Pubblicato il 22/09/2017

N. 00589/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00709/2017 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 709 del 2017, proposto da: Catering Più S.r.l., Cocktail Service S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Nicola Melis, Gianluca Filigheddu, con domicilio eletto presso lo studio Nicola Melis in Cagliari, corso Vittorio Emanuele II, 76;

contro

Comune di Elmas, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Cadeddu, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Cugia 1;

nei confronti di

Corisar di Cabiddu Claudio & C. Sas, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Sara Merella, Renato Margelli, con domicilio eletto presso lo studio Sara Merella in Cagliari, via Enrico Besta, 2;

per l'annullamento

• della determinazione n. 48 del 4 agosto 2017, a firma del Dirigente del Settore Culturale, Scolastico, Demografico del Comune di Elmas, avente ad oggetto "CIG 6761234acb gara ristorazione scolastica – esclusione Ati ditte Catering più s.r.l. e cocktail service s.r.l.." con la quale si è stabilito di procedere all'esclusione dell'operatore economico Catering Più in ATI con la Ditta Cocktail Service; di incamerare la cauzione provvisoria presentata in sede di partecipazione e di provvedere alla segnalazione all'Autorità (ANAC) ai sensi dell'art. 80 comma 12 del d.lgs. 50/2016;

• di ogni altro atto connesso, collegato, presupposto o conseguente a quelli sopra elencati

Visti il ricorso e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Elmas e di Corisar di Cabiddu Claudio & C. S.a.s.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2017 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione n. 67 del 28.10.2016 il Comune di Elmas ha indetto una procedura negoziata per l'aggiudicazione del servizio di ristorazione scolastica.

La gara veniva aggiudicata alla ditta Catering Più in ATI con la Cocktail service.

E' emerso che l'amministratore unico di Cocktail service, -OMISSIS-, risultava destinatario di un decreto penale di condanna del G.I.P. del Tribunale di Cagliari, esecutivo il 4 giugno 2016.

Il citato decreto penale risultava però sconosciuto al destinatario poiché notificato ad indirizzo diverso da quello di residenza.

Il sig. -OMISSIS-, quindi, con ordinanza del Tribunale di Cagliari veniva rimesso in termini al fine di proporre opposizione al decreto. L'opposizione veniva proposta in data 23 giugno 2017.

Il raggruppamento ricorrente chiede quindi l'annullamento dell'atto indicato in epigrafe con il quale è stato escluso dalla gara.

Deduce un unico motivo in diritto:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 80 d.lgs. 50/2016, eccesso di potere per illogicità manifesta, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria.

Conclude per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento dell'atto impugnato previa concessione di misura cautelare.

Si sono costituiti il Comune di Elmas e la controinteressata contestando puntualmente le argomentazioni del ricorrente e chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 14 settembre 2017, previo avviso alle parti, il ricorso veniva trattenuto per la decisione in forma semplificata sussistendone i presupposti.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e deve essere accolto.

La ricorrente cita un precedente del Consiglio di Stato reso su controversia analoga a quella qui esaminata e che il Collegio condivide appieno.

Si tratta di una sentenza della Sez. V del 26 giugno 2017, n. 3104 che ha affermato:

"ritiene il Collegio che la dichiarazione resa dal Cr. ai fini della partecipazione alla procedura di gara non può stimarsi "falsa" dal punto di vista oggettivo (il solo profilo che rileva per disporre legittimamente l'esclusione), posto che il legale rappresentante dell'attuale appellante non risultava a conoscenza dell'esistenza del decreto penale nei propri confronti.

Infatti, a seguito del ricorso incidentale di primo grado, notificato in data 25 marzo 2016, l'attuale appellante ha ottenuto, con provvedimento del 3 maggio 2016 (cfr. doc. 26 appellante), dal G.I.P. del Tribunale di Venezia, l'accoglimento dell'istanza di restituzione nel termine ai sensi dell'art. 175 Cod. proc. pen., presentata nell'interesse del Sig. Cr. Cr. ai fini della proposizione di opposizione avverso il decreto penale di condanna n. 394 del 2014 del 10 febbraio 2014, di cui lo stesso è risultato destinatario, ma che non risultava essergli stato ritualmente notificato.

In data 12 maggio 2016 il procuratore del Sig. Cr. ha, quindi, depositato l'atto di opposizione ex art. 461 Cod. proc. pen. avverso il predetto decreto penale di condanna a mezzo del quale era stata contestata al legale rappresentante di PSS Vigilanza la commissione del reato di cui all'art. 10-ter d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

Pertanto, sotto questo profilo, non poteva procedersi all'esclusione del qui appellante principale dalla gara, non sussistendo il requisito della falsità della dichiarazione sotto il profilo oggettivo, e restando in capo all'Amministrazione il potere-dovere di riconsiderare il reato per cui è causa, anche in relazione alle circostanze dedotte nell'atto di opposizione del decreto in sede penale, ai fini della verifica della incidenza o meno del medesimo sulla moralità professionale, nonché dell'eventuale sentenza di assoluzione pronunciata all'esito della detta opposizione.

Pertanto, il motivo dell'appello principale, sulla contestazione del motivo di ricorso incidentale di primo grado accolto dalla sentenza, va accolto".

E' agevole rilevare che il caso è del tutto analogo rispetto a quello qui scrutinato e il Collegio ritiene che la sentenza affermi principi del tutto condivisibili.

Non è superfluo aggiungere che, proprio nella sostanza, il sig. -OMISSIS- ad oggi non ha alcuna condanna penale posto che il decreto di cui si discute è stato oggetto di opposizione.

Tanto basta per accogliere il ricorso con conseguente annullamento dell'atto impugnato.

Le spese, stante la assoluta singolarità della controversia, possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'atto impugnato.

Spese compensate con restituzione del contributo unificato in favore del ricorrente a carico del Comune di Elmas.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Caro Lucrezio Monticelli

IL SEGRETARIO