



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1579 del 2017, proposto da: Idealfood di Fiorenzano Antonio & C. S.a.s., Coniglio D'Oro di Giovanni Sepe S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avv. Andrea Abbamonte, con il quale elettivamente domiciliano in Napoli, via Melisurgo n. 4;

***contro***

Comune di Villaricca, non costituito in giudizio;

***nei confronti di***

E.P. S.p.A., Centrale Unica di Committenza (Cuc) tra i Comuni di Napoli, Mugnano, Villaricca e Monte di Procida, non costituiti in giudizio;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

a) della determinazione n. 382 del 22/3/2017- comunicata il successivo 23/3/2017- con cui il Comune di Villaricca ha statuito di non aggiudicare l'appalto del servizio in parola all'ATI ricorrente in quanto “ è emerso, a seguito di richiesta del casellario giudiziale,...che le citate ditte non hanno reso dichiarazioni veritiere in ordine al possesso dei requisiti partecipativi di ordine generale precludendo, in tal modo, alla

commissione di gara la possibilità di valutare, nell'ambito del procedimento selettivo delle offerte, l'incidenza della gravità del reato sulla moralità professionale”, procedendo allo scorrimento della graduatoria ed all'approvazione della proposta di aggiudicazione in favore della E.P. spa; b) di ogni altro atto preordinato, connesso, consequenziale e/o comunque lesivo degli interessi della ricorrente società nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto de ed in quanto stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2017 il dott. Francesco Guarracino e uditi per le parti i difensori presenti come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Col ricorso in esame le società Idealfood di Fiorenzano Antonio & C. S.a.s. e Coniglio D'Oro di Giovanni Sepe S.r.l. impugnano il provvedimento con cui il Comune di Villaricca, all'esito della gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per gli alunni ed i docenti della scuola dell'infanzia statale del territorio comunale per il triennio 2016/2019 (CIG 6776829035), bandito dalla Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Melito di Napoli, Mugnano di Napoli, Villaricca e Monte di Procida, disattendendo la proposta di aggiudicazione ha determinato di non aggiudicare la gara all'ATI costituita tra le ricorrenti con la motivazione che «è emerso, a seguito di richiesta del casellario giudiziale, ex art. 21 T.U.N. all'AVCPASS, che le citate ditte non hanno reso dichiarazioni veritiere in ordine al possesso dei requisiti partecipativi di ordine generale precludendo, in tal modo, alla commissione di gara la possibilità di valutare,

*nell'ambito del procedimento selettivo delle offerte, l'incidenza della gravità del reato sulla moralità professionale».*

Con un primo motivo di censura le società ricorrenti invocano, nel senso dell'illegittimità del provvedimento impugnato, l'art. 80 del codice degli appalti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), il quale, nel prevedere, quale motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. per determinati reati, nell'ultimo periodo del comma 3 stabilisce che *«l'esclusione non va disposta e il divieto [di ottenere concessioni] non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima»*; deducono, al riguardo, di aver correttamente e legittimamente dichiarato di non aver riportato condanne con sentenza definitiva o decreto penale di condanna, poiché il reato per il quale il sig. A.F., legale rappresentante della Idealfood, era stato condannato nel 2007 è stato dichiarato estinto nel 2014, mentre per quello per il quale era stato condannato nel 1983 il sig. L.S., legale rappresentante della Coniglio d'Oro, è stata concessa la riabilitazione nel 2004.

Con un secondo motivo di impugnazione sostengono che non erano gravati da alcun obbligo dichiarativo onde consentire alla commissione di gara la possibilità di valutare l'incidenza della gravità del reato sulla loro moralità professionale, come invece sostenuto nel provvedimento gravato, poiché, anche volendo ascrivere l'obbligo di dichiarazione all'ipotesi di cui al comma 5, lett. a, del medesimo art. 80 (che prevede l'esclusione dalla gara allorché *«la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del*

*presente codice*»), l'estinzione del reato escluderebbe qualsiasi potere della stazione appaltante di apprezzarne la rilevanza ai fini della partecipazione alla gara.

Il Comune di Villaricca, la Centrale Unica di Committenza e la società E.P. S.p.A., alla quale è stato aggiudicato l'appalto, sebbene intimati non si sono costituiti in giudizio.

Con ordinanza n. 640 del 10 maggio 2017 è stata accolta la domanda cautelare di sospensione proposta col ricorso ed è stato ordinato al Comune di Villaricca di depositare in giudizio copia di tutti gli atti e documenti posti a base della determinazione impugnata, unitamente ad una relazione di chiarimenti sui fatti di causa.

Il Comune di Villaricca ha provveduto ad eseguire l'incombente istruttorio.

In vista dell'udienza di discussione la ricorrente ha depositato una memoria a sostegno delle proprie ragioni e alla pubblica udienza del 20 giugno 2017 la causa è stata posta in decisione.

Il ricorso è fondato.

Con la relazione e i documenti prodotti dall'amministrazione è stato definitivamente chiarito che la mancata aggiudicazione all'ATI delle ricorrenti è dipesa dal fatto che dai certificati del casellario giudiziale sono risultati un provvedimento di condanna a carico del legale rappresentante della Idealfood (sentenza del Tribunale di Napoli, sez. distaccata di Marano di Napoli, del 22.6.2007, divenuta irrevocabile il 28 ottobre 2011) ed uno di condanna a carico del legale rappresentante della ditta Coniglio d'Oro (sentenza del Tribunale di Napoli del 29 settembre 1983, divenuta irrevocabile il 29 settembre 1984), senza che sia emerso altro.

Nel primo caso, tuttavia, come attestato nello stesso certificato del casellario giudiziale prodotto dal Comune (n. 339425/2017/R del 3 febbraio 2017), il reato è stato dichiarato estinto, ai sensi dell'art. 167 c.p., con ordinanza del Tribunale di Napoli, sez. distaccata di Marano, del 26 marzo 2014, mentre nel secondo caso,

come parimenti attestato dal certificato del casellario giudiziale prodotto dal Comune (n. 340287/2017/R del 3 febbraio 2017), per il reato è stata concessa la riabilitazione con ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Napoli del 22 marzo 2004.

Come esattamente osservato dalla ricorrente, in base allo stesso codice degli appalti la condanna comminata per uno dei reati incidenti sulla moralità professionale dei concorrenti non costituisce motivo di esclusione dalla gara quando, tra l'altro, il reato è stato dichiarato estinto o è intervenuta la riabilitazione (cfr. art. 80, comma 3, d.lgs. 50/2016).

Per vero, il nuovo codice non riproduce la previsione dell'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che, ai fini degli obblighi dichiarativi dei reati incidenti sulla moralità professionale, precisava che *«il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione»* (art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163/2006); ma vero è anche che esso non contiene neppure un'espressa imposizione di una dichiarazione generalizzata estesa a questi ultimi.

Al contrario, nel disciplinare l'uso del documento di gara unico europeo specificando che lo stesso consiste *«in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni: a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80; b) soddisfa i criteri di selezione etc.»* (art. 85 d.lgs. n. 50/2016), il codice degli appalti finisce, sia pur indirettamente, per chiarire che gli obblighi dichiarativi restano circoscritti alle sole condizioni che incidono sulla moralità professionale delle imprese partecipanti.

Ciò avvalorava la conclusione che, tuttora, non occorre dichiarare in sede di gara le situazioni che, per espressa previsione legislativa, più non rilevano ai fini dell'affidabilità e dell'integrità morale del concorrente.

Anche sotto il vigore della nuova disciplina degli appalti, dunque, va tenuto fermo il principio, affermato sotto l'impero della legge previgente, secondo il quale l'obbligo del partecipante di dichiarare le condanne penali *«non ricomprende le condanne per reati estinti o depenalizzati [...] in ragione dell'effetto privativo che l'abrogatio criminis (ovvero il provvedimento giudiziale dichiarativo della estinzione del reato) opera sul potere della stazione appaltante di apprezzare la incidenza, ai fini partecipativi, delle sentenze di condanna cui si riferiscono quei fatti di reato (Cons. Stato sez. VI, 3.9.2013, n. 4392)»* (cfr. C.d.S., sez. V, 25 febbraio 2016, n. 761).

Ciò posto, nel caso in esame le società ricorrenti hanno legittimamente fatto a meno di indicare i precedenti penali per i quali, come visto, erano intervenute l'estinzione del reato e la riabilitazione ed erroneamente la stazione appaltante le ha tacciate di non aver reso dichiarazioni veritiere in ordine al possesso dei requisiti partecipativi di ordine generale, avendo le stesse dichiarato di non trovarsi nelle condizioni di esclusione di cui all'art. 80 del codice degli appalti, dato che le suddette condanne, come ampiamente detto, non rientrano tra queste condizioni.

Infine, quand'anche fosse stato comunque possibile valutare l'incidenza dei fatti sulla moralità professionale, l'amministrazione, ormai a conoscenza dei precedenti contestati, avrebbe dovuto esprimersi sull'integrità morale delle ricorrenti, anziché trincerarsi dietro l'aspetto soltanto formale addotto nella motivazione del provvedimento impugnato (secondo il quale la dichiarazione incompleta avrebbe precluso alla commissione di gara la possibilità di valutare, nell'ambito del procedimento selettivo delle offerte, l'incidenza della gravità del reato sulla moralità professionale).

Per queste ragioni, in conclusione, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento, per l'effetto, del provvedimento impugnato.

La novità della questione giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (n. 1579/17), lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato. ---

Spese compensate. ----

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente FF

Francesco Guarracino, Consigliere, Estensore

Carlo Dell'Olio, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Francesco Guarracino**

**IL PRESIDENTE**  
**Gabriele Nunziata**

IL SEGRETARIO