



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 la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1435 del 2014, proposto da:
Network Energy Company - Nec S.r.l.s., rappresentata e difesa dagli
avv.ti Marinella Baldi e Giuseppe Inglese, con domicilio eletto in
Brescia presso la Segreteria del T.A.R., Via Carlo Zima, 3;

contro

Provincia di Bergamo, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giorgio
Vavassori, Bortolo Luigi Pasinelli e Katia Nava, con domicilio eletto
in Brescia presso lo studio dell'avv. Enrico Codignola, Via
Romanino,16;

nei confronti di

Mario Lodi, in proprio e quale capogruppo dell'Associazione
Temporanea di Impresa con Promoeco Servizi Multiservizi Energia
S.r.l. e Sea S.r.l., non costituito in giudizio;

Promoeco Servizi Multiservizi Energia S.r.l. e Sea S.r.l. rappresentate
e difese dagli avv.ti Giorgio Leccisi e Chiara Ghidotti, con domicilio

eletto in Brescia presso lo studio della prima, Via Solferino, 59;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento in concessione del servizio di ispezione dello stato di esercizio e manutenzione degli impianti termici e del rendimento di combustione degli stessi, ricadenti nel territorio della Provincia di Bergamo, capoluogo compreso, per otto mesi, comprensivo delle attività di gestione del catasto unico regionale impianti termici (CURIT), adottato nel corso della seduta di gara del 10 ottobre 2014 e comunicato, ai sensi dell'art. 79, comma 5, lettera b) del d. lgs. 136/2006, il 13 ottobre 2014;

- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale a quello impugnato, tra cui, in particolare:

-- i verbali di gara n. 13 e 12 del 10 ottobre 2014;

-- i verbali di gara n. 14 e 15, rispettivamente del 23 e 30 ottobre 2014;

-- la nota a mezzo pec con cui è stata segnalata l'esclusione all'AVCP, oggi Autorità Nazionale Anticorruzione;

-- nonché, all'occorrenza, del bando di gara, del disciplinare e della modulistica ivi indicata;

-- della nota del 23 ottobre 2014, di convocazione per l'aggiudicazione provvisoria in data 30 ottobre 2014;

-- del verbale di gara n. 16 della seduta pubblica del 30 ottobre 2014, di aggiudicazione provvisoria;

-- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva;
-- dell'eventuale provvedimento di consegna del servizio, ove nel frattempo emanato;
nonché per la declaratoria
di inefficacia dell'eventuale contratto stipulato;
nonché per la reintegrazione in forma specifica mediante ammissione alla successiva fase della gara;
ovvero per la condanna
dell'Amministrazione al risarcimento dei danni subiti in conseguenza dei provvedimenti impugnati anche a titolo di perdita di *chance*.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Bergamo e delle società Promoeco Servizi Multiservizi Energia S.r.l. e Sea S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2015 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara per l'affidamento in concessione del servizio di ispezione dello stato di esercizio e manutenzione degli impianti termici e del rendimento di

combustione degli stessi, ricadenti nel territorio della Provincia di Bergamo, capoluogo compreso, per otto mesi, comprensivo delle attività di gestione del catasto unico regionale impianti termici (CURIT), ottenendo, nella seduta del 23 settembre 2014, il miglior punteggio per l'offerta tecnica ed economica (85 su 100).

Il 10 ottobre 2014, però, la stessa è stata esclusa dalla gara per non aver dichiarato, ai sensi dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006, la sentenza di condanna riportata dalla legale rappresentante della NEC Srls che, secondo la difesa della stessa, sarebbe intervenuta per un modesto inadempimento contributivo, portando all'irrogazione di una sanzione assai lieve e condizionalmente sospesa e sarebbe relativa ad un comportamento che ricadrebbe nell'intervento di depenalizzazione di cui alla legge n. 67/2014 (trattasi, infatti, di condanna comminata alla legale rappresentante della NEC con sentenza del 29 novembre 2012, divenuta irrevocabile il 14 aprile 2013, per omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali - per un importo di 151 euro, pagato già prima della condanna penale -, punito con la pena della reclusione di mesi uno e multa di euro 200, con concessione delle attenuanti generiche e sospensione condizionale della pena).

