

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA BASILICATA
ha pronunciato la seguente
SENTENZA

N. 806 Reg.Sent.
Anno 2004
N. 233 Reg.Ric.
Anno 2004

sul ricorso n.233/04, proposto dalla Co.Proget. di Summa Donato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituenda tra essa Co.Proget e la soc. Bevilacqua Carmine (mandante), rappresentata e difesa dagli avv.ti Sandro Di Falco, Gennaro Micillo e Francesco Vecchione e con questi elettivamente domiciliata in Potenza, via XX Settembre n. 13, presso lo studio dell'avv. Luigi De Cunto

contro

il Comune di Grumento Nova, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Malta e con questi elettivamente domiciliato presso la Segreteria del Tribunale adito, nonché

nei confronti

della C.E.A.T. Consorzio Artigiani Tolvesi, non costituita in giudizio,

per l'annullamento, previa sospensiva,

della mancata aggiudicazione definitiva dei lavori di ristrutturazione e adeguamento del convento dei Cappuccini; del verbale di riesame della gara, redatto dalla commissione in data 23 aprile 2004, a mezzo del quale la commissione ha escluso la ricorrente, pervenendo all'aggiudicazione provvisoria dei lavori a favore di una diversa impresa; di ogni ulteriore atto connesso, conseguente e/o consequenziale comunque lesivo degli interessi della ricorrente, ivi compreso il parere dell'avv. Malta trasmesso all'Amministrazione con nota del 10 febbraio 2004 e meramente richiamato nel provvedimento che ha disposto la mancata aggiudicazione definitiva dei lavori; il provvedimento di aggiudicazione definitiva dei lavori ad altra impresa (CEAT), se adottato dall'Amministrazione o se intervenuto nelle more della notifica del ricorso, nonché

per il risarcimento

dei danni subiti e subendi dalla ricorrente, in forma specifica o, ove non più possibile, per equivalenti, calcolati in relazione al mancato utile (nella misura del 10% dell'importo oggetto dei lavori) e alla perdita di chance, ai danni all'immagine e alla reputazione della ricorrente, danni da quantificare in corso di causa, fatta salva la valutazione equitativa da parte del T.A.R.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Grumento Nova;

Visti i motivi aggiunti depositati in data 20 maggio 2004 e 22 giugno 2004;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi gli avvocati alla pubblica udienza del 6 ottobre 2004, come da relativo verbale; relatore il magistrato dott.ssa Giulia Ferrari;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 30 aprile 2004 la Co.Proget. di Summa Donato, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituenda tra essa Co.Proget e la soc. Bevilacqua Carmine (mandante), impugna gli atti in epigrafe indicati e ne chiede l'annullamento.

Esponde, in fatto, di aver partecipato alla gara, bandita dal Comune di Grumento Nova, per i lavori di ristrutturazione e adeguamento del Convento dei Cappuccini, e di essersi aggiudicata, in via provvisoria, la gara con il ribasso del 18,18%. Con il provvedimento impugnato l'Amministrazione ha escluso di poter procedere alla definitiva aggiudicazione in suo favore dell'appalto perché, in occasione della verifica dei requisiti relativi alla moralità professionale di cui all'art. 75 D.P.R. n. 554 del 1999, ha ritenuto che la condanna con sentenza patteggiata del rappresentante della capogruppo Co.Proget per il reato di cui all'art. 51, primo comma, lett. a), D.L.vo 5 febbraio 1997 n. 22 (per aver raccolto e trasportato rifiuti di materiali inerti da demolizione edile su terreno di proprietà di soggetto committente di lavori edilizi) fosse ostativa all'aggiudicazione della gara (sentenza la cui esistenza era stata peraltro dichiarata dalla ricorrente). Ha conseguentemente disposto l'esclusione dell'A.T.I. ricorrente dalla procedura e, sulla base della nuova media delle offerte, ha aggiudicato la gara alla ditta CEAT Consorzio Artigiani Tolvesi.

2. Avverso i predetti provvedimenti la ricorrente è insorta deducendo:

a) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 75 D.P.R. N. 554 DEL 1999 - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO DI LEGGE - SVIAMENTO - ERRORE NEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO - DIFETTO DI CONGRUA ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE - CARENZA DI INTERESSE - VIOLAZIONE ART. 3 L. N. 241 DEL 1990 E CARENZA DI MOTIVAZIONE PER RELATIONEM. Il provvedimento è stato adottato facendo mero richiamo al parere reso dall'avv. Malta, senza però esplicitarne il contenuto, e all'assenza dei requisiti di carattere generale in capo alla ricorrente.

b) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 75 D.P.R. N. 554 DEL 1999 - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO DI LEGGE - SVIAMENTO - ERRORE NEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO - DIFETTO DI CONGRUA ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE - CARENZA DI INTERESSE - VIOLAZIONE ART. 3 L. N. 241 DEL 1990 E CARENZA DI MOTIVAZIONE PER RELATIONEM. L'Amministrazione avrebbe dovuto spiegare le ragioni preclusive dell'affidamento dell'appalto in ragione dei precedenti penali a carico dell'impresa.

c) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 75 D.P.R. N. 554 DEL 1999 - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO DI LEGGE - SVIAMENTO - ERRORE NEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO - DIFETTO DI CONGRUA ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE - VIOLAZIONE ART. 3 L. N. 241 DEL 1990 E CARENZA DI MOTIVAZIONE PER RELATIONEM - VIOLAZIONE DETERMINA AUTORITA' DI VIGILANZA LAVORI PUBBLICI 5 DICEMBRE 2001 N. 16/23 - VIOLAZIONE DELLA CIRCOLARE DEL MINISTERO DEI LAVORI PUBBLICI 1 MARZO 2000 N. 182/40093. La circolare del Ministero dei lavori pubblici 1 marzo 2000 n. 182/40093 ha precisato che influiscono sull'affidabilità morale e professionale del contraente i reati contro la Pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica ed il patrimonio ma a condizione che siano relativi a fatti la cui natura e il cui contenuto siano idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con le stazioni appaltanti per la loro

inerenza alle specifiche obbligazioni dedotte in precedenti rapporti con le stesse, presupposto questo non presente nel caso di specie.

d) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 75 D.P.R. N. 554 DEL 1999 - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO DI LEGGE - SVIAMENTO - ERRORE NEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO - DIFETTO DI CONGRUA ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE - CARENZA DI INTERESSE - MANIFESTA INGIUSTIZIA. Manca l'interesse pubblico all'esclusione della ricorrente dalla gara, avendo questa presentato l'offerta economicamente più conveniente.

3. Con motivi aggiunti depositati in data 20 maggio 2004 la ricorrente impugna la determina n. 54 del 20 aprile 2004, con la quale sono state approvate le risultanze della gara oggetto del ricorso principale, con conseguente aggiudicazione definitiva dei lavori all'impresa CEAT. Avverso detto provvedimento la ricorrente ripropone i motivi già dedotti con l'atto introduttivo del giudizio.

4. Con ulteriori motivi aggiunti depositati in data 22 giugno 2004 la ricorrente, presa visione della documentazione prodotta in atti dal Comune di Grumento Nova, censura il parere legale reso dall'avv. Malta, non essendo l'art. 75 D.P.R. n. 554 del 1999 *ex se* ostativo all'ammissione alla procedura di gara da parte dei soggetti destinatari di sentenze penali di condanna.

Inoltre illegittimamente l'Amministrazione non ha tenuto alcun conto della nota di chiarimenti presentata dalla ricorrente.

5. La ricorrente chiede altresì il risarcimento dei danni subiti e subendi, in forma specifica o, ove non più possibile, per equivalente, calcolati in relazione al mancato utile (nella misura del 10% dell'importo oggetto dei lavori) e alla perdita di chance, ai danni all'immagine e alla sua reputazione, danni da quantificare in corso di causa, fatta salva la valutazione equitativa da parte del T.A.R.

6. Si è costituito in giudizio il Comune di Grumento Nova, che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso perché non notificato al responsabile del procedimento, mentre nel merito ne ha sostenuto l'infondatezza.

7. La controinteressata C.E.A.T. Consorzio Artigiani Tolvesi non si è costituita in giudizio.

8. Con memorie depositate alla vigilia dell'udienza di discussione le parti hanno ribadito le rispettive tesi difensive.

9. Con ordinanza n. 25 del 26 maggio 2004 è stata fissata l'udienza di discussione della causa.

10. All'udienza del 6 ottobre 2004 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Privo di pregio è l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dal Comune resistente sul rilievo che il gravame non sarebbe stato notificato al responsabile del procedimento. Quest'ultimo è, infatti, un funzionario del Comune e a quest'ultimo il ricorso è stato regolarmente notificato.

Passando al merito, come già esposto in narrativa la stazione appaltante ha escluso di poter aggiudicare definitivamente la gara alla ricorrente, aggiudicataria provvisoria, perchè, a seguito di più accurati accertamenti effettuati in occasione della verifica dei requisiti relativi alla moralità professionale di cui all'art. 75 D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, ha ritenuto che la condanna con sentenza patteggiata del rappresentante della capogruppo Co.Proget per il reato di cui all'art. 51, primo comma, lett. a), D.L.vo 5 febbraio 1997 n. 22 (per aver raccolto e trasportato rifiuti di materiali inerti da demolizione edile su

un terreno di proprietà di soggetto committente di lavori edilizi) fosse ostativa all'aggiudicazione della gara. Ha conseguentemente disposto l'esclusione dell'A.T.I. ricorrente dalla procedura e, sulla base della nuova media delle offerte, ha aggiudicato la gara alla ditta CEAT Consorzio Artigiani Tolvesi.

2. Con il secondo motivo la ricorrente afferma che la semplice condanna con sentenza patteggiata di un legale rappresentante della società o di un suo amministratore non è *ex se* ostativa all'aggiudicazione della gara, essendo necessario esplicitare l'incidenza della stessa sull'affidabilità morale e professionale della concorrente.

Preliminarmente il Collegio ritiene la censura ammissibile. E' infatti priva di pregio l'eccezione di inammissibilità sollevata dal Comune resistente sul rilievo che la ricorrente avrebbe dovuto impugnare immediatamente il bando di gara che preclude la partecipazione alla procedura del concorrente che avesse riportato una condanna penale. Il disciplinare richiedeva infatti di dichiarare, a pena di esclusione, di non "trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 75, primo comma, lett. a), b), c), d), e), f), g), h) D.P.R. n. 554 del 1999". Con la dichiarazione resa in data 18 dicembre 2003 la ricorrente ha affermato di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 75, primo comma, lett. a), b), c), d), e), f), g), h) D.P.R. n. 554 del 1999 pur avendo riportato una condanna penale ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., non ritenendo che il reato commesso avesse inciso "sull'affidabilità morale e professionale". La Co.Proget. non doveva quindi impugnare immediatamente *in parte qua* il bando non essendo questo, a suo avviso, ostativo alla partecipazione alla gara, preclusa solo alle concorrenti che avessero commesso reati incidenti sull'affidabilità morale e professionale.

Nel merito il motivo è fondato.

Il Consiglio di Stato (IV Sez., 18 maggio 2004 n. 3185) ha di recente chiarito, con riferimento all'art. 12 D.L.vo 17 marzo 1995 n. 157, ma con argomentazioni estensibili, per la loro portata, al disposto dell'art. 75 D.P.R. n. 554 del 1999, che la lett. b) di detto "art. 12 - secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alla gara i concorrenti nei cui confronti sia stata emessa sentenza di condanna passata in giudicato ovvero sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., per qualsiasi reato che incide sulla loro moralità professionale o per delitti finanziari - per il modo in cui è formulata, che collega l'esclusione alla generalità delle trasgressioni che incidono sulla moralità professionale o ai delitti finanziari, sta a significare che nella considerazione del Legislatore è qualificante la commissione di reati di una certa natura sotto l'aspetto sostanziale, nel senso che si è voluto evitare l'affidamento del servizio a coloro che abbiano commesso reati lesivi degli stessi interessi collettivi che, nelle veste di aggiudicatari, sarebbero chiamati a tutelare.

Nel caso all'esame del Collegio il rappresentante della capogruppo Co.Proget era stato condannato con sentenza *ex art.* 444 cod. proc. pen. per il reato di cui all'art. 51, primo comma, lett. a), D.L.vo 5 febbraio 1997 n. 22 (per aver raccolto e trasportato rifiuti di materiali inerti da demolizione edile su terreno di proprietà di soggetto committente di lavori edilizi) e, quindi, per una fattispecie che non incide in modo evidente sulla moralità professionale dell'aggiudicatario. Nella sua ampiezza ed elasticità il concetto di moralità professionale presuppone infatti la realizzazione di un reato pienamente idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione coi principi deontologici della professione, tenendo presente che la valutazione *de qua* non deve cristallizzarsi in criteri astratti e automatici ma si deve invece adattare alle peculiarità del caso concreto, riferite tanto alle caratteristiche dell'appalto, quanto al tipo di condanna ed alle concrete modalità di commissione del reato (cfr. Cons. Stato, V Sez., 1 marzo 2003 n. 1145, 25 novembre 2002 n. 6482 e 18 ottobre 2001 n. 5517).

Nella specie la stazione appaltante non ha proceduto ad alcuna disamina di alcuni pur rilevanti connotati concreti della fattispecie penale chiamata in causa, quali, ad esempio, la natura dei fatti addebitati, la natura contravvenzionale del reato, l'irrogazione di una pena solo pecuniaria di importo non particolarmente elevato, le vicende relative al soggetto condannato, non da ultimo la rilevanza concreta

del precedente penale sull'affidabilità del servizio del svolgere. In considerazione delle peculiari connotazioni della fattispecie in esame non risulta quindi ammissibile, perché non conforme a principi di diritto e a regole di buona amministrazione, un'esclusione dalla gara basata solamente su un semplice richiamo al tipo di reato e alla sua attinenza alla materia dell'appalto, senza che sia stata data adeguata contezza di un previo prudente apprezzamento delle ragioni che, nel concreto, precludevano l'eventuale affidamento del servizio in ragione del "precedente penale" stesso. L'esclusione della ricorrente poteva essere disposta a conclusione di una autonoma valutazione del giudicato penale a carico e non essere considerata effetto automatico della sua esistenza. Infatti, i margini di insindacabilità attribuiti all'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione appaltante di valutare una condanna penale ai fini dell'esclusione da una gara d'appalto, evidentemente ampliati dal mancato rinvenimento nella normativa vigente di parametri fissi e predeterminati ai quali attenersi ai fini di detta valutazione (Cons. Stato, VI Sez., 30 gennaio 1998 n. 125), non consentono comunque alla stazione appaltante di prescindere dal dare contezza di aver effettuato la suddetta disamina e dal rendere conoscibili gli elementi posti alla base della eventuale definitiva determinazione espulsiva. Diversamente opinando, soggetti come l'attuale ricorrente, ad esempio, vedrebbero automaticamente e definitivamente precluso, a causa di una pregressa infrazione formale non particolarmente grave, l'esercizio di attività contrattuale con la Pubblica amministrazione, con conseguente compromissione della libera esplicazione della propria iniziativa economica.

Ha chiarito il Consiglio di Stato (V Sez., 1 marzo 2003 n. 1145 e 27 marzo 2000, n. 1770), che "tali argomentazioni non trovano smentita nel, pur non disconoscibile, tecnicismo e nella oggettiva qualificazione sostanziale che contraddistinguono le trasgressioni in materia di attività di smaltimento dei rifiuti, per le quali sembrerebbe qualificante non la gravità della sanzione ma la natura del reato sotto l'aspetto sostanziale, volendosi evitare l'affidamento del servizio a coloro che abbiano commesso reati (non necessariamente delitti) lesivi degli stessi interessi collettivi che, in qualità di aggiudicatari, sarebbero chiamati a tutelare. Anche tale affermazione di principio, pur condivisibile nella sostanza e nelle finalità, non può essere, infatti, portata ad estreme conseguenze, nella sua applicazione".

In conclusione, la condanna del rappresentante della capogruppo Co.Proget con sentenza *ex art.* 444 cod. proc. pen. per il reato di cui all'art. 51, primo comma, lett. a), D.L.vo 5 febbraio 1997 n. 22 non è motivo *ex se* giustificativo dell'esclusione della concorrente dalla gara, dovendo la stazione appaltante motivare in ordine all'incidenza o meno della stessa sulla moralità professionale dell'impresa.

Il ricorso deve pertanto essere accolto, salva l'ulteriore attività che l'Amministrazione voglia porre in essere.

3. Deve essere invece respinta la domanda di risarcimento danni, non essendo sin da ora prevedibile l'esito del riesame, da parte della stazione appaltante, della posizione della concorrente.

Quanto alle spese di giudizio, può disporsene l'integrale compensazione fra le parti costituite in giudizio.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA BASILICATA

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Respinge l'istanza di risarcimento danni.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Potenza, addì 6 ottobre 2004, dal

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA BASILICATA

in Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Giancarlo Pennetti Presidente F.F.

Giuseppe Buscicchio Componente

Giulia Ferrari Componente - Estensore

IL PRESIDENTE F.F.

L'ESTENSORE

SEGRETARIO - Rocco Lovaglio -

Depositata in Segreteria il 1 Dicembre 2004