in sintesi, con tale motivo, parte ricorrente, ricordato che il decreto penale di condanna contestato –riferito

al legale rappresentante della ditta consorziata - ha ad oggetto la fattispecie di reato a suo tempo prevista dall'art. 14, comma 2, della legge 230/1998 - *“Alla stessa pena –reclusione da sei mesi a due anni –soggiace chi non avendo chiesto o non avendo ottenuto l'ammissione al servizio civile, rifiuta di prestare il servizio militare, prima o dopo averlo assunto, adducendo motivi di coscienza che ostano alla prestazione del servizio militare”*- evidenza che detto reato è stato abrogato in modo espresso dall'art. 2268, comma 1 - num. 951, del D.Lgs. n. 66/2010, per l'evidente motivo della venuta meno della generale obbligatorietà del servizio militare; pertanto, alla data del controllo effettuato dall'Amministrazione, il fatto di reato contestato al legale rappresentante della ditta consorziata era da ritenersi del tutto privo di rilevanza penale, in quanto soggetto al fenomeno della c.d. *“abolitio criminis”*, in forza del principio dell'eccezionale retroattività della legge posteriore abrogativa della fattispecie di reato in precedenza commessa; l'Amministrazione, quindi, non avrebbe potuto sanzionare con l'esclusione l'omessa dichiarazione del suddetto reato –oramai del tutto irrilevante -, tenuto anche conto del fatto che l'art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, come modificato dal D.L. n. 70/2011, ha escluso dal novero dei precedenti penali oggetto di doverosa dichiarazione gli illeciti fatti oggetto di depenalizzazione, in conformità, peraltro, ad un già consolidato indirizzo giurisprudenziale; “2). *Violazione di legge per contrasto con l'articolo 38, comma 1 –lett. c), del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163. Eccesso di potere per carenza assoluta della*

motivazione: in ogni caso, e in subordine rispetto a quanto dedotto nel primo motivo, l'Amministrazione non ha fornito puntuale motivazione in merito alla rilevanza del precedente penale contestato ai sensi dell'articolo 38, comma 1 -lett. c), del codice dei contratti, omettendo, oltretutto, di riscontrare come il reato contestato non ricada in alcun modo nel novero dei gravi reati incidenti sulla moralità professionale"; con il secondo motivo di ricorso, si censura il totale difetto di motivazione, nel provvedimento di esclusione dalla gara e di segnalazione all'Autorità, in ordine alla "incidenza sulla moralità professionale" ed alla "gravità" del reato contestato, nonostante il Comune intimato ascriva il precedente penale al novero dei reati rilevanti ai sensi dell'art. 38, comma 1 - lett. c), del codice dei contratti, con conseguente illegittimità della comminata esclusione; invero, è ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, in caso di esclusione dalla gara, è onere dell'Amministrazione accompagnare il provvedimento espulsivo con una stringente motivazione in ordine alla sussistenza degli elementi dell'incidenza sulla moralità professionale e della gravità del reato, onere non ottemperato nel caso in discussione; in ogni caso, anche volendo prescindere dal denunciato difetto motivazionale, si evidenzia come il precedente penale contestato sia del tutto estraneo al tema della c.d. moralità professionale e, certamente, non riveste il carattere di "gravità" richiesto dal menzionato art. 38; "3). Falsa applicazione della lex specialis di gara, con particolare riferimento alle clausole di cui alla lettere E - num. 4 del

disciplinare di gara e di cui alla seconda pagina del modulo dichiarativo cd Allegato 2. Violazione di legge per contrasto con l'articolo 45 della Direttiva 2004/18/CE. Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità di derivazione comunitaria: in ogni caso, in ulteriore subordine rispetto a quanto dedotto nei suesposti motivi di ricorso, l'Amministrazione non era tenuta, ai sensi delle clausole della legge di gara, a sanzionare con l'esclusione l'incompletezza della dichiarazione resa dal legale rappresentante della consorziata, tenuto conto dell'equivocità al riguardo del modulo dichiarativo e dell'assenza di un puntuale obbligo (a pena di esclusione) stabilito dalla lex specialis"; con il terzo motivo, la ricorrente rileva che il modulo di dichiarazione messo a disposizione dalla Stazione appaltante era equivoco, riconducendo la dichiarazione sui precedenti penali al solo ambito dell'art. 38, comma 1 – lett. c) del codice dei contratti e non a tutti i precedenti penali, equivocità confermata dal disciplinare di gara, che, comunque, non prevedeva alcun obbligo dichiarativo sanzionato a pena d'esclusione, con la conseguenza che l'Amministrazione non avrebbe potuto disporre l'esclusione, dovendo, semmai, concedere al ricorrente la possibilità di completare la dichiarazione; in ogni caso, ove le clausole del disciplinare dovessero interpretarsi in modo opposto a quello esposto, sarebbero illegittime per violazione del principio di proporzionalità.