Secondo la stazione appaltante, però, operando tale omissione, la legale rappresentante della NEC avrebbe dichiarato il falso e impedito alla stazione appaltante di vagliare la gravità della condanna e per tale ragione, nonostante fosse stata rappresentata la irrilevanza

dell'omissione in ragione dell'intervenuta depenalizzazione del reato, essa ha disposto l'esclusione dalla gara della ricorrente, che è stata confermata con il verbale del 30 ottobre 2014, n. 15, dal momento che la depenalizzazione è stata ritenuta non immediatamente operante, ma subordinata all'emanazione dei decreti governativi attuativi della delega (Corte di Cassazione, sentenza n. 38080 del 17 settembre 2014).

Secondo parte ricorrente, i provvedimenti così adottati dalla stazione appaltante (e quelli successivi, in quanto viziati da invalidità derivata), sarebbero illegittimi per le seguenti ragioni di diritto:

1. violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006 e dell'art. 45, par. 2, della direttiva 2004/18/CE, eccesso di potere per errore sui presupposti, carenza di istruttoria e di motivazione, illogicità, ingiustizia grave e manifesta. Secondo la giurisprudenza richiamata, le violazioni gravi, che potrebbero condurre all'esclusione, sarebbero solo quelle incidenti in concreto sulla moralità del partecipante alla gara o relative a omissioni contributive "ostative", al momento della partecipazione alla gara, al rilascio del DURC. Nel caso di specie, la stazione appaltante avrebbe violato i principi ricavabili dalle norme caldate in quanto, contrariamente a quanto affermato come necessario dal Consiglio di Stato (4 giugno 2010, n. 3560), non avrebbe effettuato un vero giudizio di gravità del fatto e, dunque, di ricaduta del comportamento censurato sulla moralità del partecipante alla gara e non avrebbe tenuto conto del

requisito della regolarità contributiva al momento della partecipazione alla gara;

2. violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 46 del d. lgs. 163/2006, eccesso di potere per errore sui presupposti, carenza di istruttoria e di motivazione, illogicità, ingiustizia grave e manifesta. L'omessa dichiarazione non avrebbe potuto essere considerata come "falsa dichiarazione" legittimante l'esclusione, poiché non era previsto l'obbligo di dichiarare tutte le condanne subite. Come affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 1799 del 27 marzo 2012, "il concorrente può ritenersi esonerato dal dichiarare l'esistenza di condanne per infrazioni penalmente rilevanti, ma di lieve entità". Il modello predisposto, in quel caso, come in quello in esame, prevedeva una dichiarazione barrando o la casella nella quale, in sintesi, si affermava che il dichiarante non è stato condannato per reati gravi incidenti sulla moralità professionale o che, invece, è stato condannato, ma non esplicitava la necessità di indicare eventuali condanne non rientranti nella prima categoria;

3. violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 46 del d. lgs. 163/2006 sotto altro profilo, per non aver considerato la sopravvenuta pubblicazione della notizia di numerose pronunce penali che hanno dichiarato l'intervenuta depenalizzazione del reato di omesso versamento di ritenute previdenziali (legge 28 aprile 2014, n. 67, entrata in vigore il 17 maggio 2014). Ciò avrebbe, quantomeno, ingenerato un dubbio sulla rilevanza della condanna,

che avrebbe dovuto condurre la stazione appaltante, al più, a consentire un'integrazione della dichiarazione mancante;

4. violazione e falsa applicazione degli artt. 38, comma 2 bis e 46 del d. lgs. 163/2006, nonché dell'art. 39 del d.l. 90/2014, per non aver consentito la regolarizzazione dietro pagamento di sanzione pecuniaria prevista dall'ultima norma citata, applicabile anche al bando di cui trattasi, in quanto pubblicato il 27 giugno 2014 (mentre la norma è entrata in vigore il 25 giugno 2014).

La Provincia si è costituita in giudizio, eccependo, in primo luogo, la tardività del ricorso per mancata impugnazione del bando di gara e degli atti presupposti, quantomeno nella parte in cui deduce questioni che riguardano non l'esclusione in quanto tale, ma il bando di gara (in particolare le disposizioni relative ai requisiti di partecipazione). In ogni caso, la ricorrente avrebbe prestato acquiescenza alle previsioni del bando, avendo dichiarato espressamente di accettarle, congiuntamente con quelle contenute nel disciplinare e nei documenti di gara.

