ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 22/07/2010

All'indirizzo http://www.diritto.it/docs/29867-ai-sensi-dell-art-38-co-1-lett-c-codice-appalti-i-concorrenti-non-sono-tenuti-a-indicare-le-condanne-per-le-quali-sia-intervenuta-una-causa-estintiva-del-reato

Autore: Lazzini Sonia

Ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. c), codice appalti, i concorrenti non sono tenuti a indicare le condanne per le quali sia intervenuta una causa estintiva del reato

C.St. 24.06.2010 n. 4019_QUATER

Ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. c), codice appalti, i concorrenti non sono tenuti a indicare le condanne per le quali sia intervenuta una causa estintiva del reato.

Vero è che, formalmente, la disposizione in commento fa riferimento solo alla riabilitazione (art. 178, c.p.), e alla estinzione della condanna inflitta con sentenza di patteggiamento (art. 445 c.p.p.).

Tuttavia sia l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (v. delibera n. 1/2010), sia la giurisprudenza di questo Consesso, ritengono che sia rilevante qualsivoglia causa estintiva di reato, dunque anche quella di cui all'art. 460, co. 5, c.p.p., conseguente al decorso di un certo lasso temporale dopo la condanna inflitta con decreto penale (Cons. St., sez. V, 23 luglio 2009 n. 4594; Autorità, determinazione n. 1/2010).

Va tuttavia precisato che sia l'Autorità di vigilanza che la giurisprudenza di questo Consesso hanno ritenuto che per l'operatività di tali cause estintive dei reati occorre che intervenga una formale pronuncia del giudice dell'esecuzione penale che emani il provvedimento estintivo: ne consegue che il concorrente è tenuto a dichiarare le condanne penali per le quali la causa estintiva non sia stata dichiarata dal giudice dell'esecuzione, anche se in fatto vi sono tutti i presupposti per ottenere il provvedimento estintivo (Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2009 n. 6006; Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2009 n. 7740; Autorità, determinazione n. 1/2010).
Inoltre la giurisprudenza ha ritenuto che non rilevino, ai fini dell'art. 38, le condanne per reati in prosieguo depenalizzati (Cons. St., sez. V, 23 luglio 2009 n. 4594; Tar Veneto, sez. I, 18 settembre 2009 n. 2415).

12.2. Alla luce di tali considerazioni in diritto, vanno esaminate le singole condanne penali la cui dichiarazione è stata omessa.
Quanto a MO. Mila, risulta una condanna per contravvenzione, inflitta con decreto penale. Si tratta tuttavia di reato in prosieguo depenalizzato, come risulta dallo stesso certificato penale.
Pertanto, tale condanna non doveva essere dichiarata.
Quanto a M. Giovanni, risulta una condanna per delitto, per la quale è stata concessa la riabilitazione, come risulta dal certificato penale di condanna.
Pertanto tale condanna non doveva essere dichiarata in gara.
Quanto a S. Ursula, risulta una condanna per contravvenzione, inflitta con decreto penale esecutivo il 14 luglio 1999.
In astratto ricorre la causa estintiva di cui all'art. 460, co. 5 c.p.p. (mancata commissione di altro reato della stessa indole entro due anni dalla data di esecutività del decreto penale), ma, come osservato, in difetto di un formale provvedimento di estinzione del reato, la condanna doveva essere dichiarata in gara.
Quanto a P. Massimo, risultano:
una contravvenzione per la quale è stata inflitta condanna con decreto penale esecutivo il 14 giugno 1991;
un delitto per il quale è stata inflitta condanna con decreto penale esecutivo il 16 dicembre 2002;
una contravvenzione, di indole diversa dal delitto di cui sopra, per la quale è stata inflitta condanna con decreto penale esecutivo il 26 giugno 2006.
Per tutte e tre le condanne sussiste in astratto l'estinzione del reato ai sensi dell'art. 460, co. 5, c.p.p., ma per nessuna risulta un provvedimento formale di estinzione del reato.
Pertanto tali condanne dovevano essere dichiarate.

12.3. Alla luce di quanto esposto, il ricorso di primo grado proposto da Ricorrente va accolto, e va annullata l'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. Contrinteressata perché sussisteva una causa di esclusione dalla gara, con assorbimento necessario e logico di ogni altra questione, che non riguarda la fase di ammissione in gara, ma fasi successive.

SI LEGGA ANCHE

la decisione numero 6006 del 2 ottobre 2009, emessa dal Consiglio di Stato

rileva il Collegio che erroneamente il primo giudice ha ritenuto preclusa alla stazione appaltante la possibilità di chiedere ai concorrenti di corredare l'offerta, fin dalla sua presentazione, delle giustificazioni circa i suoi elementi costitutivi. Come la giurisprudenza ha da tempo chiarito, le giustificazioni preventive obbligatorie sono coerenti con la normativa comunitaria e trovano un preciso riscontro esegetico nella disciplina interna, con la conseguenza che ben può essere esclusa da una gara l'impresa che non si sia attenuta ad un tale onere

D'altra parte, si discute non dell'anomalia dell'offerta ma dell'adempimento di un ragionevole obbligo (volto a comprovare che l'offerta presentata è meditata e consapevolmente assunta), sicché non si vede per quale ragione, una volta violato tale obbli-go, la sanzione non debba essere quella dell'esclusione._
Né è sostenibile che l'adempimento in parola non fosse as-sistito da sanzione espulsiva. L'esame combinato dei punti 8 e 17 del disciplinare di gara porta a ritenere l'esatto contrario, poiché la sanzione dell'esclusione va collegata tanto alla mancata sotto-scrizione del "documento giustificativo" quanto, a fortiori, alla sua omessa presentazione.

E' innanzitutto escluso che alla Commissione fosse impe-dito di procedere alla valutazione che ha condotto ad un tale giu-dizio sull'offerta considerata poiché è risaputo che, fino all'aggiudicazione provvisoria, ogni valutazione può sempre es-sere rivista col solo limite della relativa legittimità. _Né è sostenibile che quella compiuta dalla Commissione fosse attività riconducibile nella nozione di verifica dell'anomalia: si è trattato di riscontro estrinseco delle varie componenti dell'offerta e quindi di un'attività logicamente ante-riore a quella della verifica dell'anomalia per la quale soltanto è previsto un contraddittorio._Nel merito, entrambe le obiezioni ritenute decisive dalla Commissione ai fini della esclusione appaiono condivisibili: sia quella con la quale si denuncia una discrasia tra offerta tecnica ed offerta economica, sia quella nella quale l'offerta stessa è giudi-cata condizionata a partire dal rilievo che questa fa conto su be-nefici che all'epoca della relativa presentazione non erano altro che un auspicio dell'offerente.

Analogamente, la sentenza impugnata va confermata nella parte in cui ha ritenuto illegittima l'ammissione alla gara della aggiudicataria per aver que-sti raggruppamenti omesso di menzionare, nella dichiarazione ri-levante agli effetti dell'art. 38 del Codice dei Contratti, preceden-ti condanne ex art. 444 cpp assistite dal beneficio della non men-zione. La giurisprudenza della Sezione, dalla quale non vi è mo-tivo di discostarsi, è infatti nel senso che il citato art. 38 "impone ai partecipanti alle gare di appalto di dichiarare, a pena di e-sclusione dalla gara, non già solamente reati gravi, ma tutti quelli ascritti in via definitiva ai soggetti ivi contemplati", con la conseguenza che "i partecipanti alle gare sono tenuti a rendere dichiarazioni complete e veritiere e, quindi, recanti l'esatta indi-cazione di tutti i precedenti penali, ivi inclusi quelli per i quali sia stato concesso il beneficio della non menzione"_ Né ha pregio alcuno la tesi per la quale, decorso il periodo previsto dalla disciplina penale senza ulteriori condanne, le con-danne riportate ex art. 444 cpp perderebbero ipso facto rilevanza agli effetti della ammissione alle pubbliche gare. A prescindere dal dato che la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. VI, 27 Giugno 2007, n. 3663) ricollega l'effetto estintivo ad una formale pro-nuncia in tal senso ad opera del Giudice penale (della quale non vi è traccia nella specie), è assorbente la considerazione che le imprese in questione non

si sono attenute all'obbligo del clare loqui avendo utilizzato l'espressione "nulla" nella dichiarazione prevista dall'allegato 2 al disciplinare di gara.

A cura di Sonia Lazzini

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisone numero 4019 del 24 giugno 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 04019/2010 REG.DEC.
N. 01690/2010 REG.RIC.
N. 01842/2010 REG.RIC.

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 Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

1) sul ricorso numero di registro generale 1690 del 2010, proposto da Salvatore Ricorrente s.p.a. in proprio e quale capogruppo mandataria dell'a.t.i. costituita con Ricorrente due s.r.l., Eredi Giuseppe Ricorrente tre s.p.a., Cf Ricorrente quattro s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Frontoni, con domicilio eletto presso Massimo Frontoni, in Roma, via Dardanelli, n. 13;

contro

Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Piero D'Amelio, con domicilio eletto presso Piero D'Amelio in Roma, via della Vite, n. 7; Italferr s.p.a.;

nei confronti di

Contrinteressata s.p.a. in proprio e quale capogruppo mandataria dell'a.t.i. costituita con Contrinteressata due, rappresentata e difesa dall'avv. Patrizio Leozappa, con domicilio eletto presso Patrizio Leozappa, in Roma, via G. Antonelli, n. 15;
Contrinteressata due, rappresentato e difeso dall'avv. Patrizio Leozappa, con domicilio eletto presso Patrizio Leozappa in Roma, via Bocca di Leone, n. 78;
Contrinteressata tre. in proprio e quale capogruppo mandataria di a.t.i. costituita con Generale Costruzioni Ferroviarie s.p.a., Francone S.r.l., Inerti Sud s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Clarizia e Vito Agresti, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia, in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

2) sul ricorso numero di registro generale 1842 del 2010, proposto da Contrinteressata tre., in proprio e quale capogruppo mandataria di a.t.i. costituita con Generale Costruzioni Ferroviarie s.p.a., Francone S.r.l., Inerti Sud s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Clarizia e Vito Agresti, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia, in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Piero D'Amelio, con domicilio eletto presso Piero D'Amelio, in Roma, via della Vite, n. 7;
Contrinteressata s.p.a. in proprio e quale capogruppo mandataria di a.ti.i. con Contrinteressata due, rappresentata e difesa dall'avv. Patrizio Leozappa, con domicilio eletto presso Patrizio Leozappa, in Roma, via G. Antonelli, n. 15;
Italferr s.p.a.;

nei confronti di

Salvatore Ricorrente s.p.a. in proprio e quale capogruppo mandataria dell'a.t.i. costituita con Ricorrente due s.r.l., Eredi Giuseppe Ricorrente tre s.p.a., Cf Ricorrente quattro s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Frontoni, con domicilio eletto presso Massimo Frontoni, in Roma, via Dardanelli, n. 13;

per la riforma

1) quanto al ricorso n. 1690 del 2010: della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, sez. III-*ter,* n. 2807/2010, resa tra le parti;