La ricorrente chiede, altresì, previo annullamento degli atti impugnati, la condanna dell'Amministrazione a disporre la definitiva aggiudicazione della gara in proprio favore, con

conseguente stipulazione del contratto e, nei limiti in cui non sia possibile la tutela specifica, la condanna al risarcimento dei danni.

Resiste in giudizio il Comune di Verona, il quale, rilevata l'infondatezza del ricorso, ne chiede il rigetto.

Resiste, altresì, in giudizio la controinteressata CO.N.A.V. Cooperativa Noleggiatori Autobus Veronesi soc. coop a r.l., in proprio e quale capogruppo del RTI con ATZ - Azienda Trasporti Verona srl, la quale, contestati gli argomenti avversari, conclude per il rigetto del ricorso per infondatezza.

Con ordinanza n. 469, assunta alla Camera di Consiglio dell'11 settembre 2014 è stata respinta l'istanza di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati.

In vista dell'Udienza di merito, parte ricorrente e la controinteressata hanno depositato memorie difensive con le quali hanno ulteriormente precisato e specificato le rispettive posizioni.

Alla Pubblica Udienza del 5 novembre 2014, il ricorso è passato in decisione.

Il ricorso è infondato e va, dunque, respinto per le ragioni di seguito indicate.

Gli argomenti sviluppati con il primo motivo di ricorso, per quanto suggestivi e abilmente rappresentati, non sono del tutto convincenti.

Il Collegio non ignora che la giurisprudenza sul punto non è del tutto pacifica, ma ritiene, conformemente ai principi scolpiti dalla Suprema Corte di Cassazione, che la formale abrogazione

di una norma incriminatrice, non sempre renda penalmente indifferente la condotta in essa descritta e non sempre determini, quindi, una totale *abolitio criminis*.

A tal proposito, è stato autorevolmente affermato che “La perdita di rilievo penale di una certa classe di fatti, già riconducibili nel perimetro di una fattispecie legale, invero, si realizza soltanto quando, a seguito della soppressione (integrale o parziale) della medesima, detti fatti non risultano più conformi a nessun'altra fattispecie legale. Può accadere, però, che il sistema giuridico risultante dopo la modificazione legislativa continui ad allegare rilevanza penale a classi di fatti descritti nella norma incriminatrice considerata, perchè inquadrabili o in una fattispecie già prevista dall'ordinamento giuridico e divenuta applicabile solo dopo la modifica legislativa ovvero in altra fattispecie introdotta contestualmente alla soppressione di quella previgente. In queste ultime ipotesi si parla comunemente di *abrogatio sine abolitione*, fenomeno che si verifica quando ad essere abrogata è una norma incriminatrice in rapporto di specialità con una o più norme diverse, aventi regolare efficacia operativa, perchè preesistenti a quella abrogata o introdotte contestualmente in sua sostituzione. L'abolizione del reato, inoltre, può essere anche parziale e si realizza quando l'intervento del legislatore elimina una parte soltanto della fattispecie legale o, contestualmente alla soppressione di una norma incriminatrice di più ampio respiro, introduce - in sostituzione - altra norma speciale, che finisce per ricoprire

un'area di punibilità meno ampia.” (Cass. Pen. sez. un., 26 febbraio 2009, n. 24468) .

