

N. 09688/2011 REG.PROV.COLL.
N. 08090/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8090 del 2011, proposto da:

Ital Brokers S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Franco Mugnai e Raffaella Bonsangue, con gli stessi elettivamente domiciliata in Roma, via de' Cestari, 34;

contro

ISTAT - Istituto Nazionale di Statistica, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici, in Roma, via dei Portoghesi, 12, è per legge domiciliato;

nei confronti di

Viras International Insurance Brokers S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita;

per l'annullamento

della Deliberazione ISTAT n. 119/DGEN-DCAP del 27 luglio 2011, con cui è stata disposta l'esclusione del RTI Ital Brokers S.p.a. e GBS General Broker S.p.a. dalla procedura aperta nazionale per l'acquisizione del servizio

di consulenza e intermediazione assicurativa per una durata di 60 mesi, nonché per il risarcimento dei danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ISTAT - Istituto Nazionale di Statistica;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2011 il Cons. Maria Luisa De Leoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 24 settembre 2011 e depositato il successivo 7 ottobre, l'Ital Brokers S.p.a. impugna l'atto specificato in epigrafe, con cui è stata disposta l'esclusione del costituendo RTI tra Ital Brokers S.p.a. e GBS General Broker S.p.a. dalla procedura aperta nazionale per l'acquisizione del servizio di consulenza e intermediazione assicurativa per una durata di 60 mesi.

Riferisce in fatto che l'aggiudicazione, in un primo momento, interveniva in favore della Viras International Insurance Broker S.p.a., posto che l'aggiudicatario provvisorio RTI Marsch S.p.a. – Sapri Broker S.r.l. – Assigeco S.r.l. era stato escluso con deliberazione 28 luglio 2010.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva la ricorrente proponeva ricorso davanti al TAR del Lazio, che si concludeva con la sentenza n. 1922 del 2011 la quale disponeva l'annullamento dell'atto impugnato e l'inefficacia del contratto per la parte non ancora eseguita, accogliendo, contestualmente, la domanda risarcitoria. La predetta sentenza veniva, altresì, appellata sia dall'ISTAT sia dalla società Viras. Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 3650 del 2011 respingeva l'istanza cautelare non

ritenendo “di pervenire a conclusioni difformi dalla statuizione del giudice di primo grado”.

Nelle more, l'ISTAT provvedeva ad escludere anche Ital Brokers S.p.a. dalla gara in argomento in ragione della omessa dichiarazione della esistenza di una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti emessa dal GIP a carico di uno dei procuratori indicati dalla Società nelle autodichiarazioni sostitutive di atto notorio prodotte per la partecipazione alla gara, nonostante tale condanna sia relativa ad un reato di natura colposa, verificatosi nell'ambito della sfera privata del procuratore della Società, in nessun modo riconducibile alle ipotesi di reato di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006.

A sostegno delle proprie ragioni deduce i seguenti motivi:

1. Violazione di legge per mancata e falsa applicazione della lett. c), art. 38, d. lgs. n. 163 del 2006.

La vicenda penale riguardante il procuratore della Società ricorrente non è idonea a creare allarme sociale rispetto ad interessi di natura pubblicistica, come, peraltro, statuito dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (delibera n. 1 del 12.1.2010, paragrafo 5). Né il provvedimento di esclusione impugnato può basarsi sulla mera circostanza della omessa dichiarazione, poiché l'obbligo di dichiarare concerne esclusivamente le sentenze di condanna relative alle tipologie di reato che, come detto, possano creare allarme sociale rispetto agli interessi pubblici. Tutto al più, prosegue la ricorrente, potrebbe trattarsi del c.d. falso innocuo, posto che l'omissione in questione non avrebbe prodotto alcun pregiudizio agli interessi perseguiti dalla norma;

2. Eccesso di potere per carenza di motivazione, erronea valutazione dei fatti, falsità dei presupposti.

La ricorrente Società assume che presupposto necessario per l'applicazione della sanzione in argomento è che la Stazione appaltante abbia valutato il

reato nella sua gravità, non potendo l'Amministrazione, per la semplice omissione, ritenere violata la norma. Deve, invece, la Stazione appaltante, aver ritenuto che il reato influisca sull'affidabilità morale e professionale del contraente e sia idoneo ad incidere sul rapporto fiduciario con l'amministrazione. In sostanza, assume la ricorrente, il giudizio sul connotato della gravità di cui all'art. 38 impone una concreta valutazione da parte dell'Amministrazione procedente, che nella specie non vi è stato;

3. Eccesso di potere per violazione di legge; carenza di istruttoria.

L'Amministrazione non ha acquisito gli elementi di giudizio atti a fondare motivatamente l'eventuale provvedimento di esclusione, ma si è solo limitata ad accertare l'esistenza della pronuncia di condanna.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, conclude per l'infondatezza del ricorso.

Con ordinanza n. 3958 del 2011 è stata accolta la domanda incidentale di sospensione

All'Udienza del 5 dicembre 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Oggetto del presente gravame è il provvedimento con cui l'ISTAT, nel corso della procedura aperta nazionale per l'acquisizione del servizio di consulenza e intermediazione assicurativa per una durata di 60 mesi, ha disposto l'esclusione del costituendo RTI tra Ital Brokers S.p.a. e GBS General Broker S.p.a. in ragione della omessa dichiarazione della esistenza di una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, emessa dal GIP a carico di uno dei procuratori indicati dalla Società nelle autodichiarazioni sostitutive di atto notorio prodotte per la partecipazione alla gara, nonostante tale condanna sia relativa ad un reato di natura colposa, verificatosi nell'ambito della sfera privata del procuratore della Società, in nessun modo riconducibile alle ipotesi di reato di cui all'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Il ricorso merita accoglimento.

Il punto III.2.1 del bando di gara prevedeva i requisiti di partecipazione, richiesti a pena di esclusione, tra cui quelli relativi al comma 1, lett. c), dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006.

In particolare, il Disciplinare di gara, al punto “Condizioni per la partecipazione” specificava che i legali rappresentanti delle società concorrenti avrebbero dovuto, attraverso dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà resa con l'apposito modulo DICH, attestare il possesso dei requisiti di partecipazione di cui al punto III.2.1 del bando, specificando che ai sensi del comma 2 del predetto art. 38, i concorrenti “dovranno indicare, a pena di esclusione, le eventuali condanne subite comprese quelle soggette alla non menzione [...]”.

In punto di fatto emerge, dalla documentazione depositata e per quanto è di stretto interesse per la decisione della controversia, che:

a) il signor Piergiorgio Biscari (...) nella sua qualità di Procuratore speciale giusta procura Rep. N. 64579 della Società Ital Brokers S.p.a. ha dichiarato “che nei propri confronti, nei confronti degli amministratori muniti del potere di rappresentanza, degli altri procuratori e del soggetto cessato dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara non sussistono le cause di esclusione di cui all'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 s.m.i.”

b) dalle verifiche effettuate presso il Casellario Giudiziale è emersa l'esistenza di una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, ex art. 444 c.p.p. emessa dal GIP a carico di uno dei procuratori indicati dalla Società nelle autodichiarazioni sostitutive di atto notorio”

c) con l'atto impugnato, avendo rilevato la discrasia tra il contenuto della dichiarazione di cui sopra e quello dell'estratto del casellario giudiziale e considerato “che la mancata dichiarazione di aver riportato una condanna penale configura invece una distinta e autonoma violazione del dovere di

dichiarare l'inesistenza di situazioni ostative all'ammissione", ha ritenuto di escludere dalla gara in argomento il costituendo RTI tra Ital Brokers S.p.a. e GBS General Broker S.p.a..

In punto di fatto, va evidenziato che il rappresentante legale della Società ricorrente effettivamente ha omesso di dichiarare un precedente penale a proprio carico.

La difesa di parte ricorrente è fondata sull'assunto secondo cui la dichiarazione, per come espressa, sia comunque rispettosa della previsione normativa, atteso che l'art. 38 più volte citato, richiamando il concetto di "moralità professionale", nella realtà esige che la dichiarazione abbia ad oggetto solo i reati che su questa incidano, non potendo essere ricompreso in tale campo un reato di natura colposa, verificatosi nell'ambito della "più ristretta sfera privata del medesimo procuratore" e che comunque, la mancata indicazione di un precedente penale nella dichiarazione non può integrare ex se motivo di esclusione dalla gara, ma impone alla Stazione appaltante di passare ad una seconda fase della valutazione, avente ad oggetto la reale incidenza del tipo di condanna sui requisiti di partecipazione alla gara.

Secondo tale prospettazione, dunque, la corretta interpretazione dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici porterebbe a ritenere che la dichiarazione circa i precedenti penali sia necessaria solo con riferimento a quei reati che possano determinare una condizione di "immoralità professionale" rispetto al rappresentante legale/dichiarante della ditta concorrente.

Il Collegio, in proposito, si riporta a quei principi – anche comunitari - che ormai informano la procedura di scelta del contraente pubblico, secondo cui non è sufficiente ad integrare la fattispecie che porta alla non partecipazione alla gara della concorrente la sola mancata dichiarazione, essendo invece necessario indagare se il reato per il quale si è verificata la mancata dichiarazione incida effettivamente sul requisito di affidabilità

morale richiesto dal Codice per essere destinatari dell'affidamento di una commessa pubblica.

In altri termini, non basta, per applicare correttamente l'art. 38, comma 1, lett. c), del più volte citato decreto legislativo n. 163 del 2006, che sia commesso un qualunque reato, 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.

Invero, è stato affermato (TAR Lazio, sez. II, n. 3984 del 2009), che la stessa indeterminatezza del concetto di moralità professionale cui è legato l'effetto espulsivo comporta necessariamente l'esercizio, da parte dell'Amministrazione aggiudicante, di un potere discrezionale di valutazione dei reati ascritti agli interessati. Ciò tanto più se si considera che, nell'ipotesi di cui all'art. 444 c.p.p., l'applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. patteggiamento) non comporta necessariamente l'affermazione della responsabilità del reo.

Da ciò consegue, altresì, che non è sufficiente l'accertamento, in capo al soggetto interessato, di una condanna penale, giacché il dettato normativo è tutto volto a richiedere una concreta valutazione da parte dell'Amministrazione per la verifica - attraverso un apprezzamento discrezionale che deve essere adeguatamente motivato - dell'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario, da instaurare attraverso il contratto con l'Amministrazione stessa e senza che tale apprezzamento possa ritenersi compiuto, per implicito, attraverso la semplice enunciazione delle fattispecie di reato alle quali si riferisce la condanna.

E ciò, a maggior ragione, in un caso, come è quello che è ad oggetto della presente controversia, in cui il (solo) precedente penale riferito al Procuratore speciale della ditta concorrente sia limitato ad una sentenza ex

art. 444 c.p.p. per omicidio colposo determinatosi in occasione di un incidente stradale e, quindi, per violazione di norme del Codice della strada; un reato, dunque, che non appare incidente sulla moralità professionale.

Una indagine in tal senso è del tutto carente nella fattispecie, essendosi limitata la Stazione appaltante a disporre l'esclusione della ricorrente per la sola omissione nella dichiarazione ex d.P.R. n. 445 del 2000.

A maggior conforto della necessità di operare una valutazione sostanziale della omissione in argomento giova richiamare la giurisprudenza più recente (Cons. Stato, Sez. V, 22.2.2010, n. 1017), che ha evidenziato come la disciplina in tema di allegazione dei requisiti di ordine generale ai fini della partecipazione alle pubbliche gare risponde alla esigenza di coniugare due esigenze contrapposte. Infatti, da un lato vi è l'esigenza di garantire certezza dei rapporti giuridici nell'ambito di procedure che devono essere improntate alla celerità e nel cui ambito il rispetto dei requisiti formali risponde a precise garanzie per i partecipanti; dall'altro, la necessità di assicurare che le ipotesi di esclusione siano ispirate al canone della tassatività e che le relative previsioni rispondano ad effettive esigenze di interesse pubblico, a fronte di inequivoche previsioni normative.

L'esame comparativo dell'art. 38, co. 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, che ricollega l'esclusione dalle gare al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti ivi indicati, con il comma 2 del medesimo articolo, che indica le modalità della dichiarazione sostitutiva per attestare il possesso dei requisiti di partecipazione in capo a ciascun candidato e che pur precisando che devono essere indicate "tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione", tuttavia non fornisce argomenti volti ad affermare l'esclusione nelle ipotesi di mancata o non perspicua dichiarazione, conducono a ritenere che oggetto della sanzione sia unicamente la condanna per reati idonei, funzionalmente, ad influenzare il rapporto fiduciario che va ad instaurarsi con la Stazione

appaltante.

A conferma di ciò è utile osservare che il comma 2 dell'art. 38, anche nella nuova formulazione, non può essere disgiunto dal contenuto del comma 1, nel senso che nel richiedere la denuncia di tutte le condanne riportate non può non riferirsi alle condanne indicate nel comma 1, sicché le eventuali condanne devono logicamente connettersi ai reati gravi in danno dello Stato o della Comunità di cui al comma 1, lett. c), che incidono sulla moralità professionale e, quindi, sul rapporto fiduciario che deve instaurarsi con la Stazione appaltante.

Una lettura diversa comporterebbe, come nella specie, l'esclusione dalla gara del concorrente che abbia ommesso di dichiarare una condanna per reati che nulla hanno a che fare con la moralità professionale. Quando, cioè, il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la condanna omