

Sono ininfluenti i reati depenalizzati prima della partecipazione

## DESTINAZIONE: APPALTI – PRINCIPI GENERALI – CAUSE DI ESCLUSIONE

Se tutti i precedenti penali a carico dell'amministratore delegato delle società partecipanti, si riferiscono a reati depenalizzati dopo le sentenze irrevocabili di condanna, ma da data anteriore all'emanazione del bando di gara, non possono costituire causa di esclusione dalla procedura di un appalto di servizi

Le condotte incriminate dalle norme abrogate ( e analoghe considerazioni possono farsi per le norme concernenti l'emissione di assegni a vuoto) fanno parte di quelle violazioni che il legislatore ha rinunciato a criminalizzare, con conseguente non ascrivibilità al loro autore, in quanto non più previste dalla legge come reato

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 3185 del 18 maggio 2004 NON si trova d'accordo con la tesi secondo la quale l'art. 12 del D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157 costituisce norma a garanzia della piena onorabilità dei soggetti che contrattano con l'Amministrazione, cosicché l'intervenuta depenalizzazione delle fattispecie addebitate all'amministratore delegato di dette società sarebbe irrilevante, rimanendo comunque storicamente accertata la tendenza del soggetto alla violazione delle norme penali vigenti, ancorché successivamente depenalizzate.

Mentre il Giudice di Palazzo Spada afferma che:

l'art. 12 lett.b) del D.Lgs. n. 157/95-secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alla gara i concorrenti nei cui confronti sia stata emessa sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per qualsiasi reato che incida sulla loro moralità professionale, o per delitti finanziari, per la formulazione della norma che collega l'esclusione alla generalità delle trasgressioni che incidano sulla moralità professionale o ai delitti finanziari, **indica che nella considerazione del Legislatore è qualificante la commissione di reati di una certa natura sotto l'aspetto sostanziale, essendosi voluto evitare l'affidamento del servizio a coloro che abbiano commesso reati lesivi degli stessi interessi collettivi che, nella veste di aggiudicatari, sarebbero chiamati a tutelare**

**non esistendo quindi un' ultrattività degli effetti delle condanne**

Viene inoltre ribadito il concetto che relativamente alla esclusione dei soggetti che non siano in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse ( di cui all'art. 12, comma primo, lett.e), del D.Lgs. n. 157/95) la riferibilità di tale disposizione alle situazioni in atto al momento della domanda e non a situazioni pregresse

A cura di Sonia LAZZINI

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 Quarta) ha pronunciato la seguente  
D E C I S I O N E

sul ricorso n. 2466/2003, proposto dal Ministero dell'Economia e delle finanze e dall'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati ex lege presso la stessa, in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

contro

le Soc. \*\*\*\*\*

per l'annullamento

della sentenza n. 1542/2002 del T.A.R. delle Marche;

visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio delle società appellate;

viste le memorie prodotte dalle parti;

visti tutti gli atti della causa;

relatore alla udienza in camera di consiglio del 16 marzo 2004 il consigliere Anna Leoni , e uditi gli avvocati V. Biagetti, C. Colapinto e l'Avv. dello Stato M. Mari;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO

1. Il Ministero dell'Economia e delle finanze e l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato impugnano la decisione del Tribunale amministrativo regionale delle Marche n. 1542/02, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalle società \*\*\*\*\* per l'annullamento delle comunicazioni di avvio del procedimento di revoca delle concessioni per l'esercizio del gioco del Bingo alle stesse rilasciate, nonché per l'annullamento dei provvedimenti di revoca delle concessioni medesime adottati in corso di causa.

2. A seguito di procedura di licitazione privata, l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato, con decreto pubblicato sulla G.U. del 16/07/01 n. 163, aggiudicava alle società indicate talune concessioni per l'esercizio del gioco del Bingo nelle Regioni Marche, Abruzzo e Puglia.

In data 21/3/2002, l'Amministrazione comunicava l'avvio del procedimento di revoca delle concessioni per mancanza del requisito di cui al punto 13 lett.b) del bando di gara(dichiarazione del legale rappresentante ai sensi della L.n. 15 del 1968, attestante insussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 12 D.lgs. n. 157/95 nel testo modificato dal D.lgs. 25/2/2000 n. 65, riguardante l'impossibilità di partecipazione alla gara da parte di soggetti che abbiano subito condanne incidenti sulla moralità professionale o per delitti finanziari.

3. Le società interessate adivano il T.A.R. delle Marche, e, denunciando diversi profili di illegittimità dell'azione amministrativa, chiedevano l'annullamento delle comunicazioni di avvio del procedimento di revoca, nonché l'adozione di idonee misure cautelari.

Il T.A.R. con ordinanza n. 207/2002 ordinava all'Amministrazione dei Monopoli di portare a termine il procedimento a di adottare i provvedimenti conclusivi.

Con decreti del 17/06/02 le Società ricorrenti venivano escluse dalle graduatorie provinciali per mancanza del requisito specificato nella comunicazione di avvio del procedimento indicato in premessa.

Gli atti venivano impugnati avanti al medesimo T.A.R., che ne sospendeva l'efficacia con ordinanza n. 281/02.

Successivamente, con sentenza n. 1542 del 2002, il Tribunale accoglieva il ricorso proposto, rinviando ad altra udienza la trattazione della domanda risarcitoria avanzata dalle ricorrenti, sulla base delle seguenti argomentazioni:

- i provvedimenti conclusivi del procedimento, che costituivano ottemperanza alla specifica ordinanza in tal senso emanata dal Tribunale, non si sono fatti carico di esprimere alcun elemento valutativo rispetto alle cause ostative al rilascio delle concessioni, come disposto nell'ordinanza e sono, perciò, doppiamente illegittimi, per inottemperanza all'ordine del T.a.r. e per intrinseca carenza di motivazione;

- considerando "reati incidenti sulla moralità professionale" e "delitti finanziari" fatti che l'ordinamento aveva, poi, depenalizzato (in epoca anteriore all'emanazione del bando) l'Amministrazione ha operato una sorta di ultrattività del pregresso profilo di rilevanza penale, impraticabile ai sensi dei principi sulla successione di leggi penali e, in particolare, per contrasto con l'art.2, co.2, c.p., che priva di ogni rilievo le condanne riportate in tema di reati successivamente depenalizzati;

- con provvedimento del 4/6/02 il giudice dell'esecuzione presso il Tribunale di Bari ha dichiarato la cessazione degli effetti penali delle condanne riportate dal sig. Abrusci e, ai sensi dell'art. 2 c.p. e dell'art. 673 c.p.p., trattandosi di reati successivamente depenalizzati, ha pronunciato la revoca delle condanne penali perché il fatto non era più preveduto dalla legge come reato; di ciò l'Amministrazione avrebbe dovuto tenere conto, trattandosi di atti intervenuti prima del censurato provvedimento di revoca;

- la sussistenza di un mero fatto storico a carico dell'amministratore delegato delle società ricorrenti non può avere alcun valore pregiudizievole nei confronti di tale soggetto, neppure sotto il profilo di "disvalore sociale";

- le società escluse non dovevano fare, di conseguenza, alcuna menzione delle condanne riportate al tempo della proposizione delle domande di partecipazione alla gara, né può giovare il richiamo all'art. 12 del d.lgs. n. 157/95, posto che la prescrizione in oggetto non può che riguardare le contestazioni sussistenti all'atto della domanda e non qualunque situazione pregressa;

- diversamente ragionando, si creerebbe disparità di trattamento fra coloro che abbiano tenuto analoghi comportamenti prima o dopo la depenalizzazione degli stessi (per di più, nei confronti dei soggetti comunitari, che non conoscono l'incriminazione penale per le violazioni tributarie).

4. Questi i dedotti motivi di appello:

4.1. Il T.A.R. non avrebbe tenuto in considerazione le finalità e la ratio del bando di gara (punto 13, lett.b), che richiamava l'art. 12 del D.lgs. n. 157/95, nel testo modificato dal D.lgs. n. 65/2000 (assenza di condanne per reati che incidono sulla moralità professionale o per reati finanziari).

Il cessare degli effetti penali delle condanne, conseguente alla depenalizzazione delle violazioni commesse, non può ritenersi rilevante ai fini della valutazione dei requisiti del soggetto.

Vi sarebbe, invero, la prevalenza dell'interesse pubblico a che i pubblici servizi vengano svolti da soggetti idonei e i precedenti costituirebbero un innegabile disvalore della condotta dell'interessato.

4.2. Insussistenza del ritenuto difetto di motivazione, essendosi in presenza di motivazione per relationem. Inoltre, dovendo i provvedimenti essere pubblicati in G.U., l'Amministrazione ha ritenuto, in ossequio alle norme sulla privacy, di non citare nel testo il riferimento alle norme violate.

4.3. La cessazione degli effetti penali delle condanne non fa derivare, in modo automatico, la reviviscenza dei requisiti che la legge ritiene che il concessionario debba possedere.

4.4. L'interpretazione offerta dalla P.A. è confermata da quanto previsto dall'art. 12, punto e) del D.lgs. n. 157/95, richiamato dall'art. 13, lett.b) del bando di concorso, ove si prevede come causa di esclusione il non essere in regola con gli obblighi tributari.

5. L'Amministrazione appellante ha depositato memoria difensiva, ad ulteriore conforto delle proprie tesi.

6. Le Società appellate, costitutesi in giudizio, hanno depositato memoria difensiva, eccependo l'inaammissibilità dell'appello per mancanza di specifiche censure nei confronti della decisione del T.A.R., nonché l'omessa impugnazione di alcuni capi della sentenza, che varrebbero da soli a sorreggere la decisione di cui si chiede l'annullamento( a) affermazione secondo cui i provvedimenti di esclusione erano elusivi della ordinanza del T.A.R.; b) mancata rilevanza della revoca delle sentenze da parte del giudice dell'esecuzione, intervenuta prima del bando).

Hanno eccepito, poi, l'inaammissibilità del gravame per integrazione postuma di motivazione e l'infondatezza, nel merito, del medesimo.

7. Il ricorso è stato inserito nei ruoli d'udienza del 16 marzo 2004.

## DIRITTO

1. Ritiene la Sezione di poter prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dagli appellanti, rivelandosi il ricorso in appello infondato nel merito.

2. L'impianto argomentativo della difesa erariale, finalizzata a dimostrare la legittimità dei provvedimenti di revoca delle concessioni già assentite a favore delle Società appellate, poggia sulla considerazione che l'art. 12 del D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157 costituisce norma a garanzia della piena onorabilità dei soggetti che contrattano con l'Amministrazione, cosicché l'intervenuta depenalizzazione delle fattispecie addebitate all'amministratore delegato di dette società sarebbe irrilevante, rimanendo comunque storicamente accertata la tendenza del soggetto alla violazione delle norme penali vigenti, ancorché successivamente depenalizzate.

La tesi non può, nella fattispecie, trovare accoglimento.

Invero, l'art. 12 lett.b) del D.Lgs. n. 157/95-secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alla gara i concorrenti nei cui confronti sia stata emessa sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per qualsiasi reato che incida sulla loro moralità professionale, o per delitti finanziari, per la formulazione della norma che collega l'esclusione alla generalità delle trasgressioni che incidano sulla moralità professionale o ai delitti finanziari, indica che nella considerazione del Legislatore è qualificante la commissione di reati di una certa natura sotto l'aspetto sostanziale, essendosi voluto evitare

L'affidamento del servizio a coloro che abbiano commesso reati lesivi degli stessi interessi collettivi che, nella veste di aggiudicatari, sarebbero chiamati a tutelare(C.S., V Sez., n. 1770/00).

Tuttavia, nella fattispecie, è incontestato che tutti i precedenti penali a carico del sig. Angelo Antonio Abrusci, amministratore delegato delle società appellate, si riferissero a reati depenalizzati dopo le sentenze irrevocabili di condanna( per effetto del D.Lgs. n. 74 del 10/3/2000 e del D.Lgs. n. 507 del 30/12/99), ma da data anteriore all'emanazione del bando di gara, risalente al 28/12/2000.

E', altresì, incontestato che a seguito delle menzionate disposizioni di depenalizzazione il giudice dell'esecuzione presso il Tribunale penale di Bari abbia dichiarato la cessazione di tutti gli effetti penali delle sentenze di condanna riportate dal sig. Abrusci, ai sensi degli artt. 2 c.p.(applicabile anche in materia penale tributaria per effetto dell'art. 24 del D.Lgs.n. 507/99) e 673 c.p.p., trattandosi di condanne per reati successivamente depenalizzati e abbia pronunciato espressamente la revoca delle medesime sentenze di condanna perché il fatto non è preveduto dalla legge come reato.

Ala luce di tali circostanze appare arduo sostenere, come vorrebbe l'Amministrazione, una ultrattività degli effetti delle condanne subite dall'Abrusci, ai fini di cui si discute( esclusione dalla graduatoria dei soggetti concessionari per la gestione del gioco Bingo).

Come ha, invero, affermato la Corte di Cassazione penale a Sezioni unite, nella sentenza n. 35 del 2001, dopo l'abolizione del principio di ultrattività delle leggi penali tributarie ad opera dell'art. 24, primo comma, del D.Lgs. 30/12/99 n. 507 ed in assenza di norme disciplinanti il regime transitorio tra la vecchia e la nuova normativa, il problema dell'individuazione della norma incriminatrice ai fatti anteriormente commessi deve essere risolto alla stregua delle regole fondamentali del diritto intertemporale in materia penale affermato in materia dall'art. 2 c.p.

La ratio della nuova normativa ha, infatti, inteso realizzare un nuovo sistema penale tributario, imperniato sulla repressione penale limitata ai fatti caratterizzati da rilevante offensività per gli interessi dell'erario, superando in tal modo il vecchio sistema posto a base della previgente legge n. 516 del 1982, fondato su un modello di tutela anticipata, caratterizzato dalla repressione di violazioni strumentali e prodromiche ad una falsa dichiarazione e alla evasione d'imposta, con conseguente incompatibilità fra i due sistemi, operando con ciò una vera e propria inversione di rotta rispetto al sistema precedente.

Tali rilievi sono determinanti anche al fine della soluzione della questione oggetto del decidere, in quanto se è vero che il legislatore nel riformare il sistema penale tributario, assumendo come obiettivo strategico quello di limitare la repressione penale ai soli fatti direttamente correlati alla lesione degli interessi fiscali, con rinuncia alla criminalizzazione delle violazioni meramente formali e preparatorie(cfr. Relazione governativa al D.lgs n. 74/2000), ha segnato una frattura fra la previgente e l'attuale normativa, tale circostanza diviene ostativa alla tesi dell'ultrattività degli effetti penali delle condanne anche per quel che riguarda i profili considerati dall'art. 12 del D.lgs. n. 157/95, apparendo non più dubitabile che per le fattispecie criminose oggetto delle condanne riportate sia venuto definitivamente meno il requisito del disvalore sociale del fatto, che costituisce il fondamento applicativo dell'art. 2 c.p.

Le condotte incriminate dalle norme abrogate( e analoghe considerazioni possono farsi per le norme concernenti l'emissione di assegni a vuoto) fanno parte, infatti, di quelle violazioni che il legislatore ha rinunciato a criminalizzare, con conseguente non ascrivibilità al loro autore, in quanto non più previste dalla legge come reato.

Quanto alla ricorrenza, nella specie sostenuta dalla difesa erariale, dell'art. 12, comma primo, lett.e), del D.Lgs. n. 157/95, relativo alla esclusione dei soggetti che non siano in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse, va condiviso quanto affermato dal giudice di I grado circa la

riferibilità di tale disposizione alle situazioni in atto al momento della domanda e non a situazioni pregresse.

Può, quindi, concludersi, in condivisione della sentenza appellata, nel senso della illegittimità dei procedimenti di esclusione avviati nei confronti degli appellati e dei conseguenti provvedimenti adottati.

Di conseguenza, l'appello va respinto, con assorbimento dei restanti motivi e conferma della sentenza impugnata.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare tra le parti le spese e gli onorari della presente fase di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale– Sezione IV, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese del grado compensate.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 16 marzo 2004, con la partecipazione dei signori:

Paolo SALVATORE - Presidente

Livia BARBERIO CORSETTI - Consigliere

Antonino ANASTASI - Consigliere

Anna LEONI - Consigliere, rel. ed est.

Salvatore CACACE - Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Anna Leoni

Paolo Salvatore

IL SEGRETARIO

Giuseppe Testa

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/05/2004

(art. 55, L. 27.4.1982, 186)

Il Dirigente

Dott. Giuseppe Testa