

N. 07143/2011 REG.PROV.COLL.
N. 02107/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2107 del 2009, proposto da:

Soc Delta Costruzioni Srl, in proprio e quale mandataria del raggruppamento costituendo con Tecno strade s.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Magliocca, con domicilio eletto presso Paolo Borioni in Roma, via Caposile, 10;

contro

Anas - Spa ; Autorità Vigilanza Contratti Pubblici di Lavori Servizi Forniture, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Cossu Gianni, Antonio di Mattia;

per l'annullamento

ESCLUSIONE DALLA GARA N. 62/08 - SEGNALAZIONE ALL'AUTORITA' DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI PER INSERIMENTO ANNOTAZIONE - RISARCIMENTO DANNI - (23 BIS)

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas - Spa - Compartimento della Viabilità Per il Lazio e di Aut Vigilanza Contratti Pubblici di Lavori Servizi Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2011 il cons. Cecilia Altavista e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In data 26-11-2008, l'Autorità di Vigilanza per i contratti pubblici inseriva nel Casellario informatico una annotazione, relativa alla revoca dell'aggiudicazione disposta da parte della società Autostrade per false dichiarazioni nel possesso dei requisiti da parte della Delta costruzioni s.r.l.. L'inserimento dell'annotazione è stato comunicato con nota pervenuta alla Delta costruzioni il 5-12-2008.

Nel frattempo, con bando di gara pubblicato nella gazzetta ufficiale del 10-11-2008, l'Anas aveva indetto una gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della via Salaria.

Nella domanda presentata in data 5-12-2008 la Ati ricorrente comunicava la sussistenza a suo carico di un decreto penale di condanna emesso in data 17-1-2005, relativo a violazioni di norme sulla salute e sicurezza dei lavoratori, ma non la annotazione pendente nel Casellario.

L'Anas, con provvedimento del 23-12-2009, disponeva la esclusione della gara sia in relazione alla mancata dichiarazione dell'annotazione che alla mancanza dei requisiti di partecipazione, trattandosi di reato incidente sulla moralità professionale; inviava, pertanto, la segnalazione dell'esclusione all'Autorità di Vigilanza.

L'Autorità di Vigilanza archiviava il procedimento relativo ad una eventuale

ulteriore annotazione per false dichiarazioni, in quanto risultava che la impresa aveva ricevuto la comunicazione dell'annotazione successivamente alla compilazione della domanda di partecipazione alla gara.

Con il presente ricorso, notificato il 4-3-2009, sono stati impugnati il provvedimento di esclusione dell'Anas; l'invio della comunicazione della esclusione all'Autorità di Vigilanza; l'annotazione dell'Autorità di Vigilanza del 26-11-2008 comunicata in data 5-12-2008.

E' stata proposta, altresì, domanda di risarcimento danni.

Si sono costituite l'Anas e l'Autorità di Vigilanza contestando la fondatezza del ricorso.

All'udienza pubblica del 15-7-2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

In via preliminare deve essere dichiarata irricevibile l'impugnazione, proposta con il presente ricorso, dell'annotazione inserita dall'Autorità di Vigilanza il 26-11-2008. Tale atto risulta, infatti, comunicato alla Delta costruzioni in data 5-12-2008, mentre il presente ricorso risulta notificato il 4-3-2009, ben oltre il termine di sessanta giorni, allora previsto per la proposizione del ricorso. Deve essere, invece, dichiarata inammissibile l'impugnazione proposta avverso la comunicazione dell'avvenuta esclusione da parte dell'Anas all'Autorità di Vigilanza. Tale atto ha natura endoprocedimentale, non è quindi immediatamente lesivo né autonomamente impugnabile.

Infatti, la segnalazione nel casellario informatico non produce alcun effetto, che non sia l'avvio del procedimento presso l'Autorità di Vigilanza. L'unico atto conclusivo con valenza provvedimentoale è rappresentato dalla eventuale annotazione disposta dall'Autorità di Vigilanza.

La segnalazione all'Autorità è una mera comunicazione circa fatti verificatisi o accertati in relazione ad una gara, rispetto alla quale potranno derivare effetti pregiudizievoli per l'impresa interessata solo a seguito di annotazione

nel Casellario informatico (cfr di recente Tar Campania, sez. VIII, 09 febbraio 2011 , n. 762).

La impugnazione proposta avverso il provvedimento di esclusione della gara è infondata.

Infatti, il provvedimento di esclusione non è fondato solo sulla mancata dichiarazione dell'annotazione inserita dall'Autorità il 26-11-2008 e comunicata il 5-12-2008, che, quindi, non risultava ancora conosciuta al momento di presentazione della domanda (anche se la scadenza del termine di presentazione era fissato al 10-12-2008, quindi in data successiva alla comunicazione).

Dal verbale della Commissione di gara del 16-12-2008, risulta che l'esclusione è stata basata anche sulla autonoma valutazione della sussistenza del decreto penale di condanna del 2005, quale elemento ostativo alla partecipazione alla gara, ai sensi dell'art 38 del d.lgs. n° 163 del 2006, trattandosi di reato considerato incidente sulla moralità professionale. Tale valutazione non può ritenersi né operata in contrasto con la disposizione dell'art 38 né irragionevole, trattandosi di decreto penale per reato relativo alla violazione di norme sulla sicurezza dei lavoratori.

L'art. 38, comma 1, lett. c), d.lg. n. 163 del 2006, nel testo applicabile al momento dello svolgimento della gara, prevedeva alla lettera c) la esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi dei soggetti:

“ nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”.

La giurisprudenza ha interpretato la incidenza sulla moralità professionale, nel senso della rilevanza dell'interesse dell'Amministrazione a non contrarre

obbligazioni con soggetti che non garantiscano adeguata moralità professionale in relazione al tipo di contratto oggetto della gara.

Il requisito della moralità professionale richiesto per la partecipazione alle gare pubbliche di appalto è stato considerato mancante nell'ipotesi di commissione di un reato specifico connesso al tipo di attività che il soggetto deve svolgere (cfr Consiglio Stato , sez. V, 12 aprile 2007 , n. 1723, proprio rispetto alla condanna per violazione della normativa antinfortunistica in una gara di appalto di lavori).

Anche la nozione di gravità del reato deve essere valutata non in relazione alla considerazione penalistica del reato, ma all'interesse dell'Amministrazione al corretto adempimento delle obbligazioni oggetto del contratto.

Ne deriva che la gravità del reato, ai sensi dell'art 38, non è esclusa dalla lieve pena edittale prevista nella fattispecie penale o dalla natura contravvenzionale del reato.

La gravità del reato anche deve essere valutata in relazione alla incidenza del reato sulla moralità professionale; il contenuto del contratto oggetto della gara assume allora importanza fondamentale al fine di apprezzare il grado di "moralità professionale" del singolo concorrente. Di conseguenza, è irrilevante rispetto a tale valutazione della stazione appaltante la gravità del reato sanzionato in sede penale in relazione alla pena edittale o al fatto che si tratti di contravvenzioni (cfr Consiglio Stato , sez. VI, 04 giugno 2010 , n. 3560 rispetto alla condanna per violazione delle norme sulla disciplina igienica della produzione e della vendita di sostanze alimentari rispetto alla gara per un servizio di ristorazione).

Nel caso di specie, si deve, quindi, ritenere legittima la valutazione della stazione appaltante che ha escluso la impresa ricorrente da una gara di appalto di lavori di manutenzione stradale, in relazione ad un decreto penale per un reato relativo alla violazione di norme sulla sicurezza dei

lavoratori.

La norma dell'art 38 fa salva l'applicazione dell'art. 178 del codice penale.

La giurisprudenza, anche di questa sezione, ha, dunque, considerato rilevante, sotto tale profilo, la pronuncia di riabilitazione, per escludere che una pronuncia di condanna continui ad incidere sulla moralità professionale di una impresa (cfr Consiglio Stato , sez. V, 25 gennaio 2011 , n. 513; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 22 maggio 2009 , n. 5194).

Come è noto, l' orientamento giurisprudenziale ritiene, altresì, che la riabilitazione (o l'estinzione del reato per cui è stata applicata la pena su richiesta, per decorso del termine di legge) debba essere giudizialmente dichiarata, poiché il giudice dell'esecuzione è l'unico soggetto, al quale l'ordinamento conferisce la competenza a verificare che siano venuti in essere tutti i presupposti e sussistano tutte le condizioni per la relativa declaratoria (Consiglio Stato , sez. V, 20 ottobre 2010 , n. 7581).

Nel caso di specie, la riabilitazione risulta intervenuta solo in data 16-12-2008 (data di pubblicazione della sentenza di riabilitazione), successivamente al termine di scadenza della domanda di partecipazione alla gara (10-12-2008), momento nel quale dovevano essere posseduti i requisiti di partecipazione. Comunque, in sede di dichiarazioni rese nella domanda di partecipazione, neppure era stato fatto alcun riferimento alla pendenza del procedimento per la riabilitazione.

Ne deriva la legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara adottato dalla stazione appaltante.

Dalla infondatezza del ricorso deriva il rigetto della domanda di risarcimento danni.

Sotto tali profili l'impugnazione della esclusione è, quindi, infondata e deve essere respinta.

In considerazione della complessità della questione in fatto sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara irricevibile l'impugnazione proposta avverso l'annotazione del 26-11-2008;

dichiara inammissibile l'impugnazione avverso la comunicazione da parte della stazione appaltante all'Autorità di Vigilanza;

respinge l'impugnazione avverso l'esclusione dalla gara;

rigetta la domanda di risarcimento danni.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/09/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)