

Publicato il 29/11/2018

N. 06787/2018REG.PROV.COLL.

N. 04646/2018 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 Terza)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4646 del 2018, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difeso dagli Avvocati Diego Vaiano e Francesco Cataldo, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio n.3;

contro

-OMISSIS-- Regione Calabria non costituito in giudizio; Regione Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Angela Marafioti, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Stefano Gori in Roma, via Pietro della Valle;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente la domanda di annullamento dei seguenti atti:

- del decreto dirigenziale n. -OMISSIS-, comunicato via pec alla ricorrente il successivo 19 marzo, avente ad oggetto “gara con procedura aperta per la fornitura

triennale di vaccini per le aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione Calabria, indetta con decreto dirigenziale n. -OMISSIS-. Determinazioni relative ai lotti nn. 19, 22 e 43”, con il quale la Stazione Unica Appaltante della Regione Calabria ha annullato in autotutela il decreto dirigenziale n. -OMISSIS-, recante l'aggiudicazione dei predetti lotti in favore della -OMISSIS-. e, per l'effetto, esclusa la stessa dalla procedura in questione, rimetteva al RUP il compimento di tutti gli atti consequenziali, “*ivi compresi gli adempimenti espressamente previsti dall'art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016*”;

- ove occorra, nota in data -OMISSIS-, con la quale la Stazione appaltante inoltrava la richiesta di annullamento in autotutela presentata dalla ricorrente, confermando “*quanto disposto attraverso il D.D.G. n. -OMISSIS-*”;
- ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente a quello di cui sopra;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Calabria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2018 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Francesco Cataldo, Diego Vaiano e Rocco Agostino su delega dell'Avvocato Angela Marafioti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso indicato in epigrafe, la Società propone appello avverso la sentenza n. -OMISSIS-, con la quale era respinto il ricorso proposto per l'annullamento del decreto dirigenziale n. -OMISSIS- con cui era annullata, in autotutela, l'aggiudicazione all'odierna appellante, relativamente ai lotti nn. 19, 22 e 43 (‘prima gara vaccini’ per la Regione Calabria), rimettendo al RUP per il compimento di tutti gli atti consequenziali, nonché della nota -OMISSIS-con cui la Stazione appaltante riscontrava la richiesta di parte ricorrente, confermando le proprie

determinazioni.

La sentenza di prime cure ha ritenuto l'infondatezza delle censure di illegittimità proposte in riferimento alle determinazioni assunte dalla Stazione appaltante in ordine all'esclusione della originaria ricorrente, poiché era emerso che la stessa era stata condannata, con sentenza a seguito di patteggiamento, per le condotte di cui all'art. 80, co. 5 lett. a d.lgs. n. 50 del 2016 (sent. emessa dal Tribunale di Brindisi, divenuta irrevocabile, per illecito amministrativo di cui all'art. 25 *septies* commi 1, 2 e 3, d.lgs. n. 231 del 2001, con riferimento ai reati di cui agli artt. 589 e 590 commi 1, 2 e 3, con l'aggravante di cui all'art. 583 comma 2 n. 3, commessi per tramite dei propri dirigenti e dipendenti, che agivano nell'interesse della Società in violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro), pur avendo la stessa dichiarato di non aver violato gli obblighi in materia di sicurezza sul lavoro;

La Società appellante sostiene che non gravasse su di sé l'obbligo di dichiarazione, in quanto i fatti di cui alla richiamata sentenza non potevano ritenersi debitamente accertati in forza della sentenza resa ai sensi dell'art. 445 c.p.p. e che, dunque, non poteva ad essa imputarsi una falsa dichiarazione, comportante l'esclusione dalla procedura.

Peraltro, la stessa evoca a suo favore l'eventuale necessità di considerare i comportamenti di *self cleaning* ex art. 80 co. 7, d.lgs. n. 50/2016.

Si è costituita la Regione Calabria per resistere, chiedendo la conferma della sentenza di primo grado.

A seguito di ulteriori memorie, la causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 15 novembre 2018.

DIRITTO

I – Il ricorso in appello tende a censurare la sentenza resa dal Tribunale di primo grado con riferimento all'impugnazione dei provvedimenti di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione in favore dell'odierna appellante nella predetta 'gara

vaccini', a causa della valutazione della dichiarazione resa dalla -OMISSIS-, nel DGUE, di non aver violato gli obblighi in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

II – In sede di appello, con un primo motivo, la Società istante deduce l'erroneità della sentenza di prime cure, nella parte in cui respingeva il primo motivo di ricorso con il quale era dedotta la violazione dell'art. 80, co. 5, lett. a), d.lgs. n. 59 del 2016, degli artt. 444 c.p.p. e ss., l'eccesso di potere per difetto dei presupposti di fatto e di diritto, per illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti, nonché violazione del *favor participationis* e del principio di proporzionalità di cui all'art. 30, d.lgs. n. 50 cit..