Nel merito il ricorso sarebbe infondato. La prima censura, in quanto la valutazione di gravità del reato che parte ricorrente invoca come necessaria, sarebbe stata preclusa alla stazione appaltante proprio dall'omissione della ricorrente. Inoltre - ha evidenziato la Provincia - l'attuale regolarità contributiva non potrebbe avere particolare rilevanza, atteso che, all'atto della partecipazione alla gara, la ricorrente ha dichiarato, <di avere "nessuna posizione" INPS e

INAIL>.

Nemmeno la seconda censura sarebbe fondata, in quanto il disciplinare di gara prevedeva il divieto di partecipare per 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'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; ...*omissis*... la dichiarazione deve essere resa singolarmente, a pena di esclusione, da tutti i soggetti sopra indicati, con indicazione di tutte le condanne eventualmente riportate, nonché gli eventuali carichi pendenti, in modo da consentire alla S.A. di effettuare la dovuta disamina delle stesse e valutarne l'incidenza sull'affidabilità professionale dell'impresa anche in seduta di gara;» (cfr. doc.n.1 cit., pag. 5).

In ogni caso, il modello di dichiarazione predisposto prevedeva che “ai fini di quanto previsto dall'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii. (barrare la casella corrispondente):

l'assenza di condanne penali oppure le seguenti condanne penali”. La ricorrente avrebbe, dunque, dovuto barrare la seconda

casella e dare conto della condanna riportata dalla propria legale rappresentante, così da consentire alla stazione appaltante di valutare la gravità della condanna.

Per quanto attiene al terzo motivo di ricorso, la Provincia - dopo aver evidenziato che nella prima istanza di riammissione la ricorrente ha sostenuto di essersi dimenticata di esser sottoposta a procedimento penale per i fatti che hanno portato alla sua condanna, di cui non era stata portata a conoscenza dal proprio legale, nella seconda istanza ha dichiarato di aver omesso l'indicazione della condanna in ragione delle pronunce che avrebbero dato conto della depenalizzazione del reato - ha richiamato il verbale della Commissione nella quale si dà conto del fatto che le norme contenenti la depenalizzazione del reato in questione non erano ancora entrate in vigore il 17 maggio 2014, necessitando di apposito decreto legislativo. Circostanza affermata dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 38080 del 2014.

Né avrebbe potuto trovare applicazione il comma 2 bis dell'art. 38, entrato in vigore solo dopo la pubblicazione del bando, intervenuta, mediante pubblicazione sulla GUCE del 12 giugno 2014 e comunque preordinato a consentire l'integrazione della documentazione attestante i requisiti di partecipazione, ma non certo ad evitare l'esclusione dalla gara per falsità delle dichiarazioni rese.

A sua volta, la parte controinteressata e costituita sostiene che la motivazione dell'esclusione, riconducibile ad una falsa dichiarazione,

renderebbe addirittura inammissibile il ricorso, solo strumentalmente rivolto a contestare la gravità del reato per cui la legale rappresentante della ricorrente è stata condannata.

Ciò che è stato contestato alla ricorrente, dunque, non è tanto la violazione dell'art. 38, quanto la violazione dell'art. 46 del DPR 445/00 nell'aver affermato il falso. A tal fine, SEA e Promoeco hanno sottolineato come il disciplinare di gara prevedesse espressamente l'obbligo di dichiarare "tutte le condanne eventualmente riportate, nonché gli eventuali carichi pendenti, in modo da consentire alla S.A. di effettuare la dovuta disamina delle stesse e valutarne l'incidenza sull'affidabilità professionale dell'impresa anche in seduta di gara" (così proprio la *lex specialis*).

In ogni caso, l'esclusione sarebbe stata motivata in ragione della gravità sia dell'omissione in sé, che del reato specifico, tenendo conto anche che la società è stata costituita *ad hoc* per la partecipazione alla gara: fondata il 14 luglio 2014 è stata iscritta nel registro delle imprese il successivo 23 luglio e ha avviato l'attività il 28 dello stesso mese e, dunque, nessuna ulteriore valutazione sulla solvibilità o regolarità della stessa poteva essere condotta in assenza di attività pregressa.

Ne consegue che la regolarizzazione sarebbe stata, comunque, inammissibile.

L'istanza cautelare è stata respinta, non essendo stato ravvisato il *fumus boni iuris* in quanto dedotto da parte ricorrente.

In vista della pubblica udienza, la controinteressata ha depositato una memoria nella quale ha ribadito come il comportamento della ricorrente abbia integrato la violazione della *lex specialis* di gara, oltre che la violazione dell'obbligo di cui all'art. 38 del d. lgs. 163/2006 e come, comunque, la stazione appaltante, una volta appreso dell'esistenza della condanna, abbia compiuto un'attenta attività di valutazione da cui è scaturito un giudizio di gravità del reato commesso, non ancora depenalizzato, tale da incidere sulla moralità dell'imprenditore e, dunque, sull'ammissibilità dell'offerta della società di cui essa è amministratrice.

La ricorrente, al contrario, ha precisato come, a suo modo di vedere, la stazione appaltante avrebbe erroneamente correlato una (modesta) condanna penale (per una condotta, peraltro, depenalizzata dalla legge 67/2014, pur in assenza del necessario decreto attuativo) al requisito della regolarità contributiva (dimostrata, invece, dal DURC regolare) e all'art. 38, comma 1, lettera i) del codice degli appalti per trarne un'inesistente valutazione di gravità della fattispecie.

In ogni caso la reazione all'omessa dichiarazione della condanna sarebbe sproporzionata ed illogica, in quanto, per effetto di essa, la società ricorrente ha subito, oltre all'esclusione dalla gara, la segnalazione all'Autorità Nazionale Anticorruzione e la sua amministratrice anche la segnalazione alla Procura della Repubblica: tutto ciò in contrasto con la tendenza, a livello comunitario, a riconoscere l'irrilevanza delle mere irregolarità formali.

La NEC ha altresì contestato le eccezioni in rito, in quanto essa non ha censurato le disposizioni del bando (e, quindi, non vi sarebbe tardività), né avrebbe prestato acquiescenza, dal momento che l'accettazione delle clausole della gara non determinerebbe l'impossibilità di dolersi delle stesse nel caso di adozione di provvedimenti lesivi che abbiano in queste il loro presupposto.

Infine, anche la Provincia ha depositato una memoria nella quale ha ribadito quanto già precedentemente rappresentato.

Nella propria replica, la ricorrente ha ampiamente sostenuto la tesi secondo cui l'unica pubblicazione rilevante, ai fini della produzione dei relativi effetti, è quella nella Gazzetta Ufficiale italiana e non anche quella nella Gazzetta della Comunità europea, con la conseguenza che, essendo la prima intervenuta il 27 giugno 2014, avrebbe dovuto trovare applicazione il D.L. 90/2014, entrato in vigore il 25 giugno 2014 e, dunque, la ricorrente, ai sensi del comma 2 bis dell'art. 38 e del comma 1 ter dell'art. 46 del d. lgs. 163/2006, da esso introdotti, non avrebbe dovuto essere esclusa, ma la Provincia avrebbe dovuto limitarsi ad invitare la Network a sanare l'irregolarità, dietro pagamento di sanzione pecuniaria.

La controinteressata ha individuato il *focus* della questione dedotta non tanto nella gravità del reato commesso dal legale rappresentante, ma, prima ancora, nella non veridicità della dichiarazione della stessa. La rilevanza del comportamento ai sensi dell'art. 46 del DPR 445/00 prescinde, dunque, sia dal giudizio di gravità del reato, sia dalla

buona fede del dichiarante e andrebbe valutata in considerazione della “oggettiva idoneità probatoria” della dichiarazione.

Tutto ciò, fermo restando il giudizio di rilevanza del reato, che è scaturito da un comportamento attinente all’esercizio dell’attività professionale, non ancora depenalizzato dal legislatore.

Alla pubblica udienza del 28 gennaio 2015, la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Debbono essere, preliminarmente, respinte le eccezioni in rito proposte dalla Provincia di Bergamo.

Il ricorso, infatti, non può essere considerato tardivo: indiscusso che la NEC abbia accettato le clausole del bando, ciò di cui si controverte, nel caso di specie, non è l’eventuale effetto escludente di una di esse, ma i, pretesi illegittimi, effetti dell’applicazione delle disposizioni della *lex specialis* in concreto operata dalla stazione appaltante. In altre parole, non è la clausola, ma l’interpretazione di essa che ne è stata fatta dalla Provincia, ad essere risultata in concreto lesiva della posizione giuridica soggettiva facente capo alla odierna ricorrente e ad essere stata sottoposta al giudizio di legittimità di questo Tribunale.

Nessuna tardività è, dunque, rilevabile, nel caso in esame, con la conseguenza che è possibile passare ad esaminare il ricorso nel merito.

In primo luogo, *re melius perpensa*, il Collegio ritiene di dover

valorizzare, al fine di individuare la norma in effetti applicabile alla fattispecie, il fatto che il bando è stato pubblicato sulla GURI dopo l'entrata in vigore del d.l. 90/2014: la pubblicazione è avvenuta il 27 giugno 2014 e, dunque, dopo l'entrata in vigore del comma 2 *bis* dell'art. 38 del codice degli appalti introdotto dal suddetto decreto legge (il 25 giugno 2014), con la conseguenza che tale disposizione avrebbe dovuto trovare applicazione alla fattispecie in esame, a nulla rilevando la pubblicazione, anteriore, sulla GUCE.

La giurisprudenza, infatti, risulta convergere nel sostenere che, a tale proposito, deve essere invocato <<il disposto di cui all'art. 66 del Codice dei Contratti, in base al quale (comma 8) è stabilito che gli effetti giuridici che l'ordinamento riconnette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.>> (cfr la sentenza TAR Veneto, I, n. 1791 dd. 17 novembre 2011, confermata da Cons. Stato, 5 dicembre 2014, n. 6028). Irrilevante, dunque, deve ritenersi la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, avente mera valenza accessoria della successiva pubblicazione (peraltro per estratto) sulla GURI. Pertanto, conformemente all'indirizzo già espresso su analoga questione (cfr. T.A.R. Veneto, I, n. 1575 dd. 24 ottobre 2011), anche questo Tribunale non può che fare proprio il principio secondo cui “il riferimento temporale da tenere in considerazione sia quello dell'avvenuta pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana...*omissis*...”, a nulla rilevando, a questo specifico

fine, la data di pubblicazione nella GUCE” (così sempre la sentenza TAR Veneto n. 1791/2011).

Stabilito, quindi, alla luce di tutto quanto premesso, che la pubblicazione rilevante ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile alla fattispecie, in quanto vigente a tale momento, è esclusivamente quella nella GURI, la gara in questione avrebbe dovuto, dunque, essere assoggettata agli effetti dell'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006 ed in particolare del comma 2 bis dello stesso.

A tale proposito non si può, però, omettere di considerare che la commissione ha motivato il rigetto dell'istanza di riammissione alla gara, dando conto che la sig.ra Impellizzeri avrebbe omesso di dichiarare “una circostanza a lei nota, che rappresenta un'autonoma violazione di legge sanzionabile con l'esclusione dalla gara, conformemente ai principi della prevalente e consolidata giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez V, 7 maggio 2013, n. 2462), in virtù di quanto previsto dall'art. 75 del DPR 445/2000, secondo cui qualora emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione sostitutiva rilasciata ex artt. 46 e 47 DPR 445/2000, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera”. La commissione ha, dunque, ritenuto che non si trattasse di una omissione suscettibile di integrazione o regolarizzazione, ma di una omissione di dichiarazione obbligatoria,

non suscettibile di soccorso istruttorio e, ancor più, di una dichiarazione mendace.

Invero, la *lex specialis* di gara prevedeva espressamente l'obbligo di dichiarare "tutte le condanne eventualmente riportate, nonché gli eventuali carichi pendenti, in modo da consentire alla stazione appaltante di effettuare la dovuta disamina delle stesse e valutarne l'incidenza sull'affidabilità professionale dell'impresa anche in seduta di gara". Parte ricorrente ha ommesso di dichiarare la condanna riportata dalla legale rappresentante, con sentenza del 29 novembre 2012, divenuta irrevocabile il 14 aprile 2013, per ommesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali, continuato ex art. 81 c.p.: la questione preliminare di cui si deve occupare questo Tribunale, dunque, è stabilire se tale omissione integri, anche dopo l'entrata in vigore della sopra richiamata novella, un'omissione comportante l'esclusione dalla gara ovvero una irregolarità che, pur essendo "essenziale" potesse comunque, ai sensi del comma 2 bis dell'art. 38 del d. lgs. 163/06, essere sanata entro un termine perentorio assegnato dalla stazione appaltante e previa applicazione della relativa sanzione.

A tal fine si rende necessario indagare la *ratio* della disposizione che, pare al Collegio, possa essere rappresentata dalla volontà di trasfondere in principio normativo l'orientamento giurisprudenziale ampiamente diffusosi negli ultimi anni e fondato su di un'interpretazione sostanzialistica della norma, arrivando a ritenere

preclusa la possibilità, per la stazione appaltante, di escludere l'operatore economico che abbia omesso una dichiarazione ex art. 38 del d. lgs. 163/06 laddove, in concreto, non vi fosse alcunché da dichiarare (Cons. St., sez. III, 16 marzo 2012 n. 1471, in tal senso anche la più recente sent. Cons. St., sez. III, 24 giugno 2014, n.3198). Il legislatore ha, dunque, evidentemente voluto dare rilievo all'effettiva sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti, più che alla formalità della completezza del contenuto delle dichiarazioni.

È il dato sostanziale, dunque, a dover prevalere sul profilo formale, limitando i casi di esclusione del concorrente a quelli in cui l'omessa dichiarazione abbia, in concreto, celato l'esistenza di una condanna rilevante ai fini dell'art. 38 citato, ma proprio questo induce, nel caso di specie, ad escludere che potesse farsi ricorso al soccorso istruttorio, così come introdotto dal d. l. 90/2014, attesa l'effettiva mancanza del requisito essenziale conseguente al giudizio di effettiva incidenza della condanna riportata (e omessa nella dichiarazione) sulla moralità dell'impresa: moralità non altrimenti accertabile, al pari della solvibilità e regolarità della stessa, considerata la costituzione della società ricorrente solo nel luglio 2014 ed esclusa dalla commissione di gara in ragione della specifica valutazione di gravità e rilevanza del reato per cui l'amministratrice della ditta ricorrente è stata condannata.

La dichiarazione di assenza di condanne rilevanti ai sensi della lettera

c) dell'art. 38 in parola e la conseguente omessa indicazione della sentenza riportata dall'amministratrice della ricorrente, integrano, dunque, gli estremi del falso in gara, con tutte le implicazioni che ne derivano anche in termini di non sanabilità della dichiarazione.

L'impugnata esclusione dalla gara non può, dunque, ritenersi illegittima in ragione della mancata applicazione del comma 2 bis dell'art. 38 del d. lgs. 163/06, come introdotto dalla legge di conversione del d.l. 90/2014, con conseguente rigetto della quarta censura dedotta.

Per completare la disamina delle novelle normative chiamate in causa nel caso di specie, si deve, altresì, precisare che, sebbene la legge delega del 28 aprile 2014, n. 67 - dalla quale si può desumere la volontà del legislatore di depenalizzare il comportamento consistente nell'omesso versamento di ritenute previdenziali -, sia stata pubblicata anteriormente al bando dalla cui applicazione sono scaturiti gli atti impugnati, la mancata dichiarazione dell'intervenuta condanna per omesso versamento dei contributi non avrebbe potuto essere giustificata dal riferimento a tale norma, in assenza dell'emanazione del decreto legislativo che dovrà individuare le singole fattispecie oggetto di depenalizzazione. Non può, dunque, ritenersi già operante quella depenalizzazione che avrebbe potuto indurre la ricorrente a non dichiarare l'intervenuta condanna, con la conseguenza che anche la terza censura dedotta non è suscettibile di positivo apprezzamento.

Rimane da comprendere, dunque, se la condanna riportata dalla legale rappresentante della NEC fosse qualificabile come “lieve” e l’omissione della citazione della condanna possa trovare giustificazione nella formulazione non del tutto chiara del modello di domanda di partecipazione alla gara che, secondo parte ricorrente, avrebbe indotto a dichiarare solo le condanne “gravi”.

Come già ricordato nelle premesse, il disciplinare di gara prevedeva, nel rigoroso rispetto della prescrizione di legge, il divieto di partecipare per tutti gli operatori “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'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18”.

In ragione di ciò è stato disposto l’obbligo della dichiarazione, a pena di esclusione, da parte di tutti i soggetti indicati dalla legge, singolarmente, “con indicazione di tutte le condanne eventualmente riportate, nonché gli eventuali carichi pendenti, in modo da consentire alla S.A. di effettuare la dovuta disamina delle stesse e valutarne l’incidenza sull’affidabilità professionale dell’impresa anche

in seduta di gara;”(così sempre il disciplinare di gara).

Il modello di dichiarazione, a sua volta, imponeva, ai fini di quanto previsto dall'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm. di barrare la casella corrispondente al caso del dichiarante, scegliendo tra “l'assenza di condanne penali” oppure “le seguenti condanne penali”, provvedendo alla redazione del relativo elenco.

Il Collegio ritiene, a tale proposito, che la ricorrente avrebbe, dunque, dovuto barrare la seconda casella e dare conto della condanna riportata dalla propria legale rappresentante, così da consentire alla stazione appaltante di effettuare quel giudizio di gravità della condanna che essa ha, conformemente alla legge, avvocato a sè.

Indiscusso che il reato commesso dalla legale rappresentante della NEC rientri tra quelli “propri” dell'imprenditore, essendo scaturito proprio dalla violazione degli obblighi previdenziali facenti capo al titolare dell'impresa e che, conseguentemente, debba essere qualificato come potenzialmente incidente sulla moralità professionale dell'imprenditore, non pare possa essere legittimato il comportamento di quest'ultimo, che si è arrogato la valutazione della gravità del reato la quale, invece, è espressamente e incontestatamente riservata alla stazione appaltante, sia dal legislatore, che dalla speciale disciplina della gara. Diversamente opinando e cioè laddove si ritenesse che rientrasse nella possibilità del partecipante alla gara valutare la gravità della condanna dallo

stesso subita, risulterebbe priva di significato la prescrizione, contenuta anche nel disciplinare di gara, secondo cui l'elencazione delle condanne è necessaria proprio al fine di consentire alla stazione appaltante di valutare l'incidenza sulla moralità del dichiarante delle stesse.

Così respinta la seconda censura, miglior sorte non può essere riservata nemmeno alla prima, incentrata sul concetto di "gravità" della condanna: gravità che, secondo la ricorrente, in relazione alle omissioni contributive, potrebbe ravvisarsi solo laddove il concorrente non fosse in condizioni di produrre un DURC regolare. La tesi non può essere condivisa. La regolarità contributiva è condizione necessaria per poter essere ammessi alla partecipazione alla gara e deve, naturalmente, sussistere in quel momento, ma ciò non può essere confuso con il fatto che l'eventuale omissione contributiva che abbia determinato una responsabilità penale non può essere cancellata dalla sopravvenuta regolarizzazione, che consente di partecipare alla gara, ma a condizione che le pregresse irregolarità non siano qualificate dalla stazione appaltante come comportamenti incidenti sulla moralità e professionalità dell'imprenditore. La dichiarazione delle condanne subite è necessaria, dunque, per consentire all'appaltante di compiere quest'ultima valutazione, a prescindere dalla tempestiva regolarizzazione della posizione contributiva da parte dell'aspirante appaltatore.

Il Collegio ritiene pienamente condivisibile la giurisprudenza invocata da parte ricorrente (Cons. Stato, sentenza n. 5558/2013), secondo cui non può operare un automatismo in forza del quale ogni violazione contributiva corrisponda automaticamente ad una condanna grave ed incidente sulla moralità e professionalità, ma nel caso di specie, l'esclusione della ricorrente è scaturita da un fatto che sta a monte di ciò e cioè l'omessa dichiarazione di una condanna per omesso versamento di contributi, la cui gravità avrebbe dovuto essere assoggettata al vaglio della stazione appaltante, affinché questa potesse esprimere il giudizio che le era riservato dalla norma e dalla *lex specialis* della gara.

Di qui l'esclusione dei vizi dedotti con riferimento all'esclusione disposta dalla stazione appaltante in ragione della rigida interpretazione della norma e della *lex specialis* di gara, per cui l'omessa dichiarazione della condanna riportata - essendo correlata ad un reato strettamente connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale - ha illegittimamente (a prescindere da ogni valutazione sull'elemento psicologico) sottratto *ex ante* al giudizio della stazione appaltante la gravità ed incidenza del reato sanzionato, indipendentemente dal giudizio espresso *ex post* dalla commissione di gara.

Così rigettato il ricorso, le spese del giudizio seguono l'ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida, a favore di ciascuna delle parti resistenti, in euro 3.000,00 (tremila/00), per un totale di euro 6.000,00, oltre ad IVA, C.P.A. ed altri accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/02/2015

IL SEGRETARIO

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