2) quanto al ricorso n. 1842 del 2010: della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, sez. III-*ter,* n. 2297/2010, resa tra le parti,

entrambe concernente AFFIDAMENTIO DELLA PROGETTAZIONE ESECUTIVA E DEI LAVORI PER IL RADDOPPIO IN VARIANTE DELLA LINEA FERROVIARIA BARI - TARANTO.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio come sopra indicati;

visti gli appelli incidentali di R.F.I. e dell'a.t.i. Contrinteressata in relazione all'appello principale dell'a.t.i. Ricorrente;

visto l'appello incidentale dell'a.t.i. Ricorrente in relazione all'appello principale dell'a.t.i. CONTRINTERESSATA TRE;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2010 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti gli avvocati Frontoni, Sciacca (per delega dell'avv. D'Amelio), Leozappa e Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Va anzitutto disposta la riunione dei due appelli in epigrafe, per evidenti profili di connessione, trattandosi di impugnazioni proposte da concorrenti alla medesima gara di appalto, avverso la medesima aggiudicazione, e rispettive impugnazioni incidentali proposte dall'aggiudicataria per paralizzare i ricorsi principali.

2. Italferr s.p.a. in nome e per conto di RFI – Rete ferroviaria italiana, con bando pubblicato il 15 ottobre 2008 in G.U.C.E. e il 17 ottobre in G.U.R.I. ha indetto una procedura aperta nei settori speciali (ex esclusi) di cui alla parte III del d.lgs. n. 163/2006, avente ad oggetto un appalto integrato (progettazione esecutiva e lavori) relativo al raddoppio in variante della linea ferroviaria Bari – Taranto (tratta Bari S. Andrea – Bitetto), da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso e con importo a base di gara di quasi 130 milioni di euro (per la precisione: 128.914.069.75).

2.1. Nel corso della procedura di gara la stazione appaltante ha escluso l'a.t.i. capeggiata dalla Contrinteressata tre. per ritenuta violazione della prescrizione di cui al punto 9.1.m.6) del bando di gara, e in particolare per mancanza di qualificazione, in capo alla CONTRINTERESSATA TRE, per una categoria di opere speciali a qualificazione obbligatoria.

2.2. CONTRINTERESSATA TRE ha impugnato la propria esclusione davanti al Tar Lazio – Roma, e ha ottenuto una ordinanza cautelare di ammissione con riserva in gara.

2.3. La CONTRINTERESSATA TRE per l'effetto è stata ammessa in gara con riserva, e dopo l'apertura delle offerte economiche è stata collocata al secondo posto della graduatoria, con un ribasso del 23,505%, mentre al primo posto si è classificata l'a.t.i. capeggiata da Contrinteressata s.p.a., con un ribasso del 25,7013% e al terzo posto si è classificata l'a.t.i. capeggiata da Salvatore Ricorrente s.p.a. con un ribasso del 20,0517%.

2.4. La stazione appaltante ha avviato il subprocedimento di verifica di anomalia, in esito al quale ha proceduto all'aggiudicazione provvisoria e definitiva in favore dell'a.t.i. facente capo a Contrinteressata s.p.a., collocando al secondo posto della graduatoria l'a.t.i. CONTRINTERESSATA TRE e al terzo posto l'a.t.i. Ricorrente.
2.5. Contro l'aggiudicazione provvisoria e definitiva CONTRINTERESSATA TRE ha proposto motivi aggiunti al proprio originario ricorso, deducendo vizi autonomi dell'aggiudicazione, e in particolare cause di esclusione dell'a.t.i. Contrinteressata e cause di esclusione della relativa offerta.
2.6. Contro l'aggiudicazione ha proposto ricorso anche l'a.t.i. Ricorrente, terza classificata, fondando il proprio interesse sulla circostanza che ove venisse confermata l'esclusione dalla gara di CONTRINTERESSATA TRE, seconda classificata, essa si collocherebbe al secondo posto.
2.7. In relazione ad entrambi i ricorsi principali, ha proposto ricorso incidentale l'a.t.i. aggiudicataria, deducendo cause di esclusione nei confronti di entrambe le ricorrenti.
2.8. Il Tar adito, pronunciandosi sul ricorso principale e motivi aggiunti spiegati da CONTRINTERESSATA TRE e sul relativo ricorso incidentale, con la sentenza n. *2297/2010* ha ritenuto fondato e assorbente il ricorso incidentale. Ha ritenuto esservi nei confronti di CONTRINTERESSATA TRE una ulteriore causa di esclusione non rilevata dalla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 9.1.m.3) del bando di gara. Secondo tale clausola del bando, come interpretata dal Tar, il concorrente nella dichiarazione di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, non deve dichiarare solo i reati gravi incidenti sulla moralità professionale, ma tutti i reati commessi, come espressamente prescritto dal bando. CONTRINTERESSATA TRE ha omesso di dichiarare una condanna penale per lesioni colpose nell'ambito di incidente stradale, risalente al 1971. La risalenza nel tempo della condanna penale, e l'afferenza a reato estraneo all'attività

professionale, sarebbero circostanze irrilevanti, ad avviso del Tar, a fronte della chiara clausola del bando di gara che impone di dichiarare *tutte le condanne penali.*

2.9. Il Tar adito, pronunciandosi sul ricorso principale spiegato dall'a.t.i. Ricorrente e sul ricorso incidentale proposto dall'a.t.i. Contrinteressata, ha, con la sentenza n. *2807/2010*:

a) ritenuto sussistente l'interesse al ricorso principale in capo all'a.t.i. Ricorrente, in quanto per effetto della sentenza n. 2297/2010 la CONTRINTERESSATA TRE è risultata esclusa dalla gara, e dunque Ricorrente è passata al secondo posto della graduatoria;

b) respinto l'eccezione sollevata da RFI di improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse, sotto il profilo della mancata tempestiva dichiarazione di proroga dell'offerta e rinnovo della cauzione provvisoria;

c) ritenuto fondato e assorbente il ricorso incidentale, e per l'effetto, sussistente una autonoma causa di esclusione di Ricorrente, ai sensi dell'art. 38, co. 1), lett. e), d.lgs. n. 163/2006, per omessa dichiarazione di una grave infrazione, risultante dal casellario informatico presso l'Osservatorio dei contratti pubblici, alle norme in materia di sicurezza.

3. Ha proposto appello principale CONTRINTERESSATA TRE contro la sentenza n. 2297/2010, con cui contesta il capo di sentenza che ha accolto il ricorso incidentale di Contrinteressata e ripropone, nel merito, tutte le censure sollevate in primo grado contro la propria esclusione e contro l'aggiudicazione in favore di Contrinteressata.

Si è costituita in tale appello Contrinteressata, contestando *in toto* l'appello.

Si è costituita altresì RFI, che, quanto alla contestazione del capo di sentenza che ha accolto il ricorso incidentale, non prende posizione e si rimette a giustizia, e che invece contesta puntualmente le censure di cui al ricorso di primo grado e relativi

motivi aggiunti quanto all'esclusione di CONTRINTERESSATA TRE e all'aggiudicazione in favore di Contrinteressata.

Ha inoltre proposto appello incidentale Ricorrente, lamentando che la sentenza avrebbe dovuto rigettare espressamente il ricorso di primo grado proposto da CONTRINTERESSATA TRE contro l'esclusione di CONTRINTERESSATA TRE medesima.

4. Ha proposto appello principale Ricorrente contro la sentenza n. 2807/2010, con cui contesta il capo di sentenza che ha accolto il ricorso incidentale di Contrinteressata e ripropone, nel merito, tutte le censure sollevate in primo grado contro l'aggiudicazione in favore di Contrinteressata.

Si è costituita altresì RFI, che, quanto alla contestazione del capo di sentenza che ha accolto il ricorso incidentale, non prende posizione e si rimette a giustizia, e che invece contesta puntualmente le censure di cui al ricorso di primo grado quanto all'aggiudicazione in favore di Contrinteressata. Inoltre RFI con appello incidentale ripropone l'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado di Ricorrente, disattesa dal Tar.

Si è costituita in tale appello Contrinteressata, contestando in toto l'appello e proponendo appello incidentale per gli stessi motivi sollevati con l'appello incidentale di RFI.

5. Nell'ordine logico delle questioni, va esaminato per primo l'appello proposto da CONTRINTERESSATA TRE, che nella graduatoria di gara è seconda classifica.

Solo ove risultasse confermata l'esclusione di CONTRINTERESSATA TRE dalla gara, residuerebbe l'interesse al ricorso in capo alla terza classificata, che diverrebbe seconda, e potrebbe essere esaminato nel merito l'appello di Ricorrente.

6. CONTRINTERESSATA TRE contesta il capo di sentenza che ha accolto il ricorso incidentale di Contrinteressata.

Sostiene che la clausola del bando che richiede la dichiarazione di tutti i reati commessi, non potrebbe essere intesa come a pena di esclusione.

Infatti la sanzione di esclusione riguarderebbe solo l'omessa dichiarazione, non anche la dichiarazione incompleta, tanto più nel caso di omissioni innocue, come nella specie.

Del bando dovrebbe darsi una interpretazione comunitariamente orientata. Secondo il diritto comunitario sono causa di esclusione solo le condanne per reati gravi incidenti sulla moralità professionale, sicché non potrebbe essere mai causa di esclusione la condanna per un reato di quasi 40 anni prima e non afferente l'attività professionale.

7. L'appello di CONTRINTERESSATA TRE contro il capo di sentenza che ha accolto il ricorso incidentale di Contrinteressata è da respingere, con conseguente assorbimento di tutti i motivi di cui al ricorso di primo grado e ai motivi aggiunti di primo grado, riproposti in appello, e con conseguente improcedibilità del ricorso incidentale proposto dall'a.t.i. Ricorrente.

7.1. La clausola del bando (9.1.m.a) è chiara e inequivoca nel senso di prescrivere una dichiarazione circa l'assenza di condanne penali non circoscritta ai soli reati gravi incidenti sulla moralità professionale (art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006), ma estesa a qualsivoglia reato, con esclusione dei reati estinti o oggetto di riabilitazione.

Dispone, infatti, che la dichiarazione deve indicare "*tutte le sentenze di condanna passate in giudicato, tutti i decreti penali di condanna divenuti irrevocabili e tutte le sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., a carico dei soggetti indicati alla lett. c) dell'art. 38 citato, per le quali non siano intervenuti provvedimenti di riabilitazione o di estinzione del reato, specificando il reato (con i relativi riferimenti normativi), la pena, il grado di colpevolezza, la data del fatto di reato e della condanna, la data a partire dalla quale la condanna è divenuta irrevocabile e ogni altro elemento utile per la verifica della situazione di cui*

alla lett. c) dell'art. 38 citato; la dichiarazione deve comunque riportare tutti i provvedimenti giudiziari sopra indicati, a prescindere dall'eventuale valutazione negativa operata dalla Italferr nell'abito di altri provvedimenti, di gara e non, circa la loro rilevanza ai sensi della lett. c)".

L'art. 9 del bando, nell'indicare il contenuto della busta A) (documentazione), richiede che tutta la documentazione sia prodotta a pena di esclusione, ed è chiaro che la pena di esclusione è riferita sia all'omessa documentazione, sia alla documentazione incompleta.

7.2. Il legale rappresentante della Contrinteressata tre. s.p.a. ha, tra l'altro, dichiarato (9 dicembre 2008), servendosi dello schema di dichiarazione allegato B-bis alla *lex specialis* di gara, "*che l'impresa non si trova in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 D.L.vo n. 163 del 2006 e, in particolare, che nei confronti dei soggetti di cui all'art. 38, primo comma, lett. c), D.L.vo n. 163 del 2006 non sono state pronunciate sentenze di condanna passate in giudicato o emesso decreto di condanna divenuto irrevocabile oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per i reati di cui al predetto art. 38, primo comma, lett. c)".* Ha poi cancellato la parte, inserita in alternativa alla precedente nello schema di dichiarazione predisposta dalla stazione appaltante, nella quale si faceva espresso riferimento ad eventuali condanne penali riportate.

Il certificato del casellario giudiziale relativo al sig. Vito Michele De Gennaro (amministratore unico e legale rappresentante della CONTRINTERESSATA TRE), che ha firmato la predetta dichiarazione del 9 dicembre 2008, riporta una sentenza passata in giudicato della Pretura di Bisceglie per lesioni personali gravissime (art. 590, co. 3, c.p.), reato commesso il 3 novembre 1971.

Di tale condanna, dunque, la ricorrente principale non ha dato atto nella dichiarazione, pur rientrando tra i casi previsti dal punto 9.1.m.2 del bando.

7.3. La clausola del bando è in perfetta linea con quanto indicato nell'art. 38, co. 2, d.lgs. n. 163/2006, a tenore del quale il concorrente deve indicare anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione.

7.4. La giurisprudenza di questo Consesso si è più volte occupata del contenuto della dichiarazione in ordine all'assenza di condanne penali, e ha ritenuto che occorre verificare quale è l'esatta prescrizione del bando di gara.

Nella prassi infatti, vi sono bandi di gara che si limitano a chiedere genericamente una dichiarazione circa l'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006.

Ora posto che l'art. 38, co. 1, lett. c), considera causa di esclusione solo la condanna per reati gravi incidenti sulla moralità professionale, e non qualsivoglia condanna penale, una clausola del bando che genericamente richieda una dichiarazione di assenza di causa ostativa ex art. 38, co. 1, lett. c), giustifica una valutazione di gravità/non gravità compiuta dal concorrente, sicché il concorrente non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive; andrà escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni contributive siano gravi e definitivamente accertate.

Diverso discorso deve essere fatto quando il bando sia più preciso, e non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, codice, ma specifichi che vanno dichiarate tutte le condanne penali: in tal caso, il bando esige una dichiarazione dal contenuto più ampio e più puntuale rispetto a quanto prescritto dall'art. 38 codice, all'evidente fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito, al fine dell'esclusione.

In siffatta ipotesi, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando (Cons. St., sez. VI, 4 agosto 2009 n. 4905).

In tale ipotesi l'omessa dichiarazione di qualsivoglia condanna penale è causa di esclusione dalla gara, perché viene violata una puntuale clausola del bando posta a pena di esclusione.

7.5. Né può invocarsi la giurisprudenza di questa Sezione sul "falso innocuo", infatti tale giurisprudenza, pur affermando che non si può sanzionare con l'esclusione una omessa dichiarazione quando l'omissione sia "innocua" (nel senso che non arreca vantaggio al concorrente e non arreca danno alla stazione appaltante), fa salvo il caso il cui la legge di gara prescriva determinate dichiarazioni e sanzioni con l'esclusione l'omissione di esse anche se l'omissione sia meramente formale (Cons. St., sez. VI, n. 2155/2010); nel caso di specie è appunto la legge di gara a prescrivere determinate dichiarazioni, a pena di esclusione.

7.6. Le prescrizioni formali imposte dalla legge di gara appaiono ragionevoli, proporzionate e non discriminatorie, mirando ad accelerare la procedura di gara e a dare alla stazione appaltante certezza che non vengano commesse omissioni che rischiano se non altro di ritardare il corso del procedimento e di aumentare il contenzioso.

7.7. Né si possono ritenere tali prescrizioni formali del bando di gara in contrasto con il diritto comunitario, secondo il quale è causa di esclusione solo la condanna per gravi reati incidenti sulla moralità professionale.

Infatti il diritto comunitario non osta a che ulteriori cause di esclusione siano previste dal legislatore nazionale o dal bando di gara, purché proporzionate e ragionevoli. Né osta a che la gara imponga adempimenti formali a pena di esclusione, in funzione di accelerazione delle procedura di gara (C. giust. CE, 27 novembre 2001 CC-285/1999 e 286/1999).

7.8. In conclusione, nella specie l'omessa dichiarazione di una condanna penale, ancorché risalente nel tempo e non afferente l'attività professionale, ha violato una

puntuale clausola del bando ragionevolmente imposta a pena di esclusione, sicché la CONTRINTERESSATA TRE andava per tale motivo esclusa dalla gara.

7.9. Da quanto esposto deriva il rigetto del primo motivo dell'appello di CONTRINTERESSATA TRE, con necessario assorbimento di tutti gli altri motivi, e improcedibilità dell'appello incidentale proposto da Ricorrente.

8. Respinto l'appello di CONTRINTERESSATA TRE, e dunque confermata la sua esclusione, va riconosciuto l'interesse al ricorso di primo grado e all'appello in capo a Ricorrente, che per effetto dell'esclusione di CONTRINTERESSATA TRE conquista il secondo posto in gara.

9. E' prioritario l'esame dell'appello incidentale di RFI e dell'appello incidentale di Contrinteressata, che vanno respinti.

9.1. Con essi si ripropone un'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado, per sopravvenuto difetto di interesse, eccezione respinta dal Tar.

9.2. Ha eccepito in primo grado RFI che Ricorrente non aveva rinnovato tempestivamente la dichiarazione a mantenere l'offerta oltre l'originario termine di validità di 180 giorni e non aveva rinnovato la garanzia di mantenimento dell'offerta.

9.2. Il Tar ha disatteso l'eccezione osservando che Ricorrente il 9 febbraio 2010 ha prodotto la proroga della cauzione provvisoria fino al 31 marzo 2010, sicché non si tratterebbe di mancato rinnovo della garanzia, ma di intempestiva produzione. Inoltre ad avviso del Tar né il tardivo rinnovo né la tardiva produzione del rinnovo sarebbero causa di esclusione in difetto di espressa specifica norma del bando.

9.3. RFI e Contrinteressata contestano tale capo di sentenza con due separati appelli incidentali, che contengono identici argomenti. Osservano che l'art. 12 del bando prevederebbe un implicito obbligo di mantenere la cauzione provvisoria fino al 30° giorno successivo alla data dell'aggiudicazione definitiva.

Con nota 11 novembre 2009 Italferr ha chiesto a tutti i concorrenti di prorogare la validità delle offerte e della cauzione provvisoria fino al 31 marzo 2010, producendo la relativa documentazione entro il 31 dicembre 2009, data di scadenza dell'offerta e della garanzia. Il mancato rispetto di tale termine sarebbe causa di cessazione della validità dell'offerta e della relativa cauzione.

Solo in data 9 febbraio la Ricorrente ha fatto pervenire una dichiarazione di mantenimento dell'offerta e di rinnovo della cauzione.

9.4. Gli appelli incidentali sono da respingere.

Ai sensi dell'art. 11, co. 6, codice appalti, l'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando e, in caso di mancata indicazione, per 180 giorni decorrenti dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere ai concorrenti il differimento di tale termine.

E' evidente che il vincolo riguarda l'offerente, che decorso il termine può ritenersi sciolto dall'offerta presentata. Il "vincolo" non significa tuttavia che l'offerta decade *ex lege* decorso il termine, ma solo che l'offerente può svincolarsi da essa. Pertanto, se l'offerente non dichiara di ritenersi sciolto, l'offerta non decade. Ne consegue che nella specie la circostanza che il concorrente non abbia dichiarato, allo scadere dei 180 giorni, di voler mantenere l'offerta, non significa che fosse decaduto dall'offerta medesima.

Quanto alla cauzione provvisoria, essa, secondo l'art. 12 del bando, è svincolata, per i non aggiudicatari, alla scadenza del trentesimo giorno successivo alla data in cui l'aggiudicazione diviene efficace.

Pertanto, non occorreva rinnovare la cauzione provvisoria, fintanto che non fossero decorsi trenta giorni dalla data in cui era divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva.

Quest'ultima, è divenuta efficace il 2 dicembre 2009, sicché la cauzione risulta automaticamente svincolata il 1° gennaio 2010.

Non si comprende per quale motivo i concorrenti dovessero rinnovare una cauzione provvisoria che era già prestata fino al decorso di trenta giorni dopo che fosse diventata efficace l'aggiudicazione definitiva.

Nella specie, poi, la cauzione provvisoria risultava prestata dalla Ricorrente con efficacia fino al 31 dicembre 2009.

Non è sostenibile che scadendo il trentesimo giorno il 1° gennaio 2010, per un solo giorno l'offerta di Ricorrente era priva di cauzione provvisoria e andava esclusa.

Invero, l'art. 12 del bando di gara non prevede una sanzione di esclusione per mancato rinnovo della cauzione dopo la scadenza del termine per cui è stata originariamente prestata, e non è direttamente applicabile l'art. 75, codice appalti, non espressamente richiamato, per i settori speciali, dall'art. 206 codice appalti.

10. Passando pertanto all'esame dell'appello principale proposto da Ricorrente, con esso si contesta anzitutto il capo di sentenza che ha ritenuto sussistente una causa di esclusione dalla gara, non rilevata dalla stazione appaltante.

