

N. 00957/2010 REG.SEN.  
N. 01299/2009 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 1299 del 2009, proposto da:  
Gruppo Simet s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentata e difesa dall'avv. Elena Bisio, con domicilio eletto presso il  
suo studio in Torino, via Amedeo Avogadro, 26;

***contro***

Iride S.p.a., in persona del Presidente/legale rappresentante pro tempore,  
rappresentata e difesa dagli avv. Attilio Bonini e Fabiola Zambon, con  
domicilio eletto presso il loro studio in Torino, via Bertola, 48;

Iride Servizi S.p.a., non costituita in giudizio;

Iride Energia S.p.a., non costituita in giudizio;

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture,  
non costituita in giudizio;

***nei confronti di***

Marrocco Elevators s.r.l., non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

- del provvedimento di Iride Servizi S.p.a., comunicato con nota 9/10/2009 prot. n. 21199/P992/dt, con cui Iride Servizi S.p.a. non ha proceduto all'assegnazione dei lavori a favore del Gruppo Simet s.r.l. con riferimento all'asta pubblica di cui al bando n. 8/2009 per il servizio di manutenzione globale e straordinaria degli impianti di sollevamento della Città di Torino – Lotto 4 ed alla escussione della cauzione provvisoria n. 34179;
- di tutti gli atti e/o comportamenti presupposti, consequenziali o comunque connessi con il provvedimento impugnato, tra cui la nota in data 8/10/2009, prot. n. 1928/AP100, con cui Iride S.p.a. ha comunicato al Gruppo Simet s.r.l. di aver “provveduto ad inoltrare all’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici comunicazione di annullamento dell’aggiudicazione a Vs favore, con le relative motivazioni”, ed alla precedente segnalazione prot. AA 17230/AA389A del 3/9/2009 inviata all’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, nonché al provvedimento, non noto, di annullamento/revoca dell’aggiudicazione a favore del Gruppo Simet s.r.l., del provvedimento, parimenti non noto, di aggiudicazione definitiva ad altra ditta concorrente ed al contratto eventualmente nel frattempo concluso con altro aggiudicatario.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Iride S.p.A.;

Vista l'ordinanza cautelare n. 982 del 21 dicembre 2009;

Viste le memorie difensive delle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28/1/2010 il dott. Richard Goso

e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### FATTO

La Società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta indetta da Iride S.p.a., in nome e per conto di Iride Servizi S.p.a., per l'affidamento del servizio di manutenzione globale e straordinaria degli impianti di sollevamento del Comune di Torino, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

Ammessa alla gara, la ricorrente veniva proclamata aggiudicataria provvisoria per il quarto lotto dell'appalto, con verbale della Commissione giudicatrice in data 21 aprile 2009.

In data 12 giugno 2009, il legale rappresentante della ricorrente riceveva una e-mail con cui la stazione appaltante lo informava che, in sede di controllo, era emersa l'esistenza di una sentenza di condanna a suo carico e lo invitava a produrre copia di tale sentenza.

Simet ottemperava a quanto richiestole.

In data 8 ottobre 2009, la stazione appaltante informava la ricorrente di aver provveduto a segnalare all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici l'annullamento dell'aggiudicazione già disposta in suo favore.

Con successiva comunicazione del 9 ottobre 2009, la stazione appaltante rendeva noto che l'esclusione di Simet era conseguenza della sentenza di condanna per omicidio colposo riportata dal suo legale rappresentante, passata in giudicato nel 2006 e non dichiarata in sede di gara, e provvedeva all'escussione della cauzione provvisoria.

Con il ricorso giurisdizionale in trattazione, il Gruppo Simet s.r.l. contesta la legittimità delle determinazioni adottate dalla stazione appaltante

relativamente alla sua esclusione dalla gara, alla segnalazione all'Autorità di vigilanza e all'escussione della cauzione provvisoria, deducendo i seguenti motivi di gravame:

I) Violazione e falsa applicazione di legge con riferimento all'art. 38, comma 1, lettera c), del d.lgs. 12/4/2006, n. 163. Violazione del bando di gara e del capitolato. Violazione delle norme e dei principi in materia di pubblici contratti di cui alle direttive n. CE 2004/17 e CE 2004/18 dell'Unione europea. Violazione di legge con riferimento all'art. 7, l. 7/8/1990, n. 241. Eccesso di potere per carenza ed insufficienza di istruttoria e difetto di contraddittorio. Difetto/insufficienza di motivazione. Violazione di legge con riferimento all'art. 3, l. 7/8/1990, n. 241. Violazione del principio di proporzionalità. Sviamento.

La decisione di escludere la ricorrente dalla gara, determinata dall'esistenza di un precedente penale a carico del suo legale rappresentante, non dichiarato con la domanda di partecipazione, sarebbe illegittima in quanto non preceduta da alcuna valutazione in merito alla natura e alla gravità del reato commesso e alla sua incidenza sull'affidabilità dell'impresa.

L'esponente lamenta, inoltre, l'omessa comunicazione di avvio del procedimento di riesame dell'aggiudicazione e la sproporzione della misura adottata nei suoi confronti, asseritamente viziata anche sotto il profilo dello sviamento di potere.

II) Eccesso di potere per carenza e insufficienza di istruttoria e difetto di contraddittorio sotto altro profilo.

Vengono riproposte, con specifico riferimento alla segnalazione all'Autorità di vigilanza, le censure svolte con il primo motivo di ricorso relativamente alle presunte carenze dell'istruttoria compiuta dalla stazione appaltante.

III) Violazione e falsa applicazione di legge con riferimento agli artt. 38 e 48, d.lgs. 12/4/2006, n. 163.

L'irrogazione della triplice sanzione (esclusione dalla gara, segnalazione all'Autorità di vigilanza, escussione della cauzione provvisoria) riguarderebbe le sole irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale, di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, e non anche ai requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38.

IV) Violazione e falsa applicazione di legge con riferimento agli artt. 11, comma 9, e 12, comma 1, d.lgs. 12/4/2006, n. 163. Violazione delle norme e dei principi in materia di silenzio-assenso e di autotutela amministrativa. Violazione dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

La Commissione di gara aveva previsto che l'aggiudicazione provvisoria sarebbe divenuta definitiva se non modificata nei sessanta giorni successivi: ne consegue che, per disporre l'annullamento dell'aggiudicazione consolidatasi per decorso del tempo, la stazione appaltante avrebbe dovuto avviare un procedimento in sede di autotutela, mentre essa ha proceduto come se fossero ancora disponibili i termini per la verifica dei requisiti di partecipazione.

Si è costituita in giudizio Iride S.p.a., contrastando nel merito la fondatezza del gravame e opponendosi al suo accoglimento.

Con ordinanza collegiale n. 982 del 21 dicembre 2009, è stata accolta l'istanza cautelare proposta in via incidentale dalla parte ricorrente, limitatamente alla sospensione dell'esecuzione delle misure inerenti l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di vigilanza, ed è stata fissata, ai sensi dell'art. 23 bis, comma 3, della legge n. 1034/1971, l'udienza per la discussione nel merito del ricorso.

Le parti costituite hanno depositato memorie difensive.

Chiamato alla pubblica udienza del 28 gennaio 2010, il ricorso è stato ritenuto in decisione; ha fatto seguito la pubblicazione del dispositivo di sentenza n. 9 del 29 gennaio 2010.

## DIRITTO

1) La ricorrente Gruppo Simet s.r.l. contesta la legittimità delle determinazioni con cui la stazione appaltante Iride S.p.a. ne ha disposto l'esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di manutenzione degli impianti di sollevamento del Comune di Torino, di cui era già stata proclamata aggiudicataria provvisoria, ha inoltrato la comunicazione di annullamento dell'aggiudicazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e ha provveduto all'escussione della cauzione provvisoria.

Tali decisioni sono motivate, nel provvedimento del 9 ottobre 2009 impugnato in principalità, con riferimento all'esistenza di una sentenza di condanna definitiva a carico del legale rappresentante della concorrente, non dichiarata nei documenti di partecipazione alla gara.

Si trattava, per la precisione, di una sentenza di condanna per omicidio colposo, divenuta definitiva nel 2006 e relativa ad un sinistro occorso ad un apprendista impiegato nell'azienda.

2) Con il primo e il secondo motivo di ricorso (quest'ultimo si riferisce direttamente alla segnalazione inoltrata all'Autorità di vigilanza e contiene una specificazione delle censure dedotte con il primo motivo) vengono dedotte diversificate censure di legittimità che meritano di essere vagliate separatamente.

2.1) Il primo e fondamentale rilievo critico concerne le presunte carenze dell'istruttoria compiuta dalla stazione appaltante e l'insussistenza dei presupposti che avrebbero legittimato l'esclusione della ricorrente dalla gara.

L'esponente afferma, in buona sostanza, che la mancata dichiarazione del precedente penale a carico del legale rappresentante non avrebbe integrato ex se motivo di esclusione (e/o di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria), potendo tale decisione fondarsi solo su un'autonoma valutazione circa la gravità del reato e la sua incidenza sui requisiti di affidabilità dell'impresa.

Ciò in quanto la sentenza non si riferiva ad alcuna delle ipotesi tassativamente previste dall'art. 38, comma 1, lettera c), in cui la condanna per particolari reati costituisce ex lege causa di esclusione.

Al di fuori di tali ipotesi, la stazione appaltante è tenuta a verificare autonomamente, facendo uso dei propri poteri discrezionali, la gravità del precedente e a motivare compiutamente l'esclusione eventualmente disposta all'esito di tale valutazione.

La prospettazione della parte ricorrente, condivisibile in linea di principio, prende in esame, però, solo una parte degli atti del procedimento e, in particolare, prescinde dal contenuto della determinazione n. 36 del 24 luglio 2009, con cui dall'Amministratore delegato di Iride Servizi S.p.a. ha stabilito di non affidare il servizio all'odierna ricorrente, per affidarlo alla ditta seconda classificata.

Tale atto richiama espressamente la relazione istruttoria del 23 luglio 2009 (entrambi i documenti sono stati versati in atti dalla difesa di Iride S.p.a.) che fonda la proposta di non affidare il servizio a Simet su approfondite considerazioni relative alle circostanze del reato commesso dal suo legale rappresentante, alla gravità della condanna, al carattere non risalente dell'episodio e al ruolo rivestito dal condannato.

Le argomentazioni svolte in tale sede costituiscono adeguata giustificazione della scelta di non aggiudicare l'appalto, a causa della condanna accertata in

sede di controllo delle dichiarazioni rese dai concorrenti.

Va anche rilevato, per completezza, che la lex specialis di gara richiedeva ai partecipanti di rendere una dichiarazione circa il possesso dei requisiti di partecipazione, utilizzando uno specifico modulo, allegato al disciplinare, contenente l'autocertificazione in ordine alle condanne passate in giudicato, ivi espressamente comprese quelle assistite dal beneficio della non menzione nei certificati del casellario giudiziario.

Essendo incontestata l'esistenza della sentenza di condanna, cui non aveva fatto seguito la riabilitazione del condannato, la stazione appaltante non avrebbe potuto esimersi, una volta accertata l'omessa dichiarazione, dal disporre l'esclusione della ricorrente dalla gara (o la sua decadenza dall'intervenuta aggiudicazione provvisoria), costituendo tale esito necessitata applicazione dell'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000 che prevede, nel caso di dichiarazione non veritiera, la decadenza dei benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base di essa.

2.2) Una seconda censura fa riferimento all'omessa comunicazione di avvio del procedimento di riesame della già disposta aggiudicazione provvisoria.

Il rilievo non ha pregio.

Il procedimento per la scelta del contraente in una gara per l'affidamento di un pubblico appalto trova conclusione, infatti, solo nel momento in cui interviene l'aggiudicazione definitiva, cosicché non può configurarsi un obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento in relazione alle incombenze, quali la verifica dei requisiti dei concorrenti provvisoriamente aggiudicatari, che si inseriscono nell'unica serie procedimentale in corso (cfr., in fattispecie assimilabili alla presente, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 29 ottobre 2008, n. 1479; T.A.R. Liguria, sez. II, 7 giugno 2007, n. 1049; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 9 gennaio 2007, n. 29).

2.3) Con la terza censura, l'esponente deduce il vizio di eccesso di potere sotto il profilo della sproporzione delle sanzioni applicate nella fattispecie nonché dello sviamento.

Tali doglianze, peraltro dedotte in modo del tutto generico, devono essere disattese in quanto le misure applicate nella fattispecie non sono frutto di una scelta discrezionale dell'amministrazione e, per quanto concerne il dedotto vizio di sviamento, perché la ricorrente non ha allegato alcun elemento oggettivo in relazione al dissimulato scopo degli atti che avrebbe integrato il vizio medesimo.

3) Invertendo l'ordine dei motivi di ricorso, deve essere esaminato, a questo punto, il quarto motivo, atteso che il suo eventuale accoglimento produrrebbe un più ampio effetto utile per la parte ricorrente.

L'esponente rileva che l'atto di aggiudicazione provvisoria della gara recava, in calce, la seguente dicitura: "Il presente esito provvisorio sarà da intendersi definitivo qualora non venisse modificato nei successivi 60 giorni dalla data dello stesso".

In tal modo, la stazione appaltante si sarebbe autovincolata, introducendo un'esplicita ipotesi di silenzio significativo.

Essendo spirato alla data del 20 giugno 2009 il termine di cui sopra, senza che fossero intervenute determinazioni di sorta dell'amministrazione, l'esito provvisorio della gara si sarebbe consolidato, con formazione tacita dell'aggiudicazione definitiva, suscettibile di annullamento solo attraverso apposito procedimento in sede di autotutela.

La ricorrente aveva, comunque, fatto affidamento sulla definitività dell'aggiudicazione e aveva provveduto, in buona fede, ad apprestare tutto quanto occorrente per l'esecuzione dell'appalto, con dispendio di risorse e conseguente pregiudizio economico.

La tesi di fondo esposta dalla ricorrente non può essere condivisa, poiché contrasta frontalmente con il principio dettato dall'art. 2 della legge n. 241/1990 che impone di concludere il procedimento amministrativo con un provvedimento espresso (nella fattispecie, quello di aggiudicazione definitiva della gara).

Neppure la *lex specialis* di gara potrebbe, pertanto, prevedere legittimamente una clausola che colleghi la formazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva al decorso di un determinato *spatium temporis* da quella provvisoria (T.A.R Lombardia, Brescia, sez. II, 2 ottobre 2009, n. 1725).

A fortiori, deve escludersi che tale potere potesse essere esercitato nella fattispecie dalla Commissione di gara o, comunque, che la relativa previsione potesse essere introdotta in sede di aggiudicazione provvisoria, non trovando essa riscontro in alcuna disposizione del bando.

La deducente non può, inoltre, lamentare la violazione dell'affidamento ingenerato dall'aggiudicazione provvisoria della gara, dal momento che essa non poteva non avere piena consapevolezza delle conseguenze che l'accertamento della mancanza dei requisiti avrebbe comportato a suo danno.

4) Il terzo motivo di ricorso concerne, infine, le sole misure inerenti l'incameramento della cauzione prestata da Simet in forma di polizza fideiussoria a garanzia dell'offerta e (seppure in modo non altrettanto esplicito, ma desumibile comunque dal tenore delle esposte censure) la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici circa l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto.

La tesi esposta dalla parte ricorrente fa propri i principi espressi dal noto orientamento giurisprudenziale, fatto proprio anche dalla Sezione (cfr., da

ultimo, sentenza n. 3709 del 21 dicembre 2009), secondo il quale l'irrogazione della triplice sanzione (esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di vigilanza) si riferirebbe alle sole irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale richiesti per la partecipazione alla gara.

Va dato atto preliminarmente del fatto che, a tutt'oggi, la giurisprudenza amministrativa non è pervenuta ad un orientamento univoco in materia.

Si registrano, infatti, pronunce giurisprudenziali, anche recenti (cfr., fra le ultime, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 26 ottobre 2009, n. 10429), che ricollegano direttamente la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria all'art. 75 comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006, disposizione che, riguardando tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, troverebbe applicazione, non solo nel caso di rifiuto di stipulare o di difetto dei requisiti speciali, ma anche nel caso in cui la mancata stipulazione sia determinata dall'accertata carenza dei requisiti generali di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Analogamente, con riguardo alla segnalazione all'Autorità di vigilanza, non mancano autorevoli pronunce giurisprudenziali che ne predicano senz'altro la doverosità anche nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine generale per la partecipazione ai pubblici appalti (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905).

Tanto precisato, il Collegio non ritiene che, nella fattispecie, emergano elementi di valutazione nuovi che lo inducano a discostarsi dal precedente orientamento con cui la Sezione, in conformità all'avviso della giurisprudenza prevalente (cfr., ex multis, T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 12 ottobre 2009, n. 698; T.A.R. Toscana, sez. I, 23 settembre 2009, n. 1473; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 8 agosto 2008 n. 9943; T.A.R.

Veneto, sez. I, 12 maggio 2008, n. 1326), ha affermato il principio secondo il quale l'irrogazione della triplice sanzione (esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di vigilanza) si riferisce alle sole irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale di cui all'art. 48 del d. lgs. n. 163 del 2006, e non anche a quelle relative ai requisiti di ordine generale ex art. 38, essendo queste ultime sanzionabili solo con l'esclusione dalla gara.

L'ipotesi di carenza dei requisiti di carattere generale, infatti, è compiutamente regolata dall'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 che prevede, in tal caso, solo l'esclusione del concorrente dalla gara e costituisce situazione ontologicamente diversa dal mancato possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, disciplinata dal successivo art. 48 che riconnette a tale circostanza, oltre all'esclusione del concorrente dalla gara, anche l'escussione della relativa cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

L'evidente natura sanzionatoria del citato art. 48, d'altronde, la rende norma di stretta interpretazione e, quindi, non estendibile ad ipotesi diverse da quelle tassativamente previste.

Nel caso in esame, atteso che l'esclusione della Società ricorrente è stata chiaramente disposta con riferimento alla carenza dei requisiti di ordine generale inerenti l'assenza di condanne penali incidenti sulla moralità professionale, non poteva trovare applicazione il citato art. 48 che, si ribadisce, pone a presupposto della segnalazione all'Autorità e dell'incameramento della cauzione il solo difetto degli specifici requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando.

Né può ritenersi che l'incameramento della cauzione provvisoria potesse

trovare fondamento nell'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006, il quale prevede che "la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo".

Tale previsione impone alla stazione appaltante di procedere all'escussione della cauzione provvisoria, non solo quando l'aggiudicatario rifiuti senza adeguata motivazione di sottoscrivere il contratto entro il termine previsto dalla legge, ma anche nel caso in cui la stipulazione sia obiettivamente riconducibile all'affidatario che non ha comprovato il possesso dei requisiti speciali.

Essa non può essere riferita, invece, al diverso caso del mancato possesso dei requisiti di ordine generale, ipotesi che, come già precisato, è compiutamente disciplinata dalla norma speciale dettata dal più volte richiamato art. 48.

5) Per tali motivi, il ricorso è fondato e deve essere accolto limitatamente alla parte dell'impugnazione che investe l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di vigilanza, ferma restando, invece, la legittimità dell'esclusione della ricorrente dalla gara.

Si ravvisano giusti motivi, in ragione della soccombenza reciproca, per compensare integralmente le spese di lite fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie in parte, nei limiti di cui in motivazione, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, limitatamente alle statuizioni inerenti l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.  
Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 28/1/2010 con  
l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario, Estensore

Alfonso Graziano, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/02/2010

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

IL SEGRETARIO