



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8007 del 2011, proposto da:

EDILSTRADE MINTURNO S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Grazia Antonio Romano e Francesca Messina, con domicilio eletto presso Lisanti Maria Cba Studio Legale E Tributario in Roma, via Flaminia, n.135;

contro

LA CASTELLESE COSTRUZIONI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Rossella Verderosa, con domicilio eletto presso Andrea Abbamonte in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

PROVINCIA DI POTENZA, in persona del Presidente della Giunta provinciale in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. BASILICATA – POTENZA, Sez. I, n. 472 del 15 settembre 2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI COMPLETAMENTO DELLA STRADA SERRAPOTINA - TRATTO CARBONE - TORRENTE VALLONE - (RIS.DANNI);

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di La Castellese Costruzioni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2011 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Petrillo, per delega dell'avv. Romano, e Verderosa;

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

FATTO

1. La Provincia di Potenza con bando pubblicato in G.U.R.I., V Serie Speciale, n. 126 del 29 ottobre 2010 ha indetto una gara a procedura aperta per l'appalto dei lavori di “Completamento della Strada Serrapontina – Tratto Carbone – Torrente Vallone”, per un importo complessivo di €. 999.579,21.

L'aggiudicazione, originariamente disposta, giusta verbale rep. n. 30188 del 30 novembre 2010, in favore dell'A.T.I. tra Patanella & C. s.n.c. e Tartaglia Donato & Figlio s.n.c. (mandante), è stata revocata con determinazione dirigenziale n. 963 dell'8 aprile 2011 a causa dell'esito negativo della verifica dei requisiti dichiarati in sede di gara; anche la successiva aggiudicazione, disposta, giusta verb. rep. n. 30245 del 27 aprile 2011, in favore dell'impresa La Castellese Costruzioni s.r.l. è stata revocata (per essere stata resa una dichiarazione non veritiera circa il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38, comma 1, lett c), e comma 2 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) con determinazione dirigenziale n. 1782 del 14 giugno 2011: i lavori in questione sono stati infine affidati con determinazione dirigenziale n. 1957 del 27 giugno 2011 a EdilStrade Minturno s.r.l.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, sez. I, con la sentenza n. 472 del 15 settembre 2011, nella resistenza dell'intimata amministrazione provinciale e della controinteressata EdilStrade Minturno s.r.l., ha accolto il ricorso proposto da La Castellese Costruzioni s.r.l., annullando le determinazioni dirigenziali n. 1782 del 14 giugno 2011 e n. 1957 del 27 giugno 2011 e facendo obbligo all'amministrazione provinciale di Potenza di emanare in favore della ricorrente il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto e di stipulare il relativo contratto di appalto.

Secondo il tribunale, infatti, pur non potendo dubitarsi per un verso della legittimità sia della clausola del bando di gara che imponeva ai

concorrenti l'obbligo di dichiarare tutte le condanne penali definitive, sia dei provvedimenti di esclusione dalla gara dei concorrenti che avevano omesso tale dichiarazione, e per altro verso della necessità, ai fini della rilevanza della causa di estinzione del reato, di un apposito provvedimento del giudice dell'esecuzione penale ex art. 676 C.P.P. (in assenza del quale l'estinzione non operava ipso iure), ciò nonostante era da ritenersi fondata la censura di violazione dell'art. 5, comma 2, lett. D), del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, come modificato a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 8 ottobre 2010, n. 287, in quanto l'esclusione della società ricorrente dalla gara - per non aver dichiarato la sentenza patteggiata ex art. 444 C.P.P. del Pretore di S. Angelo dei Lombardi n. 95 del 20 maggio 1996 - era stata disposta in virtù di un certificato giudiziario integrale, richiesto d'ufficio dall'amministrazione appaltante, nel quale, proprio ai sensi della invocata norma, come modificata per effetto della ricordata pronuncia della Corte Costituzionale, vi era l'indicazione di quella sentenza patteggiata (che invece non poteva essere riportata).

3. EdilStrade Minturno s.r.l. con rituale e tempestivo atto di appello ha chiesto la riforma di tale sentenza, sottolineando la legittimità dell'operato dell'amministrazione appaltante e per converso l'erroneità delle argomentazioni utilizzate dai primi giudici per l'accoglimento del ricorso, anche in ragione della ratio dell'articolo 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e degli accertamenti

dell'amministrazione.

Ha resistito all'appello La Castellese Costruzioni s.r.l., che ne ha dedotto l'inammissibilità e l'infondatezza, evidenziando, per un verso, che non era stati neppure esposti i singoli motivi di gravame e, per altro verso, che correttamente i primi giudici avevano ritenuto che l'obbligo dei concorrenti di dichiarare tutte le sentenze di condanna ed il correlato potere di accertamento dell'amministrazione appaltante era da intendersi limitato alle sentenze iscritte, secondo quanto poteva emergere dal certificato di cui all'articolo 21 o dalle visure storiche di cui all'articolo 33 del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313; sono state peraltro anche riproposte le altre censure sollevate col ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

La Provincia di Potenza non si è costituita in giudizio.

4. All'udienza in camera di consiglio del 6 dicembre 2011, dopo la rituale discussione, avvisate le parti presenti, la causa è stata trattenuta in decisione per il merito.

DIRITTO

5. L'appello è ammissibile e fondato.

5.1. Non può infatti trovare accoglimento l'eccezione sollevata dall'impresa appellata di inammissibilità del gravame per l'asserita mancanza di specificità dei relativi motivi.

Come puntualizzato dalla giurisprudenza, il requisito della specificità dei motivi di appello, prescritto dall'art. 342 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo, ed ora dall'art. 104 c.p.a., non si presta

ad una definizione generale, astratta e assoluta, dovendo piuttosto essere correlato alla motivazione della sentenza impugnata, nel senso che la manifestazione volitiva dell'appellante deve essere formulata in modo da consentire d'individuare con chiarezza le statuizioni investite dal gravame e le specifiche critiche indirizzate alla motivazione, dovendo contenere l'indicazione, sia pure in forma succinta, degli "errores" attribuiti alla sentenza censurata, i quali vanno correlati alla motivazione di questa ultima e possono essere più o meno articolati, a seconda della maggiore o minore specificità nel caso concreto di quella motivazione (Cass. civ., sez. II, 5 maggio 2009, n. 10356).

In realtà il principio di specificità dei motivi di gravame impone all'appellante di individuare con chiarezza le statuizioni investite dal gravame e le censure in concreto mosse alla motivazione della sentenza impugnata, in modo che sia possibile desumere quali siano le argomentazioni fatte valere da chi ha proposto l'impugnazione in contrapposizione a quelle evincibili dalla sentenza impugnata, dovendosi perciò ritenere inammissibile l'appello quando, per l'individuazione dei motivi, l'appellante si richiami genericamente alle deduzioni, eccezioni e conclusioni della comparsa depositata in primo grado o ad altri scritti difensivi (C.d.S., sez. V, 14 maggio 2010, n. 3019; 29 dicembre 2009, n. 8966; sez. IV, 16 aprile 2010, n. 2178; sez. VI, 29 marzo 2011, n. 1897; 15 dicembre 2010, n. 8932; 18 ottobre 2010, n. 7569; Cass, civ., sez. I, 11 ottobre 2006, n. 21816).

Nel caso di specie, ad avviso della Sezione, dalla lettura dell'atto di appello emergono in maniera sufficientemente chiara (ancorché senza indicazione di un'apposita rubrica, circostanza quest'ultima del tutto irrilevante), sia le statuizioni della sentenza investite dal gravame, sia le censure mosse alla sentenza impugnata e soprattutto le argomentate ragioni per le quali l'appellante ha ritenuto ingiuste ed erronee le conclusioni cui sono pervenuti i primi giudici.

Ciò esclude la sussistenza del dedotto vizio dell'atto di appello, dovendo ribadirsi che il principio di specificità dei motivi di appello rappresenta lo strumento necessario per assicurare il diritto di difesa dell'appellato, diritto di difesa che nel caso di specie non risulta minimamente intaccato, atteso che la società appellata ha compiutamente ed adeguatamente svolto le proprie difese di merito (C.d.S., sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8966).

5.2. Passando all'esame della questione di merito, la Sezione osserva quanto segue.

5.2.1. Il bando di gara, al punto 3 del paragrafo concernente la "Documentazione per la partecipazione alla gara", prevedeva espressamente, a pena di esclusione, la produzione di una "dichiarazione sostitutiva ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000... del titolare e il direttore tecnico se trattasi di impresa individuale, il socio e il direttore tecnico se trattasi di società in nome collettivo, i soci accomandatari e il direttore tecnico se trattasi di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti

di potere di rappresentanza e il direttore tecnico se trattasi di altro tipo di società, i quali attestano l'inesistenza delle situazioni indicate al comma 1 lettera b), c) ed m – ter dell'art. 38 del D. Lgs. 163/2006”, aggiungendo che “...qualora i soggetti suddetti, abbiano subito condanne penali di qualsiasi tipologia e natura, gli stessi sono tenuti a corredare la dichiarazione di cui sopra di una ulteriore dichiarazione nella quale vengono elencate tutte le condanne subite, comprese quelle per le quali abbiano beneficiato della non menzione”, con l'ulteriore precisazione che “Nel caso in cui, a seguito di verifica dei requisiti, questo Ente rilevi l'esistenza di condanne penale non dichiarate, pur non riguardando le stesse la tipologia di reati di cui all'art. 38 comma 1 lett. c), si provvederà all'esclusione del concorrente reticente”.

In punto di fatto è' pacifico che, come emerso dalle verifiche disposte d'ufficio dall'amministrazione appaltante, la dichiarazione resa dal legale rappresentante della società La Castellese Costruzioni s.r.l. in ordine alla insussistenza di sentenze penali non era veritiera, essendo stata emessa nei confronti di Raffaele Costa, legale rappresentante della predetta società cessato nel triennio precedente, una sentenza ex art. 444 e 445 c.p.p. della Pretura di S. Angelo dei Lombardi, sezione staccata di Montella, irrevocabile l'11 giugno 1996, non dichiarata, per violazione del T.U. sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro (art. 39, lett. c, del D.P.R. 27 aprile 1965, n. 547) e per violazione delle norme per l'igiene del lavoro (art. 39, lett. c, del

D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303).

5.2.2. La giurisprudenza ha avuto modo di precisare ripetutamente che la violazione degli obblighi dichiarativi, puntualmente richiesti dal bando di gara con riferimento all'esistenza di condanne penali, rende legittimo il provvedimento di esclusione dalla gara, risultando irrilevante l'indagine sui motivi che avevano indotto a rendere dichiarazioni non veritiere e sulla sussistenza o non del dolo o della colpa del dichiarante (C.d.S., sez. V, 08 ottobre 2010 , n. 7349), configurandosi quale autonoma di esclusione dalla procedura comparativa (C.d.S., sez. V, 13 luglio 2010 , n. 4520; 12 aprile 2007, n. 1723).

E stato anche evidenziato che la mancata dichiarazione dell'esistenza di condanne penali costituisce una circostanza che assume valore autonomo idonea ad incidere sulla moralità professionale del soggetto a prescindere da ogni valutazione circa la rilevanza del reato non dichiarato, rimanendo esclusa la possibilità che sia lo stesso concorrente a stabilire l'effettiva incidenza del reato compiuto sulla propria moralità professionale, incombando su di essa l'onere di dichiarare alla stazione appaltante tutte le condanne subite dai suoi legali rappresentanti (C.d.S., sez. III, 11 febbraio 2010 , n. 485), precisando, sotto altro concorrente profilo, che solo laddove il bando richiede genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione dell'art. 38 del Codice degli appalti, può giustificarsi una valutazione della gravità delle condanne subite da

parte del concorrente (sicché questi non potrà essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato tutte le condanne penali, l'esclusione dovendo in tal caso conseguire alla valutazione della loro gravità da parte dell'amministrazione appaltante, con l'ulteriore conseguenza che la dichiarazione del concorrente non potrà essere ritenuta falsa), mentre allorquando il bando non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione, ma imponga l'obbligo di dichiarare tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando (C.d.S., sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905; 21 dicembre 2010, n. 9324).

Occorre aggiungere poi, sotto altro concorrente profilo, che non è dato dubitare della ragionevolezza e della proporzionalità (e dunque della sostanziale legittimità) di una clausola del bando, come quella ricordata sub. 5.2.1., che imponga ai concorrenti di dichiarare tutte le condanne penali eventualmente riportate, trattandosi di una misura, non particolarmente gravosa, adeguata per consentire all'amministrazione appaltante di poter valutare la eventuale gravità degli illeciti commessi, appurando puntualmente la loro affidabilità morale.

5.2.3. Diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, la correttezza dell'operato dell'amministrazione appaltante e la

legittimità del provvedimento impugnato in primo grado (alla stregua del suindicato substrato fattuale e giurisprudenziale), non sono minimamente scalfiti dalla circostanza che il certificato del casellario giudiziale della Procura della Repubblica presso il Tribunale di S. Angelo dei Lombardi (n. 2925/2011/R del 29 aprile 2011), dal quale è emersa la sentenza patteggiata a carica del signor Raffaele Cresta, non dichiarata in sede di partecipazione alla gara, non avrebbe potuto contenere tale notizia, dovendo essere eliminati dal casellario giudiziario i provvedimenti giudiziari di condanna per contravvenzioni per le quali era stata inflitta solo la pena dell'ammenda decorsi dieci anni dal giorno in cui la pena era stata eseguita ovvero in si era in altro modo estinta, giusta quanto disposto dall'articolo 5, comma 2, lett. d), del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, come modificato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 287 dell'8 ottobre 2010.

Occorre rilevare che con tale sentenza il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 2, lett. d), del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti), limitatamente all'inciso "salvo che sia stato concesso alcuno dei benefici di cui agli articoli 163 e 175 del codice penale".

La giustificazione di tale decisione può sinteticamente rintracciarsi

nell'ultimo paragrafo del paragrafo 4 che così recita: "In definitiva, l'esclusione di coloro che abbiano fruito dei benefici di cui agli artt. 163 e 175 cod. pen. dalla possibilità di ottenere la cancellazione dal casellario giudiziale delle iscrizioni relative a condanne alla pena dell'ammenda, decorsi dieci anni dall'estinzione della pena medesima, nel corso dei quali il condannato non abbia compiuto altri reati deve ritenersi costituzionalmente illegittima. Tale preclusione produce un trattamento irragionevolmente differenziato fra condannati per i medesimi reati, sulla base di una cautela che, alla luce dell'evoluzione legislativa, è divenuta eccessiva e sproporzionata, non tale quindi da bilanciare lo svantaggio della perennità dell'iscrizione, non prevista invece per condannati in ipotesi giudicati in modo più severo dal giudice".

L'eliminazione di quelle condanne ha in sostanza rilievo ai soli effetti penali (ai fini della concreta determinazione del trattamento penale da infliggere ad un condannato) e non costituisce invece espressione di una valutazione, generale e discrezionalmente operata una volta per tutte dal legislatore, della loro sopravvenuta irrilevanza ad ogni ulteriore effetto, diverso da quello penale, come nel caso di specie.

Del resto la possibilità per l'amministrazione appaltante di conoscere l'esistenza di tutte le iscrizioni, anche di quelle di cui non è fatta menzione nei certificati di cui agli articoli 24, 25, 26, 27 e 31 del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, è espressamente prevista dall'articolo 33, comma 1, del predetto testo normativo,

espressamente richiamato dall'art. 38, terzo comma, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Ciò evidenzia l'infondatezza e l'inconferenza al caso in esame della dedotta violazione del più volte citato articolo 5, comma 2, lett. d), del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 3131, erroneamente accolta dai primi giudici, tanto più che l'amministrazione appaltante non poteva ignorare l'esistenza del precedente penale in questione risultante proprio dal certificato del casellario giudiziale (notizia quindi non conosciuta aliunde, come suggestivamente, ma surrettiziamente, prospettato dalla parte appellata).

Del resto proprio il predetto certificato del casellario giudiziale, indipendentemente da ogni altra considerazione, comprova al di là di ogni ragionevole dubbio l'effettivo carattere non veritiero della dichiarazione resa in sede di gara, da solo sufficiente a determinare legittimamente la esclusione dalla gara della società La Castellese Costruzioni s.r.l.

5.3. La fondatezza dell'esaminato motivo di appello impone alla Sezione l'esame degli ulteriori motivi di censura spiegati in primo grado, non esaminati dai primi giudici ed espressamente riproposti dalla società appellata.

Tuttavia nessuno di essi è meritevole di favorevole considerazione.

Come si è avuto più volte modo di rilevare in precedenza il provvedimento impugnato è stato correttamente fondato sulla non veritiera dichiarazione di insussistenza di precedenti penali, che da

sola costituisce legittima causa di esclusione anche in ragione della puntuale prescrizione del bando di gara, il che rende irrilevanti le argomentazioni svolte sulla pretesa non incidenza del precedente penale sulla moralità professionale, sulla omessa valutazione della gravità di tale precedente da parte dell'amministrazione appaltante nonché sulla mancata attivazione del dovere di soccorso (per non aver chiesto la stazione appaltante chiesto chiarimenti e/o integrazione documentale sul punto); né può sostenersi, anche alla luce del ricordato indirizzo giurisprudenziale, spetti al concorrente stabilire la gravità delle condanne penali eventualmente riportate; infine non è stata fornita alcuna prova dell'intervenuta estinzione del reato di cui si discute, estinzione che consegue soltanto ad una espressa pronuncia del giudice e non già al mero decorso del tempo (C.d.S., sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 7581; sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7581; 20 marzo 2007, n. 1331).

6. In conclusione l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado da La Castellese Costruzioni s.r.l.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da EdilStrade Minturno s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la

Basilicata, sez. I, n. 472 del 15 settembre 2011, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della predetta sentenza, respinge il ricorso proposto in primo grado dalla società La Castellese Costruzioni s.r.l. Dichiaro interamente compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2012

IL SEGRETARIO

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