Sostiene la Società appellante che erroneamente il Tribunale di prime cure avrebbe condiviso quanto ritenuto dalla Stazione appaltante in ordine alla condanna con sentenza di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p., considerando la stessa quale debito accertamento della violazione da parte della Società delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, rilevante ai fini della partecipazione alle gare pubbliche ai sensi dell'art. 80 co. 5. Di tal ché la dichiarazione negativa resa dalla Società sarebbe da ritenersi mendace.

Osserva l'appellante che, per un verso, l'art. 80 co. 5 menzionato circoscriverebbe la causa escludente unicamente alle gravi infrazioni accertate, per altro, il patteggiamento con costituirebbe accertamento del fatto e della responsabilità. Inoltre, mentre nel caso dei motivi di esclusione menzionati al comma 1 dell'art. 80 l'operatività del c.d. *self cleaning* sarebbe circoscritta a determinate ipotesi, nelle fattispecie contemplate dal successivo comma 5 sarebbe sempre prevista l'attivazione del procedimento in contraddittorio di cui ai successivi commi 7 e 8 della medesima disposizione.

Né varrebbe il precedente richiamato dal Tribunale (T.A.R. Lazio n. -OMISSIS-), che peraltro sarebbe sottoposto ad appello.

Di contro la Regione sostiene la piena equiparazione della sentenza su richiesta alla

condanna anche con riferimento alle ipotesi di cui al comma 5 dell'art. 80 in argomento.

Ritiene il Collegio che il motivo è infondato.

-OMISSIS- -OMISSIS- risulta condannata dal Tribunale di Brindisi con sentenza ex artt. 444 c.p.p. n.-OMISSIS-per gravi e plurime violazioni, consistenti nell'illecito di cui agli artt. 25 *septies* co. 1, 2 e 3, d.lgs. n. 231 del 2001, con riferimento al reato di cui agli artt. 589 e 590 co. 1, 2 e 3, 583 co. 2, n. 3 c.p., poiché con le condotte tenute, i dirigenti ed i sottoposti dello stabilimento, delegati all'espletamento degli adempimenti previsti dalle norme in materia di prevenzione degli incidenti rilevanti, igiene e sicurezza sul lavoro agendo nell'interesse e a vantaggio della Società medesima (vantaggio determinato in euro 385.000,00, corrispondente alla somma destinata agli adeguamenti della sicurezza) cagionavano la morte di un dipendente e lesioni gravi di altri quattro addetti ad attività qualificata di manutenzione ed in realtà comportante la modifica dell'impianto di trattamento di acque reflue.

Sicché la Società era condannata alla pena di euro 3330000,00 e era disposta al confisca della somma di euro 385.000,00. Gli altri imputati erano condannati a pene da un anno ad un anno e dieci mesi.

Oltre alle conclusioni raggiunte nella sentenza n. -OMISSIS-, che si è pronunciata, respingendo l'appello, avverso la sentenza citata come precedente dalle pronunzie qui oggetto di appello, la proposta ermeneutica dell'appellante non può essere condivisa per le motivazioni, che di seguito si evidenziano:

- ai sensi dell'art. 80 co. 5 cit. la verifica della gravità delle violazioni e dell'accertamento delle stesse è rimessa alla discrezionalità della Stazione appaltante, anche ove non vi sia una condanna;
- ne discende che sussiste l'obbligo di dichiarare sempre e senza eccezioni le condanne (o anche solo le contestazioni) relative alle violazioni di norme

riconducibili alla categoria in parola (*in terminis*, anche Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2016 n. 761 e 3628/2018);

- nella specie che occupa, dunque, la Società ha arbitrariamente sottratto la conoscenza della violazioni contestate e per le quali aveva subito una condanna;

- tale principio trova una costante affermazione nella giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. n. 6284/2014, anche con riguardo al precedente art. 38 del previgente codice, rispetto al quale si è precisato che la *“violazione che impone l’esclusione dei concorrenti inadempienti, non ammette, infatti, alcuna interpretazione riduttiva e vincola, anzi, l’interprete ad assegnare alla disposizione la più ampia latitudine precettiva, con la conseguenza che l’inosservanza dell’obbligo di attestazione previsto dal secondo comma dell’art.38 impone all’Amministrazione l’esclusione del concorrente che lo ha violato”*; per lo stesso motivo si *“deve confermare l’esclusione di qualsiasi potere di effettuare valutazioni filtro circa la gravità delle risultanze oggetto delle dichiarazioni richieste”*;

- quanto alla natura della sentenza di patteggiamento, questo Consiglio si è già più volte espresso con un orientamento, dal quale non vi sono ragioni per discostarsi (già sull’art. 38), nel senso di ritenere che la causa ostativa alla partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici per le condanne ora riportate nel comma 1 dell’art. 80 risultanti da sentenza *«definitiva»*, da *«decreto penale di condanna divenuto irrevocabile»*, o ancora da *«sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale»*, trovi la propria *ratio* in quanto la sentenza di applicazione della pena ex art. 444 cod. proc. pen., seppure non comporta alcuna ammissione di responsabilità, costituisce un accordo sulla misura della sanzione applicabile, grazie al quale l’imputato può beneficiare di uno sconto fino ad un terzo, evitando così l’alea del dibattimento e tuttavia, l’art. 445, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. pone una equiparazione della sentenza di patteggiamento ad una ordinaria di condanna, rilevante agli effetti penali (come ad esempio per la recidiva o la continuazione nel reato), *«Salve diverse disposizioni di legge»*: orbene, nella specie

per cui è causa, l'opzione normativa, specificamente riguardante i requisiti di ordine generale necessari alla partecipazione a procedure di affidamento, di non richiedere che la sentenza sia divenuta irrevocabile si fonda sulla scelta compiuta dall'imputato di rinunciare all'accertamento della propria innocenza a fronte di un'imputazione per un reato ostativo all'acquisizione di una commessa pubblica, ragionevolmente ritenuta dal legislatore sintomatica di inaffidabilità morale a prescindere dall'avvenuta scadenza del termine per proporre ricorso per Cassazione contro la conseguente pronuncia ex art. 444 cod. proc. pen.;

Ne discende che – secondo i principi affermati più volte altresì da questo Consiglio (sent. 6243/2018) - l'operato della Pubblica Amministrazione risulta conforme – per quanto si è detto - ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza, nonché a quelli di imparzialità, uguaglianza e buon andamento, che devono caratterizzare l'azione amministrativa.

III - Con il secondo motivo, l'appellante censura l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha respinto il secondo motivo di ricorso con il quale era dedotta l'illegittimità dei provvedimenti per i motivi sopra elencati e violazione dell'affidamento, poiché – asseritamente – non sussisterebbe un obbligo di dichiarare indistintamente tutte le violazioni.

Per le motivazioni già espresse al punto II della presente decisione, il motivo di appello non ha pregio, non potendo maturarsi alcun affidamento sulla base del comportamento scorretto tenuto dall'operatore economico, che, anche contro i canoni di leale collaborazione, ha ommesso di indicare le violazioni commesse.

IV – Con il terzo motivo, la Società deduce l'erroneità della sentenza di prime cure con riferimento alla reiezione del terzo e quarto motivo di ricorso, con i quali era censurata la violazione dell'art. 80 comma 7 e 8, nonché delle Linee guida ANAC n. 6. Anche tale assunto non ha pregio. Non si può non evidenziare che, proprio come espressamente al contrario previsto dalle Linee guida (punto 7.5),

menzionate dall'appellante, le misure di *self cleaning* si riferiscono alla violazione del principio di leale collaborazione in precedenti gara e non si attaglia invece al caso – in questione – di omessa (non veritiera) dichiarazione, come esattamente posto in luce dalla sentenza di primo grado e ribadito dall'Amministrazione costituita.

Né il procedimento di *self cleaning* può servire al fine di sollevare l'operatore dalla autoresponsabilità che caratterizza tutto l'impianto della nuova disciplina.

V - Da ultimo, va rilevato che la gravità delle false dichiarazioni è disciplinata al comma 12 del citato art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale la stazione appaltante ne dà un'apposita segnalazione all'Autorità con la conseguenza ulteriore della incapacità di contrattare con la p.a. per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione.

Merita un cenno la circostanza, in disparte ogni ulteriore valutazione, della gravità dei fatti addebitati in sede penale, che portarono al decesso di un addetto ed al grave ferimento di altri quattro ed al sostanziale accertamento dei fatti predetti, non contestati.

VI – Ne discende che l'appello deve essere respinto e, per l'effetto deve essere confermata la sentenza nn. -OMISSIS-.

VII - La parte appellante è condannata, in ragione del principio della soccombenza, al pagamento delle spese del presente grado, che sono determinate in euro 3000,00 (tremila/00), a favore della Regione Calabria costituitasi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e per l'effetto, conferma la sentenza n. -OMISSIS-.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del secondo grado di giudizio, determinate in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00) a favore della Regione, Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

-OMISSIS-

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, 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'appellante.

Così deciso in Roma

.