Orbene, nel caso in discussione, è pur vero che la previsione di cui all'art. 14, comma 2, della legge n. 230/1998 – relativa al decreto penale di condanna a carico del legale rappresentante della consorziata della ricorrente ed oggetto di contestazione – è stata abrogata, unitamente ad altre previsioni della citata legge, dal d.lgs. n. 66/2010, ma è altrettanto vero che lo stesso decreto legislativo n. 66/2010 ha contestualmente introdotto (art. 2110, commi 1 e 2), con identica formulazione letterale, la medesima previsione del precedente (e ormai abrogato) art. 14, con la conseguenza che non può certo dirsi che i fatti che erano oggetto di quest'ultima previsione, non siano, dopo la modifica legislativa, più conformi a nessun'altra fattispecie legale; in buona sostanza, il legislatore ha continuato ad allegare rilevanza penale a quella determinata classe di fatti descritti nella norma incriminatrice. In tale contesto, che il perimetro applicativo della fattispecie di cui al menzionato art. 2110 sia stato modificato rispetto al precedente art. 14 della legge n. 230/1998, in conseguenza del fatto che è venuto meno il servizio di leva obbligatorio, giusta le modifiche introdotte dalla legge n. 331/2000, successivamente, ribadite dallo stesso decreto n. 66/2010, non rileva ai fini che qui interessano, proprio alla luce dei principi espressi dalla Suprema Corte di Cassazione in tema di *abolitio criminis* e, dunque, in considerazione del fatto che il sistema giuridico risultante dopo la modificazione legislativa di

cui si è detto, continua ad allegare rilevanza penale ai fatti descritti nella norma incriminatrice considerata.

Per tali ragioni, diversamente da quanto sostenuto in ricorso, non pare corretto invocare il comma 2 dell'art. 2 c.p., in tema di successione di leggi penali, dovendosi, invece, fare applicazione della disciplina di cui al comma 4, del medesimo articolo, che prevede che se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo, però, che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.

In tal senso, del resto, si registra la giurisprudenza maggioritaria (e più recente) della Corte di Cassazione, la quale, dopo un'iniziale favore per la tesi dell'*abolitio criminis* (Sez. I, 24 gennaio 2006, n. 7628) ha avuto modo di precisare che "Già prima dell'espressa abrogazione intervenuta con la suddetta legge indicata dal ricorrente - (d. lgs. n. 66/2010)-, la prevalente giurisprudenza di questa Corte riteneva che la sospensione della chiamata obbligatoria alla leva, introdotta con L. n. 331 del 2000 e successive integrazioni, non ha abolito il servizio di leva militare obbligatoria, ma ne ha limitato l'operatività a specifiche situazioni e a casi eccezionali riferiti anche al tempo di pace, sicchè il reato di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza non è stato abrogato, ma è stato modificato il contenuto del precetto penale. Sussiste, pertanto, l'ipotesi di cui all'art. 2 c.p., comma 4, con la conseguenza, che per i fatti anteriormente commessi, sempre che non sia stata pronunciata sentenza di condanna irrevocabile, deve farsi applicazione delle

nuove più favorevoli disposizioni, per le quali la condotta di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza non è più reato” (*Cass. Pen., sez. I, 4 aprile 2012, n. 41282*; nello stesso senso *Cass. Pen. sez. I, 24 febbraio 2010, n. 10424*; *id. 6 novembre 2007, n. 43709*; *id., 9 marzo 2007, n. 12363*).

Per tutte gli argomenti esposti, dunque, le censure formulate in ricorso, sotto questo primo profilo, non possono essere condivise.

Con il secondo motivo di ricorso, parte ricorrente, in buona sostanza, lamenta il fatto che il contestato provvedimento di esclusione non rechi alcuna motivazione in ordine ai presupposti dell’incidenza sulla moralità professionale e della gravità del reato di cui al decreto penale di condanna.

La tesi della ricorrente non è condivisibile.

Invero, il provvedimento di esclusione impugnato risulta essere fondato sulla circostanza che il Presidente del C.d.A. della ditta SEAG srl, consorziata della ricorrente, ha omesso di dichiarare “*la sussistenza di una condanna in violazione delle disposizioni dell’art. 38 del D.Lgs. 163/2006*”. Pertanto, l’esclusione non è dipesa dal fatto che il reato di cui al decreto penale in questione sia stato ritenuto dall’Amministrazione “grave” ed “incidente sulla moralità professionale” ai sensi del comma 1 dell’art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, ma in quanto il legale rappresentante della ditta consorziata ha omesso di dichiarare l’esistenza della suddetta condanna, in violazione del comma 2 dell’art. 38 del codice dei contratti.

Non pare fuori luogo ricordare che il citato comma 2 dell'art. 38 dispone che *“Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, nè le condanne revocate, nè quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione.”*; a tale proposito è stato autorevolmente rilevato che trattasi di *“dichiarazione/prescrizione essenziale che prescinde dalla stazione appaltante perché attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono agli appalti e ai rapporti con la stazione stessa, né si rilevano validi motivi per non effettuare tale dichiarazione, posto che spetta comunque all'Amministrazione la valutazione circa la gravità o meno del reato”,* e ancora che *“Le procedure concorsuali, infatti, perseguono il rispetto rigoroso delle regole poste ad assicurare l'imparzialità e la parità di trattamento in tutte le loro fasi, per cui spetta al concorrente il dovere della diligenza nella osservanza delle disposizioni di legge e concorsuali proprio ai fini della tutela dell'interesse al concorso”* (*Consiglio di Stato, sez. III, 24 giugno 2014, n. 3198*).

D'altra parte, è noto il principio in forza del quale spetta alla Stazione appaltante valutare il precedente penale dichiarato e congruamente motivare in ordine ai requisiti della incidenza sulla moralità professionale e della gravità del reato stesso, ma certo tale valutazione di rilevanza/irrilevanza del precedente – sia in termini di incidenza sulla moralità professionale che di gravità - non può essere compiuta dal concorrente, che non può operare alcun filtro in sede di dichiarazioni rilasciate ex art. 38 D.Lgs. n. 163/2006, con la conseguenza che è onere di questi dichiarare tutti i precedenti penali ex art. 38, la cui valutazione, nei termini sopra riferiti, è riservata in via esclusiva alla stazione appaltante (*Consiglio di Stato, sez. V, 5 settembre 2014, n. 4528; id., sez. III, n. 3198/2014 cit.; id., sez. IV, 25 marzo 2014, n. 1456; id., sez. V, 27 gennaio 2014, n. 400; id., sez. V, 6 marzo 2013, n. 1378*).

In tale prospettiva e a prescindere dalla eventuale fondatezza del motivo, nemmeno assume rilievo la censura di parte ricorrente in ordine alla mancanza di gravità del precedente penale contestato ed alla estraneità del medesimo al tema della c.d. “moralità professionale”, atteso che la sussistenza dei suddetti requisiti non costituisce il motivo di esclusione dalla procedura. Le doglianze di parte ricorrente, pertanto, non possono essere accolte.

Anche il terzo motivo di ricorso non è suscettibile di favorevole apprezzamento.

Il disciplinare di gara, in coerenza con le previsioni del codice dei contratti, imponeva l'obbligo di dichiarare tutte le condanne

subite, come emerge dall'art. 5 del punto D, integrato dalla nota n. 2 a piè pagina, la quale disponeva espressamente “*Devono essere dichiarate tutte le condanne subite ad accezione di quelle relative a reati depenalizzati, ovvero per le quali è intervenuta riabilitazione, ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna, ovvero in caso di revoca della condanna medesima. Sarà la stazione appaltante a valutare la gravità delle stesse in relazione alla moralità professionale*”. Identica previsione era riportata, altresì, nel modello di dichiarazione sostitutiva predisposto dall'Amministrazione e costituente l'Allegato 2.

In ogni caso ed a prescindere dalla espressa previsione della *lex specialis* di gara, giova ricordare come sia stato di recente rilevato che “anche in assenza di un'espressa comminatoria nella *lex specialis*, stante la eterointegrazione con la norma di legge, l'inosservanza dell'obbligo di rendere al momento della presentazione della domanda di partecipazione le dovute dichiarazioni previste dall'art. 38 del D. lgs. n. 163 del 2006 comporta l'esclusione del concorrente, senza che sia consentito alla stazione appaltante disporre la regolarizzazione o l'integrazione, non trattandosi di irregolarità, vizio o dimenticanza di carattere puramente formale (Cons. St., sez. III, 2 luglio 2013, n. 3550; 14 dicembre 2011, n. 6569) (*Consiglio di Stato, sez. V, 5 settembre 2014, n. 4528, cit.*).

Nemmeno è possibile ritenere che le previsioni del disciplinare e del modulo predisposto dalla Stazione appaltante fossero irragionevoli, attesa la conformità delle suddette previsioni al disposto di cui all'art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006.

Anche il terzo ed ultimo motivo di ricorso, dunque, è destituito di fondamento.

In definitiva, per tutte le ragioni sopra esposte, il ricorso è infondato e va, pertanto, respinto.

L'indubbia particolarità delle questioni esaminate unitamente alla non uniformità delle pronunce giurisprudenziali sul tema trattato, consentono di ritenere la sussistenza di quei gravi motivi che permettono di compensare interamente tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Alessio Falferi, Primo Referendario, Estensore

Roberto Vitanza, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/12/2014

IL SEGRETARIO

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