

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1164 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Società Italiana Costruzioni s.r.l. e 3N Impianti s.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Francesco Paolo Bello ed elettivamente domiciliate nello studio dell'avv. Giulio Calabrese in Milano, via Cappuccini, 6;

contro

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey, Sara Pagliosa, elettivamente domiciliato presso gli uffici della Civica avvocatura in in Milano, via Andreani 10;

Autorità per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Fornitura, con l'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata per legge nel suo ufficio di Milano via Freguglia, 1;

per l'annullamento

- della nota trasmessa a mezzo fax prot. PG 205204/2011 del 21.3.2011 del Comune di Milano Settore Gare e Contratti- Servizio Appalti a firma del responsabile del procedimento di gara ed avente ad oggetto "Appalti nn.108/2010 109/2010 110/2010 111/2010 112/2010 interventi di manutenzione straordinaria per la prevenzione incendi per la sicurezza 2^a fase 5 lotti con cui è stata comunicata al costituendo RTI (formato dalle imprese Società Italiana Costruzioni s.r.l. 3N Impianti s.r.l.) l'esclusione della predetta procedura di gara; di tutti gli atti connessi.
- della nota trasmessa a mezzo fax prot. PG412755/2011 del 1.6.2011 del Comune di Milano - Settore gare e Contratti Servizio Appalti avente ad oggetto "Appalti nn.108/2010-109/2010-110/2010 interventi di Manutenzione Straordinaria per la prevenzione incendi e per la sicurezza 2^a fase-5 lotti" con cui è stata comunicata al costituendo RTI (formato dalle imprese Società Italiana Costruzioni s.r.l -3N Impianti s.r.l.) la nuova esclusione dalla predetta procedura di gara;
- del provvedimento di esclusione ovvero del verbale della seduta di gara del 30.5.2011 h. 14,00; della nota prot. n.461400 del 16.6.2011 del Comune di Milano.

Nonché

Per la condanna al risarcimento del danno.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di Autorità per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Fornitura;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2011 il dott. Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato in data 28 dicembre 2010 il Comune di Milano indiceva una procedura aperta per l'aggiudicazione dei lavori di manutenzione straordinaria per la prevenzione incendi e sicurezza.

Alla gara partecipavano la Società Italiana Costruzioni S.r.l. e 3N Impianti s.r.l., costituite in RTI, le quali ne venivano, tuttavia, escluse in quanto in possesso di una certificazione SOA non aggiornata.

Avverso il provvedimento di esclusione le società proponevano ricorso innanzi a codesto Tribunale Amministrativo chiedendo la sospensione del provvedimento impugnato.

Con ordinanza in data 16 maggio 2011 il TAR Lombardia accoglieva l'istanza cautelare sospendendo l'efficacia del provvedimento impugnato. A giudizio del Collegio decidente la certificazione SOA allegata agli atti di gara dalla Società Italiana Costruzioni non poteva considerarsi scaduta atteso il positivo esito della visita ispettiva disposta per la sua conferma.

A seguito della predetta ordinanza il seggio di gara prendeva nuovamente in esame l'offerta presentata dal RTI ricorrente chiedendo allo stesso di presentare copia delle sentenze del Tribunale penale di Bari in data 4 giugno 2008 e del Tribunale penale di Venezia in data 10/7/2008 entrambe contenenti pronunce di condanna a carico dell'amministratore unico e direttore tecnico Sig. Clemente Giuseppe.

Nella seduta del 30 maggio 2011 la Commissione di gara annullava il proprio precedente provvedimento di esclusione, sospeso dal TAR, ma disponeva contestualmente una nuova esclusione ritenendo ostativa alla partecipazione alla gara "l'esistenza di due sentenze di condanna per reati incidenti sulla moralità professionale in ragione della attinenza tra la tipologia e la natura dei reati commessi dal legale rappresentate dell'impresa e le obbligazioni dedotte nel capitolato speciale d'appalto e gli interessi pubblici da tutelare".

Il predetto provvedimento è stato impugnato dall'interessata con ricorso con i seguenti

MOTIVI AGGIUNTI

1) Violazione dell'art. 46 del D.Lgs 163 del 2006; violazione dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere per illogicità manifesta, irragionevolezza, difetto di istruttoria, contraddittorietà manifesta.

Dopo aver pronunciato il primo provvedimento di esclusione, la stazione appaltante aveva oramai esaurito la fase preliminare dell'esame della ammissibilità delle offerte e non avrebbe, quindi, potuto procedere ad un nuovo esame della documentazione a tal fine presentata dalla Società Italiana Costruzioni per disporre una nuova esclusione basta su motivi diversi.

Irrituale è da considerarsi anche la richiesta di integrazione documentale inoltrata ad un concorrente che non era ancora stato riammesso alla gara.

2) Violazione dell'art. 38 del D.Lgs 163 del 2006; violazione dell'art. 38 comma 1 lett. c) del D.Lgs n. 163 del 2006; violazione dell'art. 3 della L. 241 del 1990; eccesso di potere per difetto di motivazione, carenza di istruttoria, errore sui presupposti di fatto, illogicità, contraddittorietà manifesta; violazione del principio del favor participationis.

L'Amministrazione ha ritenuto che le condanne penali per evasione fiscale e per lesioni gravi causate dalla inosservanza della disciplina anti-infortunistica sui luoghi di lavoro fossero tali da incidere sulla affidabilità dell'operatore economico anche in considerazione dell'attinenza della tipologia di condotta illecita sanzionata con l'adempimento delle obbligazioni contrattuali oggetto della gara.

Tuttavia, la valutazione in tal modo operata dall'Amministrazione comunale è del tutto insufficiente a dar conto del requisito della "gravità" dei reati che in base all'art. 38 del codice dei contratti pubblici deve sussistere affinché il partecipante possa essere escluso poiché priva di una concreta valutazione attinente l'elemento psicologico, il tempo trascorso dal reato, l'assenza di recidiva etc.

3) Violazione dell'art. 38, comma 1 lett. c), del D.Lgs 163 del 2006; eccesso di potere per erroneo presupposto di fatto, irragionevolezza, illogicità.

Si assume che non sussistono i requisiti previsti dalla norma. Infatti il reato di evasione fiscale che è stato oggetto della sentenza di condanna pronunciata dal Tribunale di Venezia risalente al 2005.

Il fatto che lesioni gravi siano state cagionate dalla inosservanza della normativa anti infortunistica non trova riscontro nella sentenza del Tribunale di Bari che, invece, ha concesso al Sig. Clemente le attenuanti generiche condannandolo, peraltro, ad una pena pecuniaria assai esigua.

Anche in tal caso, peraltro, l'Amministrazione non ha considerato il tempo trascorso dalla commissione del fatto.

Si è costituito il Comune di Milano per resistere al ricorso.

All'udienza del 13 ottobre 2011, sentiti gli avvocati delle parti come da separato verbale, relatore Dr. Raffaello Gisoni il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di dover prendere prioritariamente in considerazione le censure formulate con ricorso per motivi aggiunti atteso che la loro infondatezza determina, come meglio si dirà, l'improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse.

Con il primo motivo le ricorrenti eccepiscono che, esaurita con il primo atto di esclusione la fase preliminare dell'esame della ammissibilità delle offerte la stazione appaltante sarebbe stato precluso pronunciare un nuovo provvedimento di estromissione dalla gara.

La censura è priva di fondamento.

L'avvicinarsi delle diverse fasi della gara non produce, infatti, alcuna preclusione per la stazione appaltante che non perde il potere di riesaminare anche in un momento successivo a quello della verifica dei requisiti di partecipazione la documentazione allegata all'offerta per disporre l'esclusione di un'impresa concorrente che ne fosse priva.

La giurisprudenza amministrativa ammette addirittura che la p.a. possa intervenire in via di autotutela anche dopo la conclusione della gara annullando l'aggiudicazione; sicchè, a maggior ragione, l'esercizio del potere di verifica delle offerte non può essere in alcun modo impedito quando la gara è in corso e non si sono ancora formate posizioni consolidate in relazione al conseguimento della commessa.

Non costituisce, peraltro, motivo di illegittimità dell'operato del seggio di gara il fatto che la Commissione abbia richiesto all'ATI ricorrente un'integrazione documentale prima che essa fosse formalmente riammessa. Non si comprende, infatti, come l'esito dell'esame dei predetti documenti avrebbe potuto variare a seconda che essi fossero esaminati prima o dopo la formale riammissione alla gara della concorrente.

Sono altresì infondate la seconda e la terza censura formulate con il ricorso per motivi aggiunti.

E' vero, infatti, che in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale il meccanismo di esclusione scaturente dalla prima parte della lettera c) dell'art. 38 non può dirsi automatico. Esso, infatti, quando fa riferimento a sentenze di condanne o a provvedimenti giudiziari simili per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità, che incidono sulla moralità professionale del concorrente, fa carico alla stazione appaltante di valutare, attraverso la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, il tipo di condanna e la natura e delle concrete modalità di commissione del reato.

Tuttavia, nel caso di specie, la motivazione con cui la Commissione ha disposto l'esclusione della ricorrente, lungi dal fondarsi su formule stereotipe, rende esaustivamente conto delle ragioni per cui il seggio di gara ha ritenuto ostative le condanne riportate dal rappresentante legale della Società Italiana Costruzioni.

Il Seggio di gara ha, infatti, evidenziato che il reato di lesioni gravi causate ad un dipendente dalla mancata adozione delle misure prescritte dalla normativa antinfortunistica vale a minare l'affidabilità professionale dell'impresa in quanto si riferisce proprio alla specifica attività professionale di esecuzione di lavori edili che essa sarebbe stata chiamata a svolgere qualora si fosse aggiudicata l'appalto. Tale circostanza, unitamente al fatto che il medesimo rappresentante legale della Società Italiana Costruzioni sia stato altresì condannato per illeciti di natura fiscale, ha maturato nella stazione appaltante la legittima convinzione che l'impresa non possedesse i requisiti morali necessari per contrattare con una pubblica amministrazione.

Il predetto iter logico appare congruo ed adeguato e si sottrae alle ulteriori censure formulate dalla ricorrente in relazione alla non gravità degli illeciti commessi.

A tal fine occorre ricordare che l'art. 38 del D.Lgs 133 del 2006 è volto ad evitare che i contratti pubblici possano essere affidati a coloro che abbiano commesso reati lesivi degli interessi collettivi che, nella veste di aggiudicatari, sarebbero chiamati a tutelare; Il requisito della gravità dei reati commessi dal rappresentante legale dell'impresa concorrente deve essere, pertanto, apprezzato non

tanto in termini penalistici (tenendo conto del massimo o del minimo edittale o della pena in concreto irrogata) ma alla stregua del contenuto del contratto oggetto della gara (Consiglio Stato sez. VI., 04 giugno 2010 n. 3560; TAR Toscana, Sez. II, 31 agosto 2011 n. 1351).

Muovendo da tali premesse la giurisprudenza amministrativa (anche di questo Tribunale) ha più volte affermato che, nelle gare volte alla aggiudicazione di appalti di lavori, il requisito della gravità può essere riconosciuto tutte le volte in cui la fattispecie delittuosa sia consistita nella lesione della salute dei dipendenti da parte dell'impresa edile che non abbia apprestato tutti i mezzi e gli strumenti imposti dalla normativa volta a prevenire gli infortuni suoi luoghi di lavoro (Consiglio di Stato, sez. V, 12 aprile 2007 n. 1723; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I., 09 marzo 2011 n. 436; T.A.R. Milano, sez. I, 17 dicembre 2009 n. 5594). E ciò tenuto anche conto del fatto che è lo stesso legislatore a considerare la commissione di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro come causa ostativa alla partecipazione alle gare pubbliche (art. 39 comma 1 lett. e) del D.Lgs 163 del 2006).

Nel caso di specie, peraltro, alla condanna per lesioni colpose si aggiungeva anche quella per evasione fiscale che, ancorchè di per sé non decisiva ai fini dell'esclusione, valeva comunque ad appannare ulteriormente l'immagine morale e commerciale dell'impresa.

Privo di pregio è anche il rilievo secondo cui la stazione appaltante non avrebbe tenuto in considerazione il lungo tempo trascorso fra la commissione dei reati e la presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Invero, il lasso temporale che, eventualmente, deve essere valutato ai fini del giudizio sulla moralità dell'impresa partecipante alla gara è quello intercorso dalla condanna, che, nel caso di specie, non appare particolarmente lungo visto che entrambe le condanne prese in esame dalla Commissione di gara sono state pronunciate nel 2008.

Nessun rilievo, ai fini della decisione del presente ricorso, può, inoltre, avere il fatto che la Società Italiana Costruzioni abbia partecipato e vinto altre gare di appalto successivamente alle condanne sopra menzionate.

Infatti, la valutazione in ordine alla moralità professionale ha natura discrezionale e comporta apprezzamenti legati all'oggetto di ciascun appalto che possono variare da caso a caso; senza contare, poi, che i giudizi espressi in proposito da altre stazioni appaltanti non potevano certo ritenersi condizionanti o decisivi per il Comune di Milano.

La reiezione del ricorso per motivi aggiunti comporta l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse di quello principale in quanto la sussistenza di condanne ostative alla partecipazione alla gara comporterebbe l'esclusione della Impresa anche qualora il primo provvedimento di esclusione venisse annullato.

L'esito negativo delle domande di annullamento determina la consequenziale reiezione della domanda risarcitoria.

Le spese seguono la soccombenza come da dispositivo; nella relativa liquidazione il Collegio deve doverosamente tenere conto dell'attività difensiva espletata dalle parti resistenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione Terza di Milano, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso per motivi aggiunti e dichiara improcedibile quello principale.

Condanna le ricorrenti alla refusione delle spese di lite che liquida in Euro 2.000,00 oltre IVA e c.p.a. in favore del Comune di Milano e in € 200,00 oltre accessori di legge in favore della Autorità di vigilanza.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Referendario

Raffaello Gisondi, Referendario, Estensore

