

N. 03147/2008 REG.SEN.
N. 00944/2008 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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 944 del 2008, proposto da:
VALLOGGIA FRATELLI S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ignazio Pagani e Andrea Ricuperati, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Torino, piazza Maria Teresa, 6;

contro

il Comune di Asti, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Secondo Dino Raviola, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giorgio Santilli in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

nei confronti di

ATI D.R.A. S.r.l.-Impresa Zandalasini S.n.c., in persona del legale rappresentante della capogruppo DRA srl, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del verbale di gara 5.3.2008 per l'affidamento dei lavori sul Torrente Bobore - sovrappasso torrente ed idrovora, limitatamente alla parte in cui il Comune di Asti esclude la ricorrente;

- della nota 9.6.2008 prot. 48898, recante informativa di tale esclusione;

- di ogni atto preparatorio, presupposto, conseguente o comunque connesso, con particolare riferimento: a) alla determina dirigenziale n. 1396 del 22.5.2008 nella sola parte in cui dà atto della regolarità della procedura di gara, compresa l'esclusione della ricorrente; b) ad ogni anticipata - ma allo stato ignota - comunicazione dell'esclusione all'Autorità di vigilanza, per l'annotazione nel casellario informatico ex art. DPR 34/200;

con espressa riserva di richiedere il risarcimento patrimoniale di ogni danno derivante da tale illegittima segnalazione all'Autorità di Vigilanza, ove effettuata.

Visto il ricorso e la successiva memoria integrativa, con i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione del Comune di Asti, con i relativi allegati;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 628/08 del 18 luglio 2008;

Viste le memorie difensive delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 6 novembre 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

La Fratelli Valloggia s.r.l. partecipava alla gara per pubblico incanto relativa all'affidamento di lavori di realizzazione di un tronco fognario bandita dal Comune di Asti con il criterio dell'offerta al massimo ribasso sul prezzo complessivo, indicato dalla stazione appaltante in euro 650.000 oltre IVA.

Tra le altre dichiarazioni da allegare all'offerta, il relativo disciplinare di gara richiedeva, a pena di esclusione, anche l'autodichiarazione del legale rappresentante della ditta concorrente relativa alla disposizione di cui all'art. 38, comma 1, lett. da a) a f), d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei Contratti Pubblici) nonché, ai sensi del successivo comma 2, anche sulla sussistenza di eventuali condanne per le quali si era beneficiato della "non menzione".

La Fratelli Valloggia srl accompagnava l'offerta, tra le altre, con due autodichiarazioni che riportavano l'esistenza di due precedenti, quali una sentenza di "patteggiamento", ex art. 444 c.p.p., pronunciata nel 1995 per violazione dell'art. 4, comma 2, l.n. 516/1982 e un decreto penale di condanna, pronunciato nel 2005, per violazione dell'art. 181 del d.lgs. n. 42/2004, all'epoca vigente.

Avviata la procedura di gara, la relativa Commissione giudicatrice, visto l'ingente numero di partecipanti, frazionava in più sedute l'esame della documentazione allegata dai concorrenti. Alla terza seduta era esaminata quella della Fratelli Valloggia srl e la Commissione decideva di richiedere copia integrale delle pronunce penali in questione, per esaminarne il contenuto, sospendendo di conseguenza l'ammissione alle fasi successive di gara dell'impresa. Pervenuta la documentazione integrativa, il seggio di gara provvedeva però all'esclusione della Fratelli Valloggia srl, rilevando, anche in seguito ad un parere reso dalla Civica Avvocatura che era stata interpellata in proposito, che "...la documentazione relativa alla sentenza n. 595/95 di cui alla predetta lett. b), non sia comunque esaustiva ed, in ogni caso, attiene, per espressa dichiarazione del concorrente, alla violazione di norme della Legge n. 516/82 "Evasione imposte o indebiti rimborsi", che l'art. 38, c. 1, lett. g), espressamente prevede quale causa di esclusione dagli appalti. Inoltre, il Decreto di cui al punto c) evidenzia una condanna per reati che possono essere considerati lesivi della moralità professionale dell'imprenditore, in quanto trattasi di reati contro lo Stato (Consiglio di Stato – Sez. V n. 1723/07)."

La gara proseguiva, dunque, con l'aggiudicazione a terzi, secondo quanto disposto definitivamente con determina dirigenziale dell'amministrazione procedente n. 1396 del 22 maggio 2008, che riscontrava anche la regolarità delle procedure seguite.

Con ricorso a questo Tribunale, la Fratelli Valloggia srl - precisando che l'impugnativa era limitata alla sola disposta esclusione e che non aveva interesse a contestare l'aggiudicazione sopravvenuta, in quanto le conseguenze per lei lesive erano relative all'automatica, pregiudizievole, annotazione nel casellario informatico dell'Autorità di vigilanza di settore - chiedeva l'annullamento, previa sospensione cautelare, della determinazione dirigenziale in questione e del verbale che aveva disposto l'esclusione.

L'impresa ricorrente lamentava quanto segue.

"PRIMO MOTIVO - Violazione del favor participationis (art. 97 Cost) - Violazione del "dovere di soccorso" (art. 74, comma 5, d.lgs. n. 163/2008 ed art. 6 L. n. 241/90) - Eccesso di potere per contraddittorietà, irrazionalità di comportamento e difetto di motivazione, violazione art. 3 L. n. 241/90 - Motivazione incongrua e violazione degli artt. 444 e seguenti c.p.p."

La stazione appaltante non aveva osservato il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche d'appalto. Infatti, in luogo di considerare non esaustiva la documentazione pervenuta a richiesta in ordine alla sentenza del 1995, doveva provvedere a sollecitarne una ulteriore integrazione e non a considerarla a fondamento dell'esclusione, in ossequio anche al principio del "dovere di soccorso", applicabile in materia ai sensi dell'art. 6, comma 1, l.n. 241/90 e dell'art. 74, comma 5, d.lgs. n. 163/06.

Inoltre l'amministrazione appaltante non motivava in ordine alle ragioni della ritenuta non esaustività della sentenza in questione, anche in relazione alla

tipologia della stessa, resa ex art. 444 c.p.p., con assenza quindi di diffusa argomentazione da parte del Giudice, che si limita ad una espressione di condivisione in ordine alla prospettazione della pena proposta da P.M. e imputato.

“SECONDO MOTIVO: Violazione e falsa applicazione dell’art. 38, comma 1, lettere g) e c), del d.lgs. n. 142/2006 – Violazione dell’art. 445 c.p.p. - Eccesso di potere per difetto di motivazione su gravità della condanna e sulla idoneità della stessa ad incidere sulla moralità professionale (Il presente motivo riguarda la sentenza patteggiata n. 595/95)”.

Secondo la società ricorrente il riferimento legislativo contenuto nella motivazione dell’esclusione era inconferente, in quanto l’art. 38, lett. g), ritenuto applicabile, fa riferimento a violazioni amministrative definitivamente accertate in ordine alla regolarità fiscale delle imprese partecipanti a pubbliche gare e non riguarda le sentenze penali. Inoltre la stessa disposizione di legge, alla lettera c), prevede comunque il requisito della “gravità” del reato in danno dello Stato o della Comunità che incide sulla moralità professionale e, nel caso di specie, era assente ogni motivazione sul punto, così come erano assenti motivate indicazioni in ordine al lungo tempo trascorso, soprattutto rispetto alla sentenza ex art. 444 c.p.p. e all’estinzione del reato intervenuta ai sensi dell’art. 445 c.p.p., come anche raccomandato dall’Autorità di settore e rilevato da giurisprudenza amministrativa richiamata.

“TERZO MOTIVO: Violazione dell’art. 38, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 163/06 – Violazione art. 460 c.p.p. – Eccesso di potere per difetto di motivazione sulla gravità delle condanne e sulla idoneità ad incidere sulla moralità professionale (N.B.: il presente motivo di riferisce al decreto penale di condanna).”.

Anche il reato di cui al decreto di condanna (interramento rifiuti non pericolosi quali ceppi e rami precedentemente tagliati) era ormai estinto nel biennio, ex art. 460, comma 5, c.p.p. e, comunque, anche in tal caso era assente una idonea motivazione sulle ragioni della ritenuta gravità del reato incidente sulla moralità professionale, invece sempre necessaria secondo le conclusioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato in argomento, che la società ricorrente riportava in sintesi e che non coincideva con quella richiamata nella motivazione dell’esclusione, perché questa era comunque relativa ad ipotesi in cui l’amministrazione aveva congruamente motivato le ragioni della ritenuta violazione della moralità professionale.

“QUARTO MOTIVO: Eccesso di potere per contraddittorietà di comportamento e difetto di motivazione”.

Alla società ricorrente risultava che per altri concorrenti la presenza di un decreto di condanna per fattispecie analoghe di violazione di norme in materia ambientale non era costata l’esclusione in tale procedura di gara.

“QUINTO MOTIVO: Violazione e falsa applicazione dell’art. 27 DPR 25 gennaio 2000 n. 34 – Eccesso di potere per difetto di istruttoria”.

Nel caso di specie non ricorrevano comunque le condizioni per dare luogo alla segnalazione all'Autorità di vigilanza.

La società ricorrente in data 15 luglio 2008 depositava una breve memoria integrativa in cui specificava di avere prodotto ulteriore documentazione attestante l'intervenuta regolarizzazione fiscale, mediante accertamento con adesione ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 564/1996.

Si costituiva in giudizio il Comune di Asti, rilevando l'infondatezza delle tesi della ricorrente, sulla base – sostanzialmente – di riflessioni che consideravano la completezza della motivazione in relazione alla specificità della disposizione di legge che non lasciava margini di discrezionalità alla stazione appaltante, in base all'oggettiva presenza di provvedimenti di condanna come quelli subiti dal rappresentante legale della Fratelli Valloggia srl.

Questa Sezione, in data 17 luglio 2008, pronunciava ordinanza cautelare, ai sensi dell'art. 23 bis l.n. 1034/1971, rilevando profili di manifesta fondatezza del ricorso per quanto dedotto principalmente con il secondo e terzo motivo in ordine alla omessa motivazione sulla ritenuta gravità dello specifico reato e sulla natura della contestazione di ordine fiscale esaminata. Riscontrando anche ragioni di particolare urgenza in ordine al pregiudizio grave e irreparabile dedotto dalla Impresa ricorrente, il TAR provvedeva anche a sospendere l'esecuzione del provvedimento impugnato ai fini della disposta segnalazione.

In prossimità dell'udienza pubblica del 6 novembre 2008, infine, entrambe le parti costituite depositavano memorie ad ulteriore illustrazione delle proprie tesi difensive. In particolare la società ricorrente lamentava che il procedimento di segnalazione all'Autorità aveva proseguito il suo corso nonostante l'ordinanza cautelare che aveva sospeso l'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

A tale pubblica udienza, dopo discussione orale ove il difensore del Comune di Asti precisava che il procedimento di segnalazione all'Autorità aveva seguito il suo corso precedentemente alla sospensione cautelare, la causa è stata trattenuta in decisione ed in data 7 novembre 2008 è stato pubblicato il dispositivo della presente sentenza.

DIRITTO

Il Collegio, anche in seguito all'approfondimento proprio della fase di merito, ritiene di confermare la conclusione di cui all'ordinanza cautelare richiamata in narrativa in ordine alla fondatezza del ricorso.

Esaminando le singole censure, il Collegio rileva la fondatezza già di quanto dedotto con il primo motivo di ricorso, non tanto in ordine alla mancata osservanza dei principi del "favor participationis" e del "dovere di soccorso" invocati - in quanto tali principi comunque recedono a fronte di una specifica disposizione della legge di gara che prevede determinate clausole di esclusione, come nel caso di specie, ove oltretutto era richiamata una norma di legge (art. 38 d.lgs. n. 163/06) ben precisa nel ribadire la necessità di esclusione in

presenza di determinati presupposti - quanto in ordine alla lamentata contraddittorietà e irrazionalità della motivazione che ha portato all'esclusione sotto il profilo evidenziato dalla società ricorrente.

Risulta infatti che prima di disporre l'esclusione il seggio di gara abbia ritenuto di richiedere alla Fratelli Valloggia srl (in astratta applicazione proprio del "favor participationis" e del "dovere di soccorso") di presentare via fax copia integrale delle pronunce penali dichiarate, quali la sentenza di patteggiamento e il decreto penale n. 478/05 del 7.4.05 (erroneamente accumulate nella nota di richiesta del 27.2.08 nell'espressione "sentenze"). Al riscontro dell'impresa interessata, il seggio di gara riteneva comunque di dare luogo all'esclusione in quanto evidenziava che sarebbe stata richiesta, in relazione alla sentenza di patteggiamento, "copia dei soli motivi della decisione" e perché "...si ritiene che la documentazione relativa alla sentenza n. 595/95...non sia comunque esaustiva e in ogni caso attiene...alla violazione di norme della legge 516/82 che l'art. 38 c.1 lett. g) espressamente prevede quale causa di esclusione dagli appalti."

In primo luogo il Collegio osserva, come sopra evidenziato, che la richiesta del 27.2.08 a firma del Presidente del seggio di gara e del funzionario responsabile non chiedeva "copia dei soli motivi della decisione", come invece richiamato nel verbale del 5.3.2008, ma solo "copia integrale" delle due pronunce, tra cui la sentenza in questione.

A parte ciò, che comunque costituisce contraddittorietà e illogicità della motivazione, il Collegio condivide quanto rappresentato dalla società ricorrente, secondo cui la specifica tipologia di sentenza, resa ex art. 444 c.p.p., non contiene di norma alcuna diffusa argomentazione da parte del Giudice, che si limita ad una espressione di condivisione della prospettazione di pena compiuta dalle parti.

Non è dato comprendere, quindi, non essendo presente alcuna indicazione in merito, per quale ragione la documentazione inviata in relazione alla sentenza "patteggiata" sia stata ritenuta "non esaustiva", non avendo mai, tra l'altro, il seggio di gara richiesto formalmente di conoscere i motivi della decisione, come invece per la prima volta affermato nel verbale del 5.3.08.

La motivazione del seggio di gara appare, poi, anche contraddittoria, dato che il motivo dell'esclusione sembra soffermarsi su una applicazione automatica del disposto di cui all'art. 38, lett. g), d.lgs. n. 163/06, fondata sulla semplice natura del reato commesso e non sui motivi della decisione.

Fondato appare anche il secondo motivo di ricorso, come già anticipato in sede cautelare.

In relazione alla sentenza ex art. 444 c.p.p. sopra richiamata, infatti, sotto un profilo sostanziale il seggio di gara ha ritenuto che il reato contestato integrasse la violazione di norme di cui alla legge n. 516/82 "Evasione imposte o indebiti rimborsi", così da rientrare nella fattispecie considerata dall'art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163/06.

Tale norma, però, osserva il Collegio, condividendo le censure dalla società ricorrente, si riferisce a “violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti” e non corrisponde alla fattispecie in esame.

Infatti, come già precisato anche recentemente da questo Tribunale (TAR Piemonte, Sez. I, 9.9.08, n. 1886), “...i termini adoperati dalla norma per l'enunciazione della lett. e), come della lettera g), infatti, sono quelli tipici delle violazioni amministrative...Basti riflettere sull'impiego dell'espressione 'definitivamente accertate'; una violazione penale nei testi di legge...non è definibile propriamente in termini di 'definitivamente accertata', venendo, più propriamente la sanzione penale 'inflitta' o 'irrogata'. Definitività dell'accertamento e infrazioni sono espressioni appartenenti alla terminologia tipica delle violazioni amministrative” (TAR Piemonte, sez. I, n. 1886/08 cit.).

Ne consegue, osserva il Collegio nella presente fattispecie che il richiamo all'art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163/06, come operato dal seggio di gara è inconferente se riferito a sentenza penale, dato che tale disposizione è applicabile esclusivamente alle sanzioni amministrative relative alla violazione di obblighi di pagamento di imposte e tasse.

In secondo luogo, il Collegio osserva che il seggio di gara ha motivato l'esclusione, richiamandone però esclusivamente l'applicazione al decreto penale, sul disposto dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. cit, in quanto ha ritenuto che il reato oggetto di condanna potesse essere considerato lesivo della moralità professionale dell'imprenditore.

In merito il Collegio rileva che la norma in questione, riferendosi, questa sì, a condanne penali tra cui decreti fa riferimento alla commissione di reati “gravi” in danno dello Stato e della Comunità che incidono sulla moralità professionale.

Il richiamo alla connotazione di “gravità”, di per sé implicante un concetto generico, obbliga la stazione appaltante a motivare in ordine alle ragioni che la fanno ritenere, non bastando – come invece sembra desumersi dalla motivazione del seggio di gara – il mero richiamo oggettivo alla tipicità del reato.

Non basta, per applicare correttamente l'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/06 che sia commesso un qualunque reato contro lo Stato, quindi, ma tale reato deve essere “grave” e la stazione appaltante deve illustrare nel provvedimento che lo applica i motivi logici che l'hanno indotta a tale conclusione nonché a quella di identificare il reato come comunque incidente alla moralità professionale dell'imprenditore.

Nel caso di specie tale motivazione è mancata ed essa era tanto più necessaria in considerazione del tipo di reato contestato (interramento rifiuti non pericolosi quali ceppi e rami precedentemente tagliati).

In più, il Collegio osserva anche che il tempo trascorso dalla due pronunce penali considerate, indipendentemente dall'applicazione in concreto degli istituti processuali penalistici dell'estinzione ex artt. 445 e 460, comma 5, c.p.p., imponeva a maggior ragione una motivazione sulla perdurante ritenuta gravità e per quale ragione era ritenuta incidente sulla moralità professionale dell'impresa.

Il tempo trascorso, quindi, non imponeva di non considerare i reati in questione in relazione alla mancata pronuncia di estinzione degli stessi al momento dell'adozione dei provvedimenti impugnati, secondo quanto è oggetto delle osservazioni della difesa del Comune di Asti, ma quantomeno una congrua motivazione sulla gravità e moralità – pur in costanza di efficacia delle due pronunce - che invece è del tutto mancata.

Sotto tali profili, perciò, risultano ugualmente fondati il secondo e terzo motivo di ricorso, con assorbimento di quanto dedotto con il quarto motivo, riferito a ritenuta contraddittorietà per mancata esclusione di imprese terze, e con il quinto, riferito alla segnalazione all'Autorità di settore, che, in virtù della presente sentenza, deve essere annullata per illegittimità derivata.

Alla luce di quanto dedotto quindi il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento del verbale di gara n. 5 del 5.3.2008, nella parte in cui dispone l'esclusione della società ricorrente, e della determina dirigenziale n. 1396 del 22.5.2008, nella parte in cui dà atto della regolarità della procedura di gara limitatamente alla disposta esclusione della società ricorrente e alla segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna il Comune di Asti a corrispondere alla Valloggia Fratelli s.r.l. le spese di lite, liquidate in euro 4.000,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del 6 novembre 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Ivo Correale, Primo Referendario, Estensore

Alfonso Graziano, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/12/2008

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

IL SEGRETARIO