

Pubblicato il 21/08/2017

N. 04048/2017REG.PROV.COLL.
N. 08916/2016 REG.RIC.



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

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8916 del 2016, proposto da
Consorzio Trentino Autonoleggiatori, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato
Maria Cristina Osele, domiciliato ai sensi dell'articolo 25 Cod.
proc. amm. presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma,
piazza Capo di Ferro, 13

contro

Provincia autonoma di Trento, in persona del Presidente pro
tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Nicolò Pedrazzoli,
Giuliana Fozzer e Achille Chiappetti, con domicilio eletto presso lo
studio

Achille Chiappetti in Roma, via Paolo Emilio, 7;

Agenzia provinciale per gli appalti e contratti - Provincia autonoma
di Trento, non costituita in giudizio

e con l'intervento di

ad opponendum: Tundo Vincenzo s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo De Caterini e Ferdinando Belmonte, con domicilio eletto presso lo studio Paolo De Caterini in Roma, viale Liegi, 35/B per la riforma della sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia

Amministrativa – Sezione unica di Trento, n. 372/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia autonoma di Trento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2017 il Cons.

Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Maria Cristina Osele, Paolo De Caterini e Achille Chiappetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Il Consorzio Trentino Autonoleggiatori, che ha partecipato, quale unico concorrente e risultandone aggiudicatario, alla gara indetta con bando pubblicato sulla GUCE il 17 ottobre 2015 dalla Provincia autonoma di Trento per l'affidamento, con durata quadriennale, del servizio di trasporto speciale a favore di alunni portatori di handicap e servizi integrativi di linea, impugnava, chiedendone l'annullamento, i provvedimenti con i quali l'Amministrazione provinciale aveva annullato in data 19 luglio 2016 l'aggiudicazione in suo favore e aveva disposto l'incameramento della cauzione e la

comunicazione all'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi dell'articolo 8, lettere r) e s) del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Il Consorzio chiedeva altresì la reintegrazione in forma specifica e/o il risarcimento dei danni subiti.

L'annullamento dell'aggiudicazione era stato determinato dalla mancata dichiarazione delle sentenze di condanna a carico di soggetti sottoposti all'obbligo dichiarativo di cui all'articolo 38, comma 1, lett.

c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Nello specifico, in sede di verifica dei requisiti dichiarati dalle singole imprese consorziate, la stazione appaltante aveva rilevato (oltre a omissioni a carico di altra società, successivamente superate), che i soci della consorziata Euroda, s.r.l. non avessero compilata la dichiarazione sostitutiva con l'indicazione delle condanne riportate dai soci al cinquanta per cento.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale regionale adito ha respinto il ricorso dichiarandolo infondato.

La sentenza è stata impugnata in appello dal Consorzio Trentino Autonoleggiatori il quale nel ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

1) Error in iudicando per omessa e contraddittoria pronuncia in merito al primo motivo di ricorso ed al primo motivo del ricorso per motivi aggiunti

Omessa e contraddittoria valutazione della portata decettiva della frase contenuta nell'allegato 'B' al bando di gara, ove si legge: "Modello di dichiarazione da rendere da parte di (...) amministratori muniti di potere di rappresentanza e i direttori tecnici, o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di

maggioranza (...)” rispetto alla formulazione dell’art. 38, comma 1, lettera c) del D.lgs. 163/2006, ove è previsto che “l’esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti (...) degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza””.

Appello avverso il primo paragrafo del punto 1 della parte in diritto della sentenza impugnata;

2) Error in iudicando per errata valutazione degli elementi di fatto e per errata pronuncia in merito al primo motivo di ricorso e al primo motivo del ricorso per motivi aggiunti.

Errata e contraddittoria valutazione della portata decettiva della frase contenuta nell’allegato ‘B’ al bando di gara, ove si legge “modello di dichiarazione da rendere da parte di (...) amministratori muniti di potere di rappresentanza e i direttori tecnici, o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza (...)” senza specificazione circa il fatto che in caso di soci al 50% entrambi erano da considerarsi soci di maggioranza ed erano perciò tenuti a compilare l’allegato ‘B’.

Appello avverso il secondo paragrafo della parte in diritto della sentenza impugnata.

3) Error in iudicando per errata valutazione della fattispecie di falsa dichiarazione anziché di omessa dichiarazione anziché di omessa dichiarazione e per errata esclusione dell’applicabilità del soccorso istruttorio.

Appello avverso il punto 2.1 della parte in diritto della sentenza impugnata

4) Error in iudicando per motivazione errata e contraddittoria rispetto alla estinzione sostanziale dei reati dei soci Folgarait, omessa valutazione del precedente di Codesto On.le Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5192 del 13.11.2015

Appello avverso il punto 2.2 della parte in diritto della sentenza impugnata. Si è costituita in giudizio la Provincia autonoma di Trento la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello. Si è altresì costituita in giudizio – con atto di intervento volontario - la ditta Tundo Vincenzo s.p.a. la quale ha concluso nel senso dell'improcedibilità o dell'infondatezza dell'appello.

Con ordinanza n. 5711/2016 (resa all'esito della Camera di consiglio del 20 dicembre 2016) è stata accolta l'istanza di sospensione cautelare degli effetti della sentenza, proposta in via incidentale dall'appellante.

Alla pubblica udienza del 6 luglio 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso proposto dal Consorzio Trentino Autonoleggiatori - CTA (il quale aveva partecipato a una gara indetta dalla Provincia autonoma di Trento per l'aggiudicazione per quattro anni dei servizi di trasporto di alunni e disabili e che era inizialmente risultata aggiudicataria) avverso la sentenza del Tribunale regionale di Giustizia Amministrativa – Sezione di Trento che aveva respinto il ricorso avverso il provvedimento con cui l'amministrazione provinciale

aveva annullato l'aggiudicazione già in precedenza disposta in suo favore e ha disposto l'escussione della cauzione.

2. Devono in primo luogo essere esaminate le eccezioni di improcedibilità dell'appello sollevate dall'interveniente Tundo Vincenzo s.p.a..

2.1. Le eccezioni sono infondate.

2.1.1. Si osserva in primo luogo che non può essere dichiarata l'improcedibilità dell'appello in ragione del fatto che la Provincia autonoma di Trento, dopo aver escluso l'appellante dalla procedura di affidamento relativa agli anni 2012-2016, ha indetto una nuova procedura (questa volta relativa al solo anno scolastico 2016/2017. E' infatti evidente che fra l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione in favore dell'appellante (impugnato nel primo grado del presente giudizio) e l'indizione della nuova procedura per l'anno scolastico 2016/2017 sussistesse un chiaro nesso di presupposizione, con la conseguenza che l'avvio della nuova procedura non può in alcun modo incidere sul persistente interesse alla definizione dell'impugnazione proposta avverso la determinazione escludente.

2.1.2. Si osserva in secondo luogo che la mancata impugnazione da parte del CTA del Bando di gara indetto nel 2017 nell'ambito del nuovo ricorso di primo grado n. 97/2017 per le ragioni qui riproposte non implica rinuncia ai motivi contenuti nell'ambito del presente appello.

E' evidente che la proposizione di una nuova impugnativa non implichi affatto (in modo esplicito o implicito) la rinuncia ai motivi di ricorso articolati avverso il provvedimento di annullamento impugnato nel primo grado del presente giudizio.

3. Con il primo motivo di appello l'appellante lamenta che erroneamente il primo giudice abbia omissis di rilevare il carattere decettivo dell'allegato 'B' al Bando di gara, il quale (discostandosi in maniera immotivata dal contenuto dell'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006) non rendeva evidente su chi gravasse l'onere di rendere le dichiarazioni sostitutive di cui all'articolo in questione.

Pertanto, risulterebbe giustificata la mancata presentazione, da parte dei soci della consorzata Euroda s.r.l., della dichiarazione sostitutiva circa l'assenza di condanne ostative ai sensi del comma 1, lettera c) dell'articolo 38.

3.1. Il motivo è meritevole di accoglimento: come bene rilevato dall'appellante, l'allegato 'B' al Bando di gara ingenerava effettivi profili di incertezza in ordine ai soggetti effettivamente tenuti a rendere le dichiarazioni di cui all'articolo 38 comma 1, lettera c) del Codice dei contratti pubblici del 2006.

Si osserva al riguardo:

- che l'articolo 38, comma 1, lettera c), nell'individuare i soggetti le cui condanne penali si riverberano con valenza escludente sull'intera compagine sociale, stabilisce che "l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: (...) degli amministratori muniti di potere

di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza (...));

- che, al contrario, il richiamato allegato 'B' (da compilare nel caso in cui il legale rappresentante dell'impresa non fosse a conoscenza degli eventuali reati commessi dagli altri soggetti richiamati dall'articolo 38, comma 1, lettera c)), nell'individuare i soggetti chiamati a rendere tale dichiarazione individuava "gli amministratori muniti di potere di rappresentanza e i direttori tecnici o il socio unico persona fisica, ovvero di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci" (enfasi aggiunta);
- che quindi dall'esame del richiamato allegato emergeva il ragionevole convincimento per cui la dichiarazione ex articolo 38 avrebbe dovuto essere resa in alternativa dagli amministratori muniti del potere di rappresentanza ovvero dai soci (con la conseguenza che, laddove la dichiarazione fosse stata già resa dal legale rappresentante, la stessa non avrebbe dovuto essere resa anche dai soci).

L'appello va quindi accolto in quanto: i) la lex specialis di gara non comminava in modo espresso l'esclusione per il caso di mancata sottoscrizione delle dichiarazioni ex articolo 38 da parte dei soci di una società partecipante; ii) l'allegato 'B' al bando lasciava effettivamente intendere che, in caso di dichiarazione ex articolo 38 già resa dal legale rappresentante della società, la stessa dichiarazione non avrebbe dovuto essere resa anche dai soci, essendo le due ipotesi poste in alternativa fra loro.

Non si può quindi ritenere – e in senso contrario a quanto ritenuto dal primo giudice – che il Consorzio appellante andasse escluso dalla procedura per il fatto che due soci di una delle

(centotrentadue) imprese consorziate non avessero reso la dichiarazione di cui al più volte richiamato articolo 38.

3.2. L'accoglimento del primo motivo di appello per le ragioni esposte rende non essenziale ai fini del decidere l'esame del secondo motivo, con il quale si è lamentato un ulteriore profilo di decettività derivante dalla formulazione dell'allegato 'B' al bando di gara (profilo che avrebbe a propria volta giustificato la mancata sottoscrizione dell'allegato in questione da parte di due soci della consorzata Euroda s.r.l.).

E' infatti evidente che, una volta giustificata la mancata sottoscrizione delle dichiarazioni sostitutive ex articolo 38 in ragione del richiamato contrasto fra l'allegato 'B' e il contenuto del comma 1, lettera c), del medesimo articolo, non risulti necessario stabilire se tale mancata sottoscrizione fosse altresì giustificabile in ragione dell'ulteriore lacuna dell'allegato censurata con il secondo motivo dell'appello.

4. Ma anche a prescindere dalla decettività delle indicazioni desumibili dal richiamato allegato al Bando di gara, il Collegio osserva che la mancata sottoscrizione da parte dei due soci della Euroda s.r.l. delle dichiarazioni sostitutive relative all'assenza di condanne ostative ex articolo 38, comma 1, lettera c) non avrebbe comunque potuto condurre ex se all'esclusione del Consorzio appellante dalla gara.

Infatti, una volta rilevata l'assenza in atti di tali dichiarazioni, la stazione appaltante non avrebbe potuto escludere dalla gara il Consorzio appellante, ma avrebbe piuttosto dovuto – nel doveroso esercizio del 'soccorso istruttorio' – mettere il Consorzio in

condizione di rendere la dichiarazione carente e, comunque, disporre l'esclusione soltanto se fosse emersa la presenza in concreto di condanne ostative.

Infatti, si sensi dell'articolo 38, comma 2-bis, del Codice dei contratti pubblici del 2006 (si tratta della disposizione sul c.d. 'soccorso istruttorio a pagamento ratione temporis rilevante ai fini del presente giudizio), "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2" avrebbe comunque imposto all'amministrazione di ammettere il concorrente al beneficio del soccorso istruttorio.

L'omessa presentazione in gara della dichiarazione sostitutiva in ordine all'assenza dei reati ostativi di cui all'articolo 38, comma 2, lettera c), lungi dal rappresentare una 'falsa dichiarazione' (di per sé idonea a giustificare l'esclusione del concorrente dalla gara), si configurava appunto come "mancanza di una dichiarazione sostitutiva", in quanto tale certamente ammissibile al soccorso istruttorio.

Al contrario (e diversamente da quanto affermato dal primo giudice) la richiamata omissione non era riconducibile alla nozione di

"incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, [di] difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali" di cui al successivo articolo 46, comma 1-bis (ipotesi in cui la lacuna imputabile al concorrente non

ammette il ricorso al ‘soccorso istruttorio’ e comporta ex se l’esclusione dalla gara).

Del resto, l’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, nell’interpretare la portata innovativa dell’articolo 39 del decretolegge n. 90 del 2014 (che ha introdotto il richiamato comma 2-bis nell’ambito del decreto legislativo n. 163 del 2006) ha chiarito che esso testimonia “[la] chiara volontà del legislatore di evitare (nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell’ammissione alla gara delle offerte presentate) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni), di imporre un’istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni (prima della valutazione dell’ammissibilità della domanda), e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell’impresa concorrente, all’obbligo di integrazione documentale (entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante)”.

In definitiva (e contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice), l’amministrazione non avrebbe potuto escludere dalla gara il Consorzio in ragione della richiamata carenza dichiarativa imputabile a una sua consorziata, ma avrebbe dovuto riconoscere le garanzie procedimentali e sostanziali del c.d. ‘soccorso istruttorio a pagamento’.

4.1. La sentenza va dunque in parte qua riformata e va disposto l’annullamento del provvedimento di esclusione impugnato in primo grado.

5. Con il quarto motivo di appello il CTA lamenta che erroneamente il primo giudice abbia respinto il motivo di ricorso

che censurava il provvedimento di esclusione, atteso che i reati commessi dai due soci della consorziata Euroda erano da considerarsi estinti ope legis prima ancora della presentazione della domanda di partecipazione.

L'appellante osserva che l'assenza del provvedimento che dichiara l'estinzione del reato non rilevarebbe in senso preclusivo atteso che l'effetto estintivo opererebbe ex lege per effetto del decorso del tempo.

5.1. Il motivo è meritevole di accoglimento, potendosi fare applicazione dei principi enunciati da Cons. Stato, V, 13 novembre 2015, n. 5192.

Il precedente ha infatti chiarito che “anche in vigenza dell'articolo 676 del codice penale Vassalli [la] giurisprudenza più attenta [ha rilevato] che l'effetto estintivo operi ex lege per effetto del decorso inattivo del tempo e non abbisogni di alcun provvedimento, non rilevando in contrario l'attribuzione al giudice dell'esecuzione della competenza a decidere in merito all'estinzione del reato dopo la condanna” (vengono richiamate al riguardo: Cass. pen., V, 14 maggio 2015, n. 20068; Cass., SS.UU., 30 ottobre 2014, n.2).

Il precedente prosegue osservando che “con la sentenza n. 2 del 2014 le Sezioni Unite della Cassazione, seppure con riferimento al tema dell'indulto, hanno ritenuto maggiormente coerente con i criteri ermeneutici che sottendono il codice processuale il principio secondo cui, quando un determinato effetto giuridico si verifichi per decorso inattivo del tempo, esso si verifica ope legis al momento in cui siano per legge maturate le condizioni cui è condizionato l'effetto.

Corollario di tale approccio ermeneutico è che il provvedimento dichiarativo dell'estinzione, successivo e ricognitivo di un effetto già verificatosi, resta estraneo ai fini dell'estinzione del reato e si pone in funzione meramente formale e ricognitiva di un effetto già verificato, nel mentre l'automatismo degli effetti dell'estinzione del reato si pone in coerenza con i principi comunitari di ragionevole durata dei processi, sollecita definizione e di minor sacrificio esigibile, evincibili dagli articoli 5 e 6 CEDU".

Ma anche a tacere del rilievo (pur dirimente) di quanto osservato, resta che, in sede di rivalutazione della posizione dell'appellante nel doveroso esercizio del soccorso istruttorio, la stazione appaltante dovrebbe comunque valutare la risalenza nel tempo dei reati di cui è stata omessa la dichiarazione, la loro complessiva tenuità e la non riconducibilità al novero dei "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale" (infatti, in un caso di trattava di una condanna per guida in stato di ebbrezza e in un altro caso della conseguenza di un insoluto contributivo pari ad appena 123 euro).

5.2. Anche per tale ragione l'appello è meritevole di accoglimento.

6. Per le ragioni esposte l'appello in epigrafe va accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado con conseguente annullamento dei provvedimenti espulsivi impugnati in primo grado.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti ivi impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

L'ESTENSORE
Claudio Contessa

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO