

APPALTI: Contratti della P.A. - Obblighi dichiarativi - Decreto penale di condanna non dichiarato - Esclusione illegittima - Decorso del termine di tre anni - Dies a quo e dies ad quem del triennio.

Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 16 novembre 2020, n. 1033

- in *Giurisprudenza Italiana*, 2021, pag. 680, con nota di Irene Grossi, *La rilevanza temporale dei precedenti penali nell'affidamento di contratti pubblici*.

“[...] Ai fini del calcolo dei tre anni occorre(rebbe) considerare, per il “dies a quo”, non la data della commissione del fatto, quanto invece quella della definitività del provvedimento giudiziario o comunque della emanazione della pronuncia giudiziale (conf. , sul punto CGARS, n. 1039/2019, secondo cui, ove la decorrenza del ‘fatto’ dovesse intendersi ancorata al puro e semplice fatto storico della commissione materiale della violazione, piuttosto che al suo successivo accertamento, con tale interpretazione quantomeno una parte cospicua della durata triennale risulterebbe di fatto neutralizzata. E con tale interpretazione risulta coerente la previsione dell’art. 80 comma 10 del d. lgs. n. 50/2016, che nella sua formulazione introdotta con il d. lgs. n. 56/2017 fa inequivocabilmente decorrere l’inizio del triennio in discorso solo dall’accertamento (definitivo) della violazione commessa. Una “interpretazione utile” della norma sulla durata triennale della preclusione di cui si tratta esige di far decorrere il relativo triennio solo dall’intervento accertativo-sanzionatorio della violazione, e non dal mero fatto storico della commissione della violazione). Per individuare il momento “ad quem” occorre(rebbe) fare riferimento, o alla data della indizione della procedura [...] o, come appare preferibile, a quella di poco successiva, della scadenza del termine per la presentazione della domanda o, ancora, alla data della presentazione della dichiarazione [...]”.

FATTO e DIRITTO

1.-OMISSIS- ha partecipato alla gara, indetta nel febbraio del 2019 dall’Autorità in epigrafe, per l’affidamento biennale del servizio di -OMISSIS--OMISSIS-, ivi incluso il -OMISSIS-” presso l’Ufficio territoriale -OMISSIS-.

All’esito delle operazioni di valutazione delle offerte, la Commissione di gara ha proposto l’aggiudicazione in favore del -OMISSIS-ricorrente e odierno appellante, che ha conseguito il punteggio più alto.

Gli atti della Commissione di gara sono stati, quindi, condivisi e ratificati dalla stazione appaltante che, con delibera presidenziale n. -OMISSIS-, ha disposto l’aggiudicazione al -OMISSIS--OMISSIS-, “risultato per l’Ente il miglior offerente con un punteggio totale pari a 93,569, con un importo netto di aggiudicazione di € 2.171.782,40 ... oltre gli oneri della sicurezza e dell’IVA”.

Nel corso delle verifiche di rito sul possesso dei requisiti di ordine generale l'Autorità ha disposto, tuttavia, l'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione.

Con nota prot. n. -OMISSIS- l'Autorità ha comunicato al -OMISSIS--OMISSIS- di avere annullato in autotutela il provvedimento di aggiudicazione "stante gli esiti negativi per i profili di cui all'art. 80 del D. Lgs 50/2016".

Come emerge dalla motivazione della delibera commissariale n.-OMISSIS-, "nel corso delle verifiche delle dichiarazioni rese in sede di gara da parte delle società componenti l'-OMISSIS-aggiudicatario circa il possesso dei requisiti stabiliti dall'art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016 è stata rilevata l'esistenza in capo ad uno dei soci (di una delle società costituenti il -OMISSIS-) di n. 3 decreti penali di condanna non dichiarati in sede di gara" e per i quali non risulta intervenuta riabilitazione. Per la stazione appaltante tale circostanza ha costituito "un fattore ostativo ... alla concretizzazione del rapporto contrattuale" "avendo, una delle società concorrenti, facenti parte dell'ATI, volontariamente taciuto una condanna penale, ancorché intervenuta con decreto penale di condanna, per i discendenti profili di fedeltà e affidabilità della medesima concorrente che, nel caso specifico, ha correlato la propria offerta con una falsa attestazione", sicché la stazione appaltante ha annullato in autotutela il provvedimento n. -OMISSIS- di aggiudicazione dell'appalto a -OMISSIS-. Con il richiamo alla "falsa attestazione", l'autorità emanante risulta avere fatto riferimento alla previsione espulsiva, sulla "falsa dichiarazione", di cui alla lettera f-bis) del comma 5 dell'art. 80 del d. lgs. n. 50/2016.

La ragione fondamentale dell'esclusione pare quindi da individuarsi nell'automatismo escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis), relativo al caso dell'operatore il quale presenti una dichiarazione non veritiera circa la insussistenza di situazioni astrattamente idonee a configurare una causa di esclusione, inerente nella specie alla entità degli illeciti professionali ascritti all'ex -OMISSIS- della mandante, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

2.-OMISSIS-, quale mandataria del raggruppamento, ha impugnato dinanzi al Tar di Catania il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione.

Da una parte, la ricorrente ha sottolineato che i tre decreti penali di condanna a carico del -OMISSIS- si riferivano a reati ormai depenalizzati e che, quindi, non sussisteva alcun obbligo di dichiararli.

Dall'altra, la ricorrente ha evidenziato che comunque il raggruppamento non ha reso alcuna "falsa attestazione" da cui conseguiva automaticamente la sanzione espulsiva, ma – a tutto voler concedere – si è resa responsabile di un'omessa dichiarazione che può giustificare l'adozione di un provvedimento espulsivo solo in virtù di un apprezzamento motivato della stazione appaltante che integri una prognosi sfavorevole sull'affidabilità dell'operatore economico.

Con la sentenza n. -OMISSIS- la terza sezione del Tar, nella resistenza dell'Autorità e della controinteressata, e con l'intervento "ad opponendum" di -OMISSIS-, ha respinto, a spese compensate, il ricorso proposto dal -OMISSIS- rilevando in sintesi che:

-sussisteva un obbligo informativo / dichiarativo, relativamente alle pronunce di condanna per illeciti professionali a carico del -OMISSIS- ed ex-legale rappresentante della -OMISSIS-, ma tale dichiarazione non avrebbe dovuto essere resa avendo riguardo al disposto di cui al primo comma del citato art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016, ma avuto riguardo alle previsioni di cui al successivo comma quinto, lettere c) e c-bis), con riferimento al "grave illecito professionale", tale da rendere dubbia la integrità o affidabilità dell'operatore economico, e alla omissione di "informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione". Nel "riqualificare" la dichiarazione della concorrente, e le conseguenze della stessa sul piano normativo, in relazione a quanto previsto non dalla lettera f-bis) ma dalle lettere c) e c-bis), per il giudice di primo grado viene in questione una omissione di informazione dovuta, ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, che ricade di per sé nella ipotesi del grave illecito professionale ed è tale da comportare l'esclusione diretta dalla procedura;

(-l'art. 80, comma 5, lettera f-bis) prevede l'esclusione automatica dell'operatore economico che abbia reso falsa dichiarazione ovvero abbia presentato falsa documentazione;)

-nella specie sussisteva un obbligo dichiarativo, e l'annullamento dell'aggiudicazione è stato direttamente e legittimamente disposto sul rilievo della omissione dichiarativa in discussione "in quanto i fatti che hanno condotto all'emanazione dei tre decreti penali di cui si tratta sono direttamente connessi allo svolgimento della attività professionale e, pertanto, essi risultano potenzialmente idonei a minare l'affidabilità dell'operatore economico, con la conseguenza che gli stessi dovevano essere puntualmente rappresentati alla stazione appaltante onde consentire un corretto svolgimento della procedura di selezione";

-le condotte che hanno portato alla emanazione di due dei tre decreti penali di condanna non sono state successivamente depenalizzate;

-in ogni caso, anche la violazione di norme giuridiche penalmente sanzionate e successivamente depenalizzate costituisce un indizio potenzialmente significativo in merito all'affidabilità dell'operatore economico;

-non rileva il fatto che i decreti penali in questione non fossero menzionati nel casellario giudiziale su richiesta di parte;

-nemmeno può trovare applicazione l'art. 80, comma 10-bis, sul limite temporale triennale, a parte poi il rilievo che con riferimento al decreto penale di condanna n. 94 del 20 dicembre 2016 del Gip di Gela, il triennio cui si fa riferimento nel ricorso non sarebbe comunque ancora trascorso.

3. Con l'atto di appello -OMISSIS-, premesso che nella sostanza il Tar ha ritenuto di aderire all'orientamento per cui dalla violazione dei c. d. obblighi informativi, ancorché "sub specie" di omissione dichiarativa, discenderebbe "tout court" l'esclusione automatica dell'operatore dalla gara, e che in sentenza è stata ritenuta sussistente la violazione dell'obbligo informativo da parte della mandante in quanto anche "la violazione di norme penalmente sanzionate e successivamente depenalizzate costituisce un indizio potenzialmente significativo in merito all'affidabilità dell'operatore economico"; e rilevato inoltre come, con la delibera presidenziale n. -OMISSIS-, nel frattempo impugnata, l'appalto sia stato aggiudicato alla seconda classificata, -OMISSIS-; ha criticato la sentenza con due motivi evidenziando in sintesi estrema che:

-anzitutto non gravava obbligo dichiarativo alcuno in capo all'Istituto mandante e, pertanto, non vi è stata alcuna violazione di obblighi informativi;

-in ogni caso, la ipotizzata violazione di tali obblighi avrebbe potuto portare non all'annullamento automatico dell'aggiudicazione, ma, tutt'al più, a una doverosa valutazione sulla professionalità dell'operatore economico che, con adeguata motivazione, desse conto delle ragioni dell'esclusione ovvero della sua ammissione.

Si sono costituite per resistere l'Autorità, -OMISSIS- e -OMISSIS-.

4.1. L'appello è fondato e va accolto con riferimento al secondo motivo ed esclusivamente entro i limiti, per le ragioni, desumibili anche alla luce della recente sentenza n. 16/2020 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (v. punti 14., 15., 18. e 19.) e con gli effetti conformativi di riesercizio del potere amministrativo di cui si dirà tra breve.

4.2. Va premesso che, come rilevato sopra, al p. 1., la ragione fondamentale sulla quale si basa il provvedimento impugnato di annullamento dell'aggiudicazione sembra ravvisabile nell'"automatismo escludente" di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis), riferito al caso dell'operatore il quale presenti una dichiarazione non veritiera circa la insussistenza di situazioni astrattamente idonee a configurare una causa di esclusione, individuabile in questa vicenda in illeciti professionali ascritti all'ex -OMISSIS-, tali da rendere dubbia (o meno) la sua integrità o affidabilità (cfr. comma 5, lett. c), e c-bis), del citato art. 80).

4.3. Preliminarmente vanno esaminati e decisi i profili di censura, logicamente pregiudiziali, sollevati dall'appellante e relativi alla dedotta insussistenza, nella specie, di qualsivoglia obbligo dichiarativo.

4.4. Quanto alla eccepita insussistenza di obblighi dichiarativi, in considerazione della affermata, intervenuta depenalizzazione dei fatti – reato per i quali erano stati pronunciati a suo tempo i tre decreti penali di condanna divenuti irrevocabili, questo collegio di appello ritiene – come del resto il giudice di primo grado - che la depenalizzazione sussista soltanto per uno dei tre decreti penali, vale

a dire per la fattispecie sanzionata dal Gip del Tribunale di Catania, in data 27.6.2012, in relazione alla disposizione di cui all'art. 55, comma 1, del d. lgs. n. 231/2007.

Il Collegio ritiene invece che gli altri due decreti penali di condanna non riguardino fattispecie depenalizzate.

Più in dettaglio:

A)il decreto penale di condanna del Gip di Catania del 27.6.2012, dal quale risulta che l'-OMISSIS-cessato aveva instaurato rapporti continuativi con talune ditte, senza osservare l'obbligo di adeguata verifica della clientela in relazione alle operazioni inerenti all'esercizio della attività professionale di trasporto di denaro contante, titoli e valori, richiama gli articoli 17/A) e 18 (rientranti nel Capo I – Titolo II) e 55, comma 1, del d. lgs. n. 231/2007, il quale ultimo, all'epoca dei fatti, prevedeva la sanzione penale esclusivamente della multa.

Per effetto dell'art. 1 del d. lgs. n. 8/2016, “non costituiscono reato e sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda”.

Da ciò discende che la fattispecie sanzionata con il decreto del Gip di Catania del 2012, che richiama l'art. 55, comma 1, e non l'art. 55, comma 2, il quale ultimo fa riferimento a condotte punite con la reclusione e la multa, condotte che non ricadono pertanto nell'ambito applicativo della depenalizzazione, deve effettivamente considerarsi “derubricato” a illecito amministrativo.

Il Collegio ritiene che a una diversa conclusione occorra invece giungere per quanto riguarda B) il decreto penale di condanna del 20.12.2016 del Gip del Tribunale di Gela, relativo alla omessa trasmissione alla Questura dei turni di servizio settimanali aggiornati relativamente alle attività di vigilanza sul territorio, con particolare riferimento all'impiego di una guardia particolare giurata, in violazione delle disposizioni del regolamento della Questura (concernenti l'organizzazione del servizio degli istituti di vigilanza), reato previsto dagli articoli 9 e 17 del t. u. n. 773/1931, e punito con l'ammenda; e -C) il decreto penale di condanna del 27.10.2012 del Gip del Tribunale di Modica, inerente al reato di cui all'art. 6 del r.d.l. n. 2144/1936, relativo a infrazioni punite ai sensi dell'art. 17 del t. u. n. 773/1931, con riferimento alle attività degli istituti di vigilanza, in relazione alla inosservanza, nella specie, di alcune disposizioni del regolamento di servizio della Questura di Ragusa sul personale operante.

Anzitutto, va chiarito che a queste due ultime fattispecie non si applica l'art. 1 del d. lgs. n. 8/2016, recante “depenalizzazione di reati puniti con la sola pena pecuniaria ed esclusioni”.

Detto decreto, infatti, all'art. 1, comma 3, esclude dal proprio ambito di applicazione i reati compresi nell'allegato al decreto medesimo, elenco che, alla voce Sicurezza pubblica, menziona il r. d. n. 773/1931, ossia il Tulp.

Quanto alla ipotizzata derubricazione dei fatti – reato a illeciti amministrativi, sulla base di quanto dispone l'art. 17-bis del Tulp, aggiunto dall'art. 1 del d. lgs. n. 480/1994, per il quale “Le violazioni alle disposizioni di cui agli articoli 59, 60, 75, 75- bis , 76, se il fatto è commesso contro il divieto dell'autorità, 86, 87, 101, 104, 111, 115, 120, comma secondo, limitatamente alle operazioni diverse da quelle indicate nella tabella, 121, [123,] 124 e 135, comma quinto, limitatamente alle operazioni diverse da quelle indicate nella tabella, sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 516 ad euro 3.098.

2. La stessa sanzione si applica a chiunque, ottenuta una delle autorizzazioni previste negli articoli indicati nel comma 1, viola le disposizioni di cui agli articoli 8 e 9”; si osserva quanto segue.

In primo luogo, la circostanza che l'art. 17 bis non menzioni in modo esplicito l'art. 134 del Tulp, relativo alle autorizzazioni di polizia per gli istituti di vigilanza, di per sé non sembra avere rilievo decisivo per escludere la depenalizzazione in parola, posto che l'art. 135 del Tulp, il quale considera gli obblighi dei titolari di dette autorizzazioni, e forma quindi corpo normativo unitario con l'art. 134, viene preso in considerazione dal citato art. 17 bis ai fini della depenalizzazione circoscritta, però, “alle operazioni diverse da quelle indicate nella tabella” di cui all'art. 135, comma 5 cit.

Ciò premesso:

a)-poiché la “tabella delle operazioni” contiene, a quanto consta, le disposizioni generali e particolari riguardanti l'organizzazione dei servizi degli istituti di vigilanza, in modo tale da ricomprendere anche, ad esempio, le comunicazioni alle Questure di notizie aggiornate sulle attività degli istituti medesimi, ne deriva che le condotte sanzionate nella specie dai Gip di Modica e di Gela non riguardavano “operazioni diverse da quelle indicate nella tabella” (e quindi, come tali, in tesi, depenalizzate). Riguardavano, viceversa, condotte che il legislatore delegato ha inteso conservare nell'alveo della illiceità penale;

b)-non solo. Fermo quanto appena osservato sub a) e che appare decisivo per definire a sfavore di parte ricorrente la questione della dedotta esclusione di un obbligo dichiarativo, dovuta alla intervenuta depenalizzazione, vale aggiungere che le condotte punite sia dal Gip di Modica nel 2012 e sia dal Gip di Gela nel 2016 risultano ricadere all'interno di fattispecie previste dall'art. 17 dello stesso Tulp (in combinazione normativa, rispettivamente, con l'art. 6 del r.d.l. n. 2144/1936, concernente infrazioni punite ai sensi del citato art. 17, e con l'art. 9 del Tulp medesimo). Anche dopo le modificazioni recate dal d. lgs. n. 480/1994, l'art. 17 del Tulp conserva la sua caratteristica di disposizione sanzionatoria generale - di natura penale - per le infrazioni allo stesso testo unico, sì che anche sotto questa angolazione non poteva venire in questione l'applicazione “in chiave

depenalizzante” – e ove del caso la derubricazione a illecito amministrativo, fatta eccezione, come detto, per il decreto penale del Gip di Catania del 2012- del citato 17-bis.

Senza considerare, poi, che, sotto il profilo strettamente cronologico, l’art. 17-bis è stato introdotto dal d. lgs. n. 480/1994 e modificato per l’ultima volta nel 2000, mentre l’art. 9 del Tulpis non ha mai subito modifiche dalla sua introduzione nel 1931, sicché appare singolare che una norma del 1994, modificata da ultimo nel 2000, possa avere depenalizzato fatti che ancora nel 2012 e nel 2016 venivano qualificati e puniti come reati.

Complessivamente, non risulta intervenuta, nei termini prospettati dall’appellante, una depenalizzazione, o derubricazione a illecito amministrativo, dei fatti – reato per i quali sono stati emessi i tre decreti penali di condanna tra il 2012 e il 2016, fatta eccezione per la condotta punita dal Gip Catania, il che non basta però per avvalorare la tesi della insussistenza dell’obbligo dichiarativo.

Su questo punto, nel senso della depenalizzazione soltanto della condotta sanzionata dal Gip di Catania con il decreto penale di condanna del 27 giugno 2012, risulta convenire anche il giudice di primo grado.

4.5. Le considerazioni svolte esimono il Collegio dal rispondere al quesito se, ove anche vi fosse stata una completa depenalizzazione dei fatti – reato ascritti al (già) -OMISSIS-, i fatti stessi si sarebbero dovuti ugualmente dichiarare, potendo assumere rilievo ai fini della ammissione alla procedura, in quanto connessi all’esercizio della attività di vigilanza dell’Istituto e tali da riflettersi sulla integrità e sulla affidabilità dell’operatore economico (tuttavia, a questo riguardo, non può essere negata l’attendibilità dell’affermazione svolta in sentenza sulla connessione tra gli episodi che hanno condotto alla emanazione dei tre decreti penali e l’attività professionale, e sul fatto che “anche la violazione di norme giuridiche penalmente sanzionate e successivamente depenalizzate costituisce un indizio potenzialmente significativo in merito all’affidabilità dell’operatore economico”).

In punto di non - depenalizzazione vanno compiute due notazioni ulteriori.

1. L’appellante cita il precedente giurisprudenziale cautelare di cui all’ord. CGARS n. -OMISSIS-, pronunciata ai sensi dell’art. 62 del c.p.a. a conferma dell’ord. Tar Palermo n. -OMISSIS- di rigetto della istanza cautelare della seconda classificata contro un’aggiudicataria che aveva come mandante -OMISSIS-, motivata tra l’altro sull’assunto della sopravvenuta depenalizzazione e, circa la valutazione in sede amministrativa, in quel caso effettuata con motivazione specifica, sulla base della natura non ostativa di decreti penali come quelli suindicati ai fini della valutazione di integrità e affidabilità della concorrente. Tale precedente non sembra però poter assumere rilievo nella controversia odierna dato che la vicenda definita in quella sede cautelare, pur riferendosi allo stesso

(ex) -OMISSIS-, si incentrava, sul punto, a quanto consta, in via esclusiva sul decreto penale di condanna del Gip di Catania nel 2012 relativo, come rilevato, a una fattispecie effettivamente depenalizzata, senza estendersi però agli altri due fatti reato, sanzionati con i due decreti penali dei Gip di Modica e Gela divenuti irrevocabili.

2.Quanto poi alla considerazione, ribadita nell'atto di appello, per la quale i decreti penali di condanna non risultavano menzionati nel casellario giudiziario a richiesta di parte, acquisito da -OMISSIS-, è corretto che non possa avere rilievo l'omessa menzione nel casellario giudiziale su richiesta di parte "posto che – come si osserva in sentenza a pag. 11 - trattasi comunque di vicende di cui l'operatore economico era inevitabilmente a conoscenza e il cui esito, ai sensi dell'art. 24, primo comma, lettera e), del D.P.R. n. 313/2002, non viene contemplato nel casellario a richiesta di parte - ma non in quello richiesto a cura della stazione appaltante - qualora esso consista, per l'appunto, nell'emanazione di un decreto penale..." .

4.6.Ancora, e sotto un diverso aspetto, il Collegio può fare a meno di prendere posizione sulla questione interpretativa sollevata dall'appellante in ordine alla applicabilità, anche ai casi di esclusione di cui al comma 5 dell'art. 80, della disposizione del comma 10-bis che limiterebbe a tre anni l'efficacia escludente di provvedimenti penali di condanna quali quelli che vengono in discorso, con la conseguenza che, essendo trascorsi più di sei anni tra la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte e i fatti contestati per i quali sono stati pronunciati i decreti penali di condanna, l'obbligo dichiarativo sarebbe venuto meno.

E' in punto di fatto che –ritiene il Collegio- nel caso in esame il limite temporale triennale stabilito dal comma 10-bis dell'art. 80 non potrebbe giammai venire in rilievo a favore dell'appellante.

Ai fini del calcolo dei tre anni occorre(rebbe) considerare, per il "dies a quo", non la data della commissione del fatto, quanto invece quella della definitività del provvedimento giudiziario o comunque della emanazione della pronuncia giudiziale (conf. , sul punto CGARS, n. 1039/2019, secondo cui, ove la decorrenza del 'fatto' dovesse intendersi ancorata al puro e semplice fatto storico della commissione materiale della violazione, piuttosto che al suo successivo accertamento, con tale interpretazione quantomeno una parte cospicua della durata triennale risulterebbe di fatto neutralizzata. E con tale interpretazione risulta coerente la previsione dell'art. 80 comma 10 del d. lgs. n. 50/2016, che nella sua formulazione introdotta con il d. lgs. n. 56/2017 fa inequivocabilmente decorrere l'inizio del triennio in discorso solo dall'accertamento (definitivo) della violazione commessa. Una "interpretazione utile" della norma sulla durata triennale della preclusione di cui si tratta esige di far decorrere il relativo triennio solo dall'intervento accertativo-sanzionatorio della violazione, e non dal mero fatto storico della commissione della violazione).

Per individuare il momento “ad quem” occorre(rebbe) fare riferimento, o alla data della indizione della procedura (febbraio 2019) o, come appare preferibile, a quella di poco successiva, della scadenza del termine per la presentazione della domanda o, ancora, alla data della presentazione della dichiarazione (marzo 2019).

Quale che sia il “dies ad quem” individuabile con esattezza, rispetto al decreto penale del Gip di Gela, emesso il 20.12.2016, il termine triennale non potrebbe giammai considerarsi trascorso, sì che per ciò solo la tesi della insussistenza dell’obbligo dichiarativo anche sotto questo profilo non può essere accolta.

Quanto infine al rilievo secondo cui gli illeciti professionali non si riferivano all’operatore -OMISSIS- ma al suo -OMISSIS-, pare il caso di osservare che il riferimento alla -OMISSIS-, inserito nella disciplina peculiare di cui all’art. 80, comma 3, connessa ai casi di esclusione di cui ai commi 1 e 2 e, in particolare, alle condanne penali in via definitiva elencate nel comma 1, non impedisce che la concorrente e ricorrente odierna ricada nella condizione dell’ “operatore economico” il quale venga a trovarsi in una delle – distinte e specifiche – condizioni descritte nel comma 5 del medesimo art. 80.

4.7. Sulla questione se la concorrente, odierna appellante, sia incorsa, o meno, in una omissione di informazioni dovute in base alla “lex specialis” di gara; in un mancato assolvimento di obblighi dichiarativi prescritti ove non, addirittura, in una falsa dichiarazione, con conseguente effetto espulsivo “diretto” in base al disposto di cui alla lettera f-bis) (in tesi, come anticipato sopra, non verrebbe in considerazione alcun automatismo espulsivo ma, tutt’al più, una ipotesi di esclusione facoltativa dalla procedura previo però necessario, motivato apprezzamento in concreto, da parte della stazione appaltante, in questo caso mancato, ma da ritenersi indispensabile, in ordine alla rilevanza e idoneità delle condotte di cui ai decreti penali di condanna al fine di porre in dubbio l’integrità e affidabilità dell’operatore economico); pare il caso di rilevare che il disciplinare di gara, al p. 15.2., stabiliva che “il concorrente, attesta, indicandole specificatamente, di non trovarsi nelle condizioni previste dall’art. 80 D.Lgs 18 aprile 2016 n. 50 e precisamente: 1. Che nei propri confronti non è stata emessa condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale... per uno dei seguenti reati (art. 80 comma 1-seguita l’elencazione dei reati di cui al comma 1, ma come detto nessuna delle condanne penali riportate dall’ex -OMISSIS- della mandante rientrano in una delle ipotesi distintamente elencate nel disciplinare di gara e riconducibili ai casi di cui all’art. 80, comma 1).

“Qualora fossero state pronunciate nei propri confronti condanne con sentenza definitiva o emessi decreti penali di condanna divenuti irrevocabili o sentenze di applicazione della pena su richiesta, ai

sensi dell'art. 444 del Codice di procedura penale, le stesse devono essere dichiarate... di non essersi reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, tra cui rientrano quelli indicati al comma 5, lettera c, dell'art. 80 del D.Lgs 50/2016" (v. pagine 15 e 18 del disciplinare di gara).

Dal contesto esposto sopra emerge che il concorrente ha omesso al più di dichiarare condanne penali che non integrano cause di esclusione obbligatoria tipizzate dalla legge o dal bando di gara, ma contengono degli elementi informativi che l'amministrazione avrebbe potuto valutare ai fini del giudizio di affidabilità e integrità dell'operatore economico.

Non si rientra nella categoria della "falsa dichiarazione" o attestazione, della "dichiarazione non veritiera" che comporta l'esclusione in via automatica in base al disposto di cui alla lett. f-bis.

Emerge la insussistenza di una dichiarazione oggettivamente falsa (i decreti penali di condanna non dichiarati sono estranei all'elenco di cui all'art. 80, comma 1, del codice dei contratti pubblici), "senza alcun margine di opinabilità": sola ipotesi, per Cons. Stato, Ad. plen. n. 16/2020, p. 18. , sentenza alla cui motivazione si fa rinvio ai sensi degli articoli 60, 74, 88, comma 2/d) e 120 c.p.a., in presenza della quale trova applicazione, in via residuale, la norma di cui alla lettera f-bis), di cui a quanto consta (v. sopra, p. 1., verso la fine) la stazione appaltante ha ritenuto tuttavia di avvalersi. Ogni altra condotta omissiva – quale quella in astratto configurabile nel caso di specie – è in grado di comportare l'esclusione dalla procedura soltanto però previo motivato apprezzamento in concreto, da parte della stazione appaltante, in questo caso mancato, ma riconosciuto come "indispensabile" anche da A. P., 16/2020, in ordine alla "rilevanza sviante" della omissione e alla idoneità dei precedenti, ossia, delle condotte di cui ai decreti penali di condanna, al fine di porre in dubbio l'integrità e affidabilità dell'operatore economico, senza alcun automatismo espulsivo.

L'eventuale violazione degli obblighi informativi da parte dell'operatore partecipante alla gara può cioè giustificare l'esclusione solo se, all'esito di una valutazione compiuta in concreto su tutte le circostanze del caso rilevanti (tra cui, da una parte, l'oggettiva non gravità e risalenza nel tempo degli episodi, dall'altra un vaglio incentrato anche sulla riferibilità delle condotte alla attività; altri elementi di valutazione ancora), la stazione appaltante ritenga, con motivazione adeguata, che la integrità o affidabilità di tale operatore sia posta in dubbio.

Nella vicenda per la quale oggi è causa l'Amministrazione non ha fornito motivazione concreta alcuna a sostegno della rilevanza, o meno, ai fini in discorso, dei precedenti penali presi in considerazione.

L'Autorità ha escluso direttamente l'Istituto dalla gara per avere reso una "falsa attestazione", senza alcun apprezzamento in concreto sull'incidenza della ipotizzabile violazione degli obblighi

informativi, in correlazione con le condotte di cui si è detto, sulla integrità e affidabilità dell'operatore.

La determina espulsiva si fonda, pertanto, su un –criticabile, come rilevato- automatismo.

Dunque:

-diversamente da quanto ritenuto dall'Autorità, nella specie non vi è dichiarazione falsa ex comma 5, lett. f-bis) (conf. Ad. plen. n. 16/2020, p. 18., sulla applicazione in via unicamente residuale dell'automatismo espulsivo, riferibile ai soli casi di dichiarazioni o documentazione obiettivamente false. E non è questo il caso);

-anche a voler ritenere che in questa procedura vi sia stata una omissione di informazione dovuta, diversamente da quanto deciso dal Tar, e secondo quanto statuito da Cons. Stato – Ad. plen. , n. 16/2020, punti 14. e 15., qui condivisi e ai quali si fa rinvio per esigenze di sinteticità, tale omissione non implica di suo alcun automatismo espulsivo tipico della dichiarazione non veritiera ex lett. f–bis).

In casi come questi, l'esclusione dalla procedura presuppone un previo, motivato apprezzamento in concreto, da parte della stazione appaltante, e che rientra nella competenza esclusiva della stessa (v. Ad. plen. cit., pp. 14. e 15., anche sull'esigenza che, qualora detta valutazione sia mancata, non può essere rimessa al giudice amministrativo, in base al principio della separazione dei poteri), in ordine alla rilevanza sviante della informazione omessa e alla idoneità degli episodi in discussione al fine di porre in dubbio la integrità e affidabilità dell'operatore economico.

4.8.Dalle considerazioni esposte sopra discende l'accoglimento dell'appello, entro i limiti sopra specificati, la riforma, per quanto di ragione, della sentenza in epigrafe, l'annullamento della delibera commissariale di annullamento in via di autotutela n. -OMISSIS-e l'obbligo per l'autorità amministrativa di (ri)provvedere, “ora per allora”, entro 60 giorni, decorrenti dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza, ovvero dalla notificazione della stessa, se anteriormente effettuata, sulla esclusione, o meno, della società (già) aggiudicataria, valutando motivatamente e in concreto la “rilevanza sviante” della informazione omessa e la idoneità dei precedenti dell'operatore economico al fine di porre in dubbio, o no, la integrità e affidabilità dello stesso, avendo riguardo alle caratteristiche degli episodi descritti sopra, al p. 4.4. e di tutti gli altri elementi utilmente ravvisabili, e tenendo conto di quanto statuito al p. 4. della presente sentenza.

Appare evidente che per la ricorrente non si tratta di un accoglimento “a risultato garantito”, caratterizzato cioè dal raggiungimento della prova positiva, almeno in linea di principio, della certezza dell'aggiudicazione del servizio a favore dell'appellante medesima, in base a un giudizio prognostico “ex ante”.

Non è possibile preconizzare adesso quale potrà essere l'esito di una tale valutazione, che l'Autorità dovrà compiere, fatto salvo il controllo, da parte di questo CGARS, in sede di ottemperanza, sull'adempimento, da parte dell'Ente pubblico, alla statuizione come sopra disposta.

4.9. In proposito, va sin da ora stabilito che, trascorso inutilmente il termine di 60 giorni, l'appellante potrà rivolgersi direttamente al Prefetto di Palermo quale commissario "ad acta" affinché quest'ultimo, o un funzionario o dirigente della carriera prefettizia dal Prefetto medesimo sub delegato, concluda il procedimento in vece e luogo dell'Autorità inadempiente, entro 30 giorni dalla presentazione della istanza, con oneri finanziari relativi alla attività del commissario medesimo direttamente a carico dell'Autorità.

4.10. Nonostante l'esito della impugnazione, il carattere interpretativo, non privo di aspetti di complessità e anche di novità, di alcune delle questioni trattate, è tale da giustificare, in via eccezionale, la compensazione delle spese e dei compensi del doppio grado del giudizio tra l'appellante e le parti appellate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte per i motivi ed entro i limiti indicati in motivazione e, per l'effetto, in riforma, per quanto di ragione, della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti impugnati, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa.

Spese del doppio grado del giudizio compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'-OMISSIS- e la persona fisica dell'-OMISSIS- della società, -OMISSIS- cessato dalla -OMISSIS- l'indizione della procedura.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del 14 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere