

L'INTERVENUTA DICHIARAZIONE DI ESTINZIONE DEL REATO PREVALE SU OGNI CONSIDERAZIONE DISCREZIONALE DELLA STAZIONE APPALTANTE IN MERITO ALL'INCIDENZA DELLO STESSO SULLA AFFIDABILITÀ MORALE E PROFESSIONALE DELL'IMPRESA.

Laddove la pronuncia dichiarativa di estinzione del reato è intervenuta da tempo, non residua alcun potere discrezionale alla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. cit., vista la chiara ed inequivoca lettera della legge che impone di tenere conto comunque di quanto previsto dall'art. 178 c.p. e dall'art. 445, comma 2, c.p.p. e della conseguente estinzione di ogni effetto penale della condanna, tra cui deve rientrare anche quello, tendente all'esclusione dalle pubbliche gare, di cui al richiamato art. 38.

L'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/06 stabilisce, tra i requisiti di ordine generale, che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale ma precisa anche che "...resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale". Tali ultime norme dispongono rispettivamente: della riabilitazione, l'art. 178 c.p., e della estinzione del reato per il quale è stata irrogata una pena su richiesta, trascorsi cinque anni, l'art. 445, comma 2, c.p.p., con la conseguenza della estinzione di ogni effetto penale della condanna e del reato. _Al Collegio appare evidente, quindi, che la disposizione della norma secondo cui "resta salva in ogni caso l'applicazione" dei richiamati articoli sta a significare che nell'ipotesi di intervenuta riabilitazione ex art. 178 c.p. prima della partecipazione alla gara – come nel caso di specie – deve tenersi conto dell'estinzione di ogni effetto penale della condanna, tra cui anche quello richiamato dall'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. cit. e per tutte le ipotesi in esso considerate. _ Se alla stazione appaltante fosse consentito comunque di valutare i fatti penali al fine del giudizio di affidabilità morale dell'impresa concorrente, per un mero fine "amministrativo" estraneo ad effetti penali idoneo a consentire la partecipazione a imprese qualificate – come sostenuto nelle sue difese dalla stazione appaltante – non si comprenderebbe il richiamo finale, contenuto nell'art. 38 cit., sopra riportato, secondo cui "resta salva in ogni caso" l'applicazione degli artt. 178 cp. e 445, comma 2, c.p.p., logicamente interpretabile, invece, ad opinione del Collegio, nell'ottica sopra illustrata, secondo la quale l'intervenuta dichiarazione di estinzione prevale su ogni considerazione discrezionale della stazione appaltante.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 2075 del 25 settembre 2008, emessa dal Tar Piemonte, Torino

< Infatti, l'esclusione della ALFA s.p.a. e la conseguente segnalazione all'Autorità di settore sono state disposte in dichiarata applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/06.

Tale disposizione normativa stabilisce, tra i requisiti di ordine generale, che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato o emesso decreto penale di

condanna divenuto irrevocabile oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale ma precisa anche che "...resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale". Tali ultime norme dispongono rispettivamente: della riabilitazione, l'art. 178 c.p., e della estinzione del reato per il quale è stata irrogata una pena su richiesta, trascorsi cinque anni, l'art. 445, comma 2, c.p.p., con la conseguenza della estinzione di ogni effetto penale della condanna e del reato.

Al Collegio appare evidente, quindi, che la disposizione della norma secondo cui "resta salva in ogni caso l'applicazione" dei richiamati articoli sta a significare che nell'ipotesi di intervenuta riabilitazione ex art. 178 c.p. prima della partecipazione alla gara – come nel caso di specie – deve tenersi conto dell'estinzione di ogni effetto penale della condanna, tra cui anche quello richiamato dall'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. cit. e per tutte le ipotesi in esso considerate.

Né è invocabile la giurisprudenza richiamata nel provvedimento di esclusione impugnato, dato che questa, come correttamente osservato dalla società ricorrente, si riferisce ad ipotesi in cui la dichiarazione di estinzione del reato era intervenuta successivamente all'aggiudicazione.

E' vero, quindi, come sostenuto dalla stazione appaltante, che rimane sempre un potere valutativo discrezionale in ordine all'entità del reato per cui è stata irrogata la pena a richiesta, ma tale attività è consentita solo nell'ipotesi in cui sono trascorsi cinque anni dalla condanna, ex art. 445, comma 2, c.p.p. ma non è ancora intervenuta la pronuncia dichiarativa di estinzione del reato.

Laddove, invece, come nel caso di specie, tale pronuncia è intervenuta da tempo, non residua alcun potere discrezionale alla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. cit., vista la chiara ed inequivoca lettera della legge che impone di tenere conto comunque di quanto previsto dall'art. 178 c.p. e dall'art. 445, comma 2, c.p.p. e della conseguente estinzione di ogni effetto penale della condanna, tra cui deve rientrare anche quello, tendente all'esclusione dalle pubbliche gare, di cui al richiamato art. 38.

Se alla stazione appaltante fosse consentito comunque di valutare i fatti penali al fine del giudizio di affidabilità morale dell'impresa concorrente, per un mero fine "amministrativo" estraneo ad effetti penali idoneo a consentire la partecipazione a imprese qualificate – come sostenuto nelle sue difese dalla stazione appaltante – non si comprenderebbe il richiamo finale, contenuto nell'art. 38 cit., sopra riportato, secondo cui "resta salva in ogni caso" l'applicazione degli artt. 178 cp. e 445, comma 2, c.p.p., logicamente interpretabile, invece, ad opinione del Collegio, nell'ottica sopra illustrata, secondo la quale l'intervenuta dichiarazione di estinzione prevale su ogni considerazione discrezionale della stazione appaltante.

Alla luce di quanto evidenziato, quindi, il ricorso deve essere accolto.>

A cura di Sonia LAzzini

N. 02075/2008 REG.SEN.

N. 00404/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 404 del 2008, proposto da:

ALFA S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in Milano, Via Stamira d'Ancona n. 9, rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Riccardo Villata, Andreina Degli Esposti, e prof. Carlo Emanuele Gallo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Torino, via Pietro Palmieri, 40;

contro

il Consorzio per il Sistema Informativo - C.S.I. Piemonte, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Marco e Anna Casavecchia, con domicilio eletto presso lo studio dei medesimi in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della nota 25 febbraio 2008 prot. 6536 e del verbale 13 febbraio 2008 ivi menzionato, aventi ad oggetto l'esclusione dell'attuale ricorrente dalla gara europea per il servizio di manutenzione degli impianti dati e fonia delle sedi gestite dal suddetto CSI;
- della nota 29 febbraio 2008 prot. 7107 che dispone la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici dell'esclusione suddetta.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione e memoria del C.S.I. Piemonte, con i relativi allegati;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione, ai sensi dell'art. 23 bis l.n. 205/2000, n. 294/2008 del 7 aprile 2008;

Viste le memorie difensive delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 22 maggio 2008 il Primo Referendario Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso a questo Tribunale, notificato il 13 marzo 2008 e depositato il successivo 19 marzo 2008, la ALFA s.p.a. chiedeva l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, della nota indicata in epigrafe – e della conseguente segnalazione all'Autorità di settore competente - con la quale la medesima era esclusa dalla gara europea per il servizio di manutenzione degli impianti dati e fonia delle sedi del Consorzio per il Sistema Informativo – C.S.I. Piemonte, sulla base dell'applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/06, in relazione alla sussistenza, per fatti del 1988 e del 1990, di due sentenze di applicazione della pena su richiesta, pur in riscontrata presenza di ordinanza del Tribunale di Ferrara del 12.1.2004 che aveva dichiarato estinti i reati in questione, ai sensi dell'art. 445, comma 2, c.p.p. e 178 c.p., poiché la Commissione giudicatrice aveva ritenuto i detti reati (di cui all'art. 319, 319 bis e 321 c.p. e all'art. 7 l.n. 195/1974) tra quelli incidenti sulla affidabilità morale e professionale dell'impresa.

La società ricorrente, quindi, lamentava:

“Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici. Eccesso di potere per difetto di motivazione”.

La ALFA s.p.a. evidenziava che l'intervenuta estinzione del reato non consentiva più di valutare lo stesso ai fini della (non) ammissione alle pubbliche gare, come ritenuto dalla giurisprudenza, formatasi sull'interpretazione dell'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999 ma valida anche per l'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/06 che ne riportava sostanzialmente la portata dispositiva.

Solo se siano decorsi cinque anni dalla sentenza resa ex art. 444 c.p.p. senza pronuncia di estinzione del reato, è consentito all'Amministrazione valutare ugualmente i fatti nella loro materialità al fine del giudizio di affidabilità morale dell'impresa ma, nel caso di specie, ove tale pronuncia di estinzione era intervenuta prima dell'aggiudicazione (e non successivamente come in un precedente del TAR Lombardia, Milano richiamato nel verbale del 13 febbraio 2008 in cui era contenuta la motivazione dell'esclusione), tale attività valutativa era preclusa all'Amministrazione appaltante.

Si costituiva in giudizio il C.S.I. Piemonte, insistendo per l'infondatezza del ricorso.

Con l'ordinanza indicata in epigrafe, questa Sezione accoglieva la domanda cautelare e, per l'effetto, sospendeva l'esecuzione di provvedimenti impugnati e ammetteva con riserva la società ricorrente alla procedura concorsuale in atto, fissando, ai sensi dell'art. 23 bis l.n. 1034/1971, la data di discussione del merito al 22 maggio 2008.

In prossimità di tale udienza, il C.S.I. Piemonte depositava una istanza nella quale evidenziava che la ALFA s.p.a. era stata riammessa alla gara e che per tale ragione il ricorso venisse “...dichiarato estinto per cessata materia del contendere a spese compensate”, allegando in copia il provvedimento che disponeva la riammissione.

La ALFA s.p.a., dal canto suo, depositava una memoria in cui insisteva nelle sue tesi difensive, senza fare cenno a condizioni di improcedibilità del ricorso.

Alla pubblica udienza del 22 maggio 2008 il difensore della società ricorrente ribadiva la sua posizione, evidenziando di rimettere al Collegio, semmai, la decisione di dichiarare unicamente la cessazione della materia del contendere.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

In data 23 maggio 2008 è stato pubblicato il dispositivo della presente sentenza.

DIRITTO

Il Collegio deve preliminarmente soffermarsi in ordine ai profili processuali derivanti dall'adozione del richiamato provvedimento di riammissione alla gara, secondo quanto prospettato dalle parti e, contrariamente a quanto dedotto dal C.S.I. Piemonte, ritiene l'insussistenza dei presupposti per dichiarare cessata la materia del contendere.

Come di recente evidenziato da questo Tribunale (TAR Piemonte, Sez. I, 5.7.08, n. 1490), infatti, per dare luogo a tale modalità di accertamento di una causa di improcedibilità del ricorso è necessario verificare se il provvedimento sopravvenuto abbia determinato in modo completo, esaustivo e definitivo la realizzazione della pretesa sostanziale fatta valere dalla parte ricorrente. In questa prospettiva si colloca il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale a tal fine è necessario verificare il rapporto amministrativo controverso e il contenuto del provvedimento sopravvenuto in ordine alle possibili utilità derivanti dalla pronuncia (Cons. Stato, sez. IV, 19.5.08, n. 2293 e sez. V, 13.8.07, n. 4449).

Allo scopo è necessario individuare un supporto processuale, più che nella concorde dichiarazione delle parti, nella produzione di una prova documentale che l'Amministrazione abbia posto in essere provvedimenti con portata totalmente satisfattiva delle pretese della parte ricorrente (TAR Lazio, sez.II, 7.1.08, n. 70 e TAR Puglia, Le, 21.6.93, n. 227).

Nella presente fattispecie, il provvedimento di cui alla raccomandata 28 aprile 2008 del C.S.I. Piemonte, che richiama la seduta di gara del 18 aprile 2008, non appare completamente satisfattivo della pretesa sostanziale della società ricorrente, tesa ad ottenere l'annullamento – e quindi la rimozione “ex tunc” dall'ordinamento – dei provvedimenti impugnati con il ricorso che impedivano la partecipazione alla gara ma disponevano anche la segnalazione all'Autorità di settore competente.

Nel caso di specie, la riammissione alla gara è avvenuta unicamente “...in ottemperanza all'ordinanza del TAR Piemonte”, come disposto nel verbale della suddetta seduta.

La stessa nota di trasmissione del 18 aprile 2008 del C.S.I. si limitava a richiamare e riportare tale verbale, senza nulla aggiungere e, soprattutto, senza disporre alcuna revoca o annullamento dei provvedimenti impugnati con il ricorso, unica circostanza – questa – che avrebbe comportato l'integrale soddisfazione della pretesa della ALFA s.p.a. azionata con il ricorso, che tendeva, appunto, mediante sentenza di annullamento, alla rimozione dall'ordinamento giuridico dei suddetti provvedimenti, sia pure tramite la pronuncia giurisdizionale.

Nel caso di specie, dalla lettura del verbale del 18 aprile 2003 della commissione giudicatrice, si rileva che la società ricorrente era stata riammessa alla gara unicamente in virtù – ed in mera esecuzione - dell'ordinanza cautelare di questa Sezione, senza annullamento dei provvedimenti impugnati con il ricorso, con ciò mantenendo, allo stato, ancora persistente l'interesse alla decisione da parte della ALFA s.p.a., in particolar modo in relazione alla segnalazione all'Autorità di settore competente, come d'altronde rilevato dal deposito di una memoria in prossimità della pubblica udienza in cui questa insiste

nelle sue tesi difensive senza fare alcun cenno alla riammissione come circostanza idonea alla dichiarazione di cessata materia del contendere.

Nel caso di specie è pure assente una chiara e specifica dichiarazione della parte ricorrente di sopravvenuto difetto di interesse alla pronuncia, dato che il difensore della stessa, alla pubblica udienza, si è limitato a rimettere al Collegio l'eventuale dichiarazione di cessata materia del contendere senza richiamare alcun difetto di interesse sopravvenuto della sua assistita alla decisione.

Sulla base di quanto evidenziato, quindi, il Collegio ritiene che non possa configurarsi cessata la materia del contendere né che si possa individuare e dichiarare un sopravvenuto difetto di interesse alla decisione, per cui è necessario pronunciarsi sul merito della controversia.

Il ricorso è fondato.

Infatti, l'esclusione della ALFA s.p.a. e la conseguente segnalazione all'Autorità di settore sono state disposte in dichiarata applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/06.

Tale disposizione normativa stabilisce, tra i requisiti di ordine generale, che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale ma precisa anche che "...resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale". Tali ultime norme dispongono rispettivamente: della riabilitazione, l'art. 178 c.p., e della estinzione del reato per il quale è stata irrogata una pena su richiesta, trascorsi cinque anni, l'art. 445, comma 2, c.p.p., con la conseguenza della estinzione di ogni effetto penale della condanna e del reato.

Al Collegio appare evidente, quindi, che la disposizione della norma secondo cui "resta salva in ogni caso l'applicazione" dei richiamati articoli sta a significare che nell'ipotesi di intervenuta riabilitazione ex art. 178 c.p. prima della partecipazione alla gara – come nel caso di specie – deve tenersi conto dell'estinzione di ogni effetto penale della condanna, tra cui anche quello richiamato dall'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. cit. e per tutte le ipotesi in esso considerate.

Né è invocabile la giurisprudenza richiamata nel provvedimento di esclusione impugnato, dato che questa, come correttamente osservato dalla società ricorrente, si riferisce ad ipotesi in cui la dichiarazione di estinzione del reato era intervenuta successivamente all'aggiudicazione.

E' vero, quindi, come sostenuto dalla stazione appaltante, che rimane sempre un potere valutativo discrezionale in ordine all'entità del reato per cui è stata irrogata la pena a richiesta, ma tale attività è consentita solo nell'ipotesi in cui sono trascorsi cinque anni dalla condanna, ex art. 445, comma 2, c.p.p. ma non è ancora intervenuta la pronuncia dichiarativa di estinzione del reato.

Laddove, invece, come nel caso di specie, tale pronuncia è intervenuta da tempo, non residua alcun potere discrezionale alla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. cit., vista la chiara ed inequivoca lettera della legge che impone di tenere conto comunque di quanto previsto dall'art. 178 c.p. e dall'art. 445, comma 2, c.p.p. e della conseguente estinzione di ogni effetto penale della condanna, tra cui deve rientrare anche quello, tendente all'esclusione dalle pubbliche gare, di cui al richiamato art. 38.

Se alla stazione appaltante fosse consentito comunque di valutare i fatti penali al fine del giudizio di affidabilità morale dell'impresa concorrente, per un mero fine "amministrativo" estraneo ad effetti

penali idoneo a consentire la partecipazione a imprese qualificate – come sostenuto nelle sue difese dalla stazione appaltante – non si comprenderebbe il richiamo finale, contenuto nell'art. 38 cit., sopra riportato, secondo cui “resta salva in ogni caso” l'applicazione degli artt. 178 cp. e 445, comma 2, c.p.p., logicamente interpretabile, invece, ad opinione del Collegio, nell'ottica sopra illustrata, secondo la quale l'intervenuta dichiarazione di estinzione prevale su ogni considerazione discrezionale della stazione appaltante.

Alla luce di quanto evidenziato, quindi, il ricorso deve essere accolto.

Sussistono comunque giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite per giusti motivi, in relazione alla peculiarità e novità della vicenda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte, Sezione 1^a accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del 22 maggio 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Primo Referendario

Ivo Correale, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/09/2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