In particolare, secondo il Tar dal casellario informatico risulterebbe una violazione grave delle norme in materia di sicurezza sul lavoro.

Assume parte appellante che il bando non prescriverebbe di dichiarare tutte le violazioni in materia di sicurezza, ma solo le violazioni gravi, in virtù del rinvio all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006.

L'annotazione nel casellario informatico non qualificherebbe, nella specie, la violazione come grave.

In concreto la violazione non sarebbe stata considerata grave tanto che il subappalto è proseguito e che la società ha conseguito il rinnovo dell'attestazione SOA.

Il Tar nel qualificare tale violazione come grave si sostituirebbe inammissibilmente alla stazione appaltante in una valutazione di merito ad essa riservata.

11. L'appello è *in parte qua* fondato.

11.1. In fatto, giova precisare che l'annotazione nel casellario è stata fatta su segnalazione di Italferr in relazione a pregresso appalto.

In concreto, si trattava di cattivo funzionamento di motocarrello, che non aveva fatto la necessaria revisione, e che provocava il ferimento di un operaio con prognosi di trenta giorni. Tale infrazione si riferisce a lavori in cui la società Ricorrente quattro, una delle società associate nell'a.t.i. capeggiata da Ricorrente, era subappaltatrice.

11.2. In diritto, giova premettere che ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. e), d.lgs. n. 163/2006, sono causa di esclusione le "gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza (…) risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio".

11.3. Giova precisare che il solo fatto che la violazione risulti dall'Osservatorio, non la connota di per sé in termini di gravità, dovendosi avere riguardo sia a quanto risulta in concreto dall'Osservatorio, sia alla valutazione che dell'infrazione compie, in gara, la stazione appaltante.

Invero, ai sensi dell'art. 27, lett. p), d.P.R. n. 34/2000, le stazioni appaltanti segnalano all'Osservatorio, per l'iscrizione nel casellario, gli eventuali episodi di grave negligenza nell'esecuzione dei lavori ovvero gravi inadempienze contrattuali anche in riferimento all'osservanza delle norme in materia di sicurezza.

Ai sensi della lett. t) del citato art. 27, sono segnalate e annotate nel casellario anche le altre notizie che sono dall'Osservatorio ritenute utili ai fini della tenuta dell'Osservatorio.

11.4. Nell'annotazione della violazione in tema di sicurezza a carico di Ricorrente quattro, si legge che l'annotazione avviene ai sensi dell'art. 27, d.P.R. n. 34/2000, ma non si specifica ai sensi di quale lettera.

Nel silenzio dell'annotazione, si deve escludere che l'annotazione sia avvenuta ai sensi della lett. p), cioè per una violazione ritenuta grave, perché Italferr segnala la

"violazione in materia di sicurezza sul lavoro", ma non qualifica la violazione come grave. Né l'annotazione contiene tale qualificazione.

Dunque la sola iscrizione della violazione nel casellario non dimostra di per sé la sua gravità, tanto più che nella specie l'infrazione non ha comportato né risoluzione del contratto di subappalto, né è stata di ostacolo al rinnovo dell'attestazione SOA.

11.5. Il bando di gara (clausola 9.1.m.3), mentre per le condanne penali chiede la dichiarazione di tutte le condanne penali, e non solo di quelle per reati gravi incidenti sulla moralità professionale, per le violazioni in materia di sicurezza si limita a chiedere una dichiarazione circa l'assenza di violazioni gravi ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. e), e non invece una dichiarazione circa l'assenza di qualsivoglia violazione.

Pertanto, il bando legittima una valutazione di gravità/non gravità in capo al concorrente, e una dichiarazione in cui il concorrente omette le violazioni ritenute non gravi.

Ne deriva che il concorrente non poteva essere escluso per il solo fatto di non aver dichiarato una violazione in materia di sicurezza, rilevabile dai dati dell'Osservatorio, che non fosse univocamente qualificabile in termini di gravità.

E nella specie mancava una univoca qualificabilità in termini di gravità, avuto riguardo al tenore della segnalazione inserita nell'Osservatorio, come sopra osservato.

Non può condividersi la sentenza laddove qualifica la violazione come grave, con ciò sostituendosi alla stazione appaltante in un giudizio di merito sulla gravità o meno dell'infrazione.

Tale violazione non ha connotati immediatamente e oggettivamente percepibili in termini di gravità, sicché la valutazione era riservata alla stazione appaltante e non è surrogabile da parte del giudice.

Si deve aggiungere che la violazione risulta dall'Osservatorio e dunque era verificabile da parte della stazione appaltante. Il non averla presa in considerazione deve essere ritenuto indice che ad avviso della stazione appaltante non si tratta di violazione grave. Né poteva esigersi sul punto una espressa e puntuale motivazione, atteso che la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione, come non vi era nella specie.

12. Occorre a questo punto passare all'esame del ricorso di primo grado proposto dall'a.t.i. Ricorrente.

E' fondata e assorbente la censura, contenuta nel II motivo del ricorso di primo grado di Ricorrente, riproposto in appello, con cui si lamenta che l'a.t.i. avrebbe dovuto essere esclusa per omessa dichiarazione di alcune condanne penali.

12.1. In diritto, va chiarito che ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. c), codice appalti, i concorrenti non sono tenuti a indicare le condanne per le quali sia intervenuta una causa estintiva del reato. Vero è che, formalmente, la disposizione in commento fa riferimento solo alla riabilitazione (art. 178, c.p.), e alla estinzione della condanna inflitta con sentenza di patteggiamento (art. 445 c.p.p.). Tuttavia sia l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (v. delibera n. 1/2010), sia la giurisprudenza di questo Consesso, ritengono che sia rilevante qualsivoglia causa estintiva di reato, dunque anche quella di cui all'art. 460, co. 5, c.p.p., conseguente al decorso di un certo lasso temporale dopo la condanna inflitta con decreto penale (Cons. St., sez. V, 23 luglio 2009 n. 4594; Autorità, determinazione n. 1/2010).

Va tuttavia precisato che sia l'Autorità di vigilanza che la giurisprudenza di questo Consesso hanno ritenuto che per l'operatività di tali cause estintive dei reati occorre che intervenga una formale pronuncia del giudice dell'esecuzione penale che emani il provvedimento estintivo: ne consegue che il concorrente è tenuto a dichiarare le condanne penali per le quali la causa estintiva non sia stata dichiarata

dal giudice dell'esecuzione, anche se in fatto vi sono tutti i presupposti per ottenere il provvedimento estintivo (Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2009 n. 6006; Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2009 n. 7740; Autorità, determinazione n. 1/2010).

Inoltre la giurisprudenza ha ritenuto che non rilevino, ai fini dell'art. 38, le condanne per reati in prosieguo depenalizzati (Cons. St., sez. V, 23 luglio 2009 n. 4594; Tar Veneto, sez. I, 18 settembre 2009 n. 2415).

12.2. Alla luce di tali considerazioni in diritto, vanno esaminate le singole condanne penali la cui dichiarazione è stata omessa.

Quanto a MO. Mila, risulta una condanna per contravvenzione, inflitta con decreto penale. Si tratta tuttavia di reato in prosieguo depenalizzato, come risulta dallo stesso certificato penale.

Pertanto, tale condanna non doveva essere dichiarata.

Quanto a M. Giovanni, risulta una condanna per delitto, per la quale è stata concessa la riabilitazione, come risulta dal certificato penale di condanna.

Pertanto tale condanna non doveva essere dichiarata in gara.

Quanto a S. Ursula, risulta una condanna per contravvenzione, inflitta con decreto penale esecutivo il 14 luglio 1999.

In astratto ricorre la causa estintiva di cui all'art. 460, co. 5 c.p.p. (mancata commissione di altro reato della stessa indole entro due anni dalla data di esecutività del decreto penale), ma, come osservato, in difetto di un formale provvedimento di estinzione del reato, la condanna doveva essere dichiarata in gara.

Quanto a P. Massimo, risultano:

una contravvenzione per la quale è stata inflitta condanna con decreto penale esecutivo il 14 giugno 1991;

un delitto per il quale è stata inflitta condanna con decreto penale esecutivo il 16 dicembre 2002;

una contravvenzione, di indole diversa dal delitto di cui sopra, per la quale è stata inflitta condanna con decreto penale esecutivo il 26 giugno 2006.

Per tutte e tre le condanne sussiste in astratto l'estinzione del reato ai sensi dell'art. 460, co. 5, c.p.p., ma per nessuna risulta un provvedimento formale di estinzione del reato.

Pertanto tali condanne dovevano essere dichiarate.

12.3. Alla luce di quanto esposto, il ricorso di primo grado proposto da Ricorrente va accolto, e va annullata l'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. Contrinteressata perché sussisteva una causa di esclusione dalla gara, con assorbimento necessario e logico di ogni altra questione, che non riguarda la fase di ammissione in gara, ma fasi successive.

13. In conclusione:

va respinto il primo motivo dell'appello n. 1842/2010 proposto da DEC e per l'effetto sono assorbiti gli altri motivi di appello e diventa improcedibile l'appello incidentale spiegato da Ricorrente;

vanno respinti gli appelli incidentali di RFI e di Contrinteressata proposti in relazione all'appello principale di Ricorrente:

va accolto l'appello principale di Ricorrente e per l'effetto va annullata l'aggiudicazione in favore di Contrinteressata.

Non vi è spazio per altre pronunce del Collegio, di carattere risarcitorio per equivalente o in forma specifica, in quanto il contratto non è ancora stato stipulato per cui l'interesse di Ricorrente può ancora trovare soddisfacimento in forma specifica, ove risulti, in esito all'eventuale verifica di anomalia e alle altre eventuali verifiche sui requisiti di carattere generale, che abbia titolo all'aggiudicazione, e fatte salve diverse iniziative della stazione appaltante.

14. La novità e complessità delle questioni giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe:

1) li riunisce;

2) respinge il primo motivo dell'appello dell'a.t.i. CONTRINTERESSATA TRE con necessario assorbimento di tutti gli altri motivi (n. 1842/2010);

3) dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto in relazione all'appello n. 1842/2010 dall'a.t.i. Ricorrente;

4) respinge l'appello incidentale di RFI e l'appello incidentale dell'a.t.i. Contrinteressata proposti in relazione all'appello principale dell'a.t.i. Ricorrente n. 1690/2010;

5) accoglie l'appello n. 1690/2010 e, per l'effetto, pronunciando sul ricorso di primo grado proposto dall'a.t.i. Ricorrente, lo accoglie e annulla l'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. Contrinteressata, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione;

6) compensa interamente tra le parti le spese e gli onorari di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2010 con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Luciano Barra Caracciolo, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Domenico Cafini, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/06/2010

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

Il Dirigente della Sezione