



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 10581 del 2013, proposto da:

J.A.S. Jet Air Service Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Roberto Leccese, Andrea Marega e Paolo Giugliano, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via XX Settembre, 1;

contro

Consip Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Bianchi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Selvaggi in Roma, via Nomentana, 76;

per l'annullamento,

previe misure cautelari,

- del provvedimento assunto da Consip S.p.A. a socio unico, in qualità di stazione appaltante, in data 8 ottobre 2013 (prot. n. 32877/2013), nell'ambito della gara per la prestazione del servizio di trasporto di materiali della Protezione Civile (D 1380 - CIG 51167370F3), di cui al bando pubblicato in G.U.U.E. n. 5-90 del 16 maggio 2013 e in G.U.R.I. n. 57 del 17 maggio 2013, mediante il quale è stata disposta l'esclusione dalla gara della società JAS – Jet Air Service S.p.A., con l'escussione della cauzione, essendo stata ritenuta in veritiera la dichiarazione resa dalla Società in sede di partecipazione alla gara circa l'assenza di condanne ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 163/2006 (il "Codice dei Contratti Pubblici").

- di ogni altro atto o provvedimento presupposto, connesso e comunque consequenziale, nessuno escluso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Consip Spa, con la relativa documentazione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2013 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Rilevato in fatto e considerato in diritto quanto segue;

Rilevato che, con ricorso a questo Tribunale, notificato il 7 novembre 2013 e depositato il successivo 12 novembre,

la società in epigrafe chiedeva l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento con il quale la Consip spa aveva disposto la sua esclusione dalla gara pubblica pure in epigrafe indicata, per avere rilevato una dichiarazione inveritiera ex art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/06 in seguito ad omessa indicazione dell'emissione di un decreto penale di condanna a carico del legale rappresentante p.t., ritenendo non condivisibili le argomentazioni esposte dall'interessata in sede di partecipazione procedimentale fondate sul richiamo al lungo tempo trascorso dalla condanna, pronunciata nel 1995, e al decorso del termine quinquennale di estinzione, con conseguente ritenuta scusabilità dell'errore;

Rilevato che la ricorrente, in sintesi, deduceva *“Illegittimità sopravvenuta del provvedimento di esclusione in conseguenza dell'efficacia sanante in via retroattiva del provvedimento di estinzione del decreto penale di condanna n. 857 del 12 febbraio 1995 emesso dal Tribunale di sorveglianza di Venezia”*, in quanto la sopravvenuta dichiarazione di estinzione ex art. 460, comma 5, c.p.p. pronunciata dall'autorità giudiziaria competente il 5 novembre 2013, estinguendo ogni effetto penale, avrebbe configurato l'illegittimità sopravvenuta del provvedimento impugnato, sanando il carattere non veritiero della dichiarazione fornita, con conseguente necessità di annullamento dell'esclusione e soprattutto dell'escussione della garanzia provvisoria prestata in gara, con relativa restituzione;

Rilevato che si costituiva in giudizio la Consip spa, insistendo per la reiezione del ricorso e che parte ricorrente, in prossimità della camera di consiglio, depositava una memoria ad ulteriore illustrazione delle proprie tesi;

Rilevato che alla camera di consiglio del 4 dicembre 2013, previo avviso alle parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a., la causa era trattenuta in decisione;

Considerato che il Collegio ritiene sussistenti tutti i presupposti per poter definire la controversia con una sentenza in forma semplificata, vertendo la medesima su mera questione di diritto, non contestando parte ricorrente la circostanza dell'omissione della dichiarazione, in sede di gara, ex art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/06, del decreto penale di condanna a pena pecuniaria per reato di cui all'art. 348 c.p.;

Considerato che la legge di gara era chiara nel prevedere tra le condizioni di partecipazione la non sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/06, chiedendo ai concorrenti (punto 2 del Disciplinare) di indicare tutti i provvedimenti di condanna riferiti a qualsivoglia fattispecie di reato ed esclusione solo, tra altri, dei casi di estinzione del reato se dichiarata dal giudice dell'esecuzione;

Considerato che altrettanto pacifica appare la circostanza per la quale la dichiarazione di estinzione è intervenuta solo in data 5 novembre 2013 su iniziativa della parte interessata dopo l'avvio del procedimento di esclusione e che al Collegio appare logica e priva di incertezza interpretativa la su richiamata clausola del Disciplinare, che escludeva solo la dichiarazione di reati per i quali l'estinzione in seguito a pronuncia giurisdizionale era intervenuta al momento della proposizione della domanda di partecipazione alla gara, per cui appare esente da vizi la motivazione del provvedimento impugnato per il quale non rilevavano il lungo tempo trascorso, la tenuità del reato o la sua potenziale estinguibilità per decorrenza del quinquennio, in relazione alla chiara lettera della legge di gara interpretabile da operatore professionale del settore, come può configurarsi il rappresentante legale di impresa interessata alla gara;

Considerato che più volte la giurisprudenza, con cui il Collegio concorda, ha precisato che nelle gare indette per l'aggiudicazione di un appalto pubblico è legittima l'esclusione del concorrente per incompleta/omessa dichiarazione dei precedenti penali prevista dall'art. 38 d.lgs. n. 163/06, anche se per il reato da lui commesso si sono verificate le condizioni per l'estinzione ove i relativi presupposti, pur operando *“ope legis”*, non siano stati già accertati con una pronuncia del giudice dell'esecuzione su istanza dell'interessato (Cons. Stato, Sez. V, 18.12.12, n. 6393);

Considerato, altresì, che la medesima giurisprudenza ha specificato anche che appare irrilevante la circostanza per la quale il reato di cui risulta l'omessa dichiarazione sia stato dichiarato estinto ove il relativo provvedimento sia stato emesso dal giudice penale dopo la scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, che segna inderogabilmente il momento nel quale i requisiti di ammissione devono essere posseduti (Cons. Stato, Sez. VI, 14.7.11, n. 4277 e III, 15.7.11, n. 4333);

Considerato che non può rilevare la successiva dichiarazione di estinzione del 5 novembre 2013, in seguito a procedimento avviato dall'interessato solo dopo la disposta esclusione, inerendo l'efficacia della dichiarazione in questione sugli effetti penali ma non sulla legittimità di un provvedimento amministrativo adottato quando l'Amministrazione non poteva conoscere neanche l'intenzione dell'interessato di presentare la domanda di estinzione e se ne sussistevano i presupposti, dato che il fondamento del provvedimento impugnato contesta la veridicità in sé della dichiarazione resa, in relazione ai principi generali di trasparenza e "par condicio" applicabili ex d.lgs. n. 163/06, e non la consistenza o efficacia della sentenza di condanna la cui dichiarazione risultava omessa da operatore professionale del settore;

Considerato che non può configurarsi l'invocata illegittimità sopravvenuta del provvedimento impugnato, con conseguente escussione della cauzione, in quanto la dichiarazione di estinzione si configura come fatto estrinseco alla fattispecie inerente al provvedimento impugnato né riguarda l'applicazione e/o l'efficacia di norma espunta dall'ordinamento con effetto "ex tunc", secondo i parametri, tra l'altro di non pacifica condivisione, che la dottrina e la giurisprudenza richiamano in ordine alla configurazione della fattispecie dell'"illegittimità sopravvenuta" di provvedimento amministrativo (Cons. Stato, Sez. IV, 21.8.12, n. 4583);

Considerato, quindi, che il ricorso non può trovare accoglimento ma che le spese di lite possono eccezionalmente compensarsi, attesa la peculiarità della fattispecie;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) definitivamente pronunciando ai sensi dell'art.60 c.p.a. sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 4 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Maria Grazia Vivarelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/12/2013

IL SEGRETARIO

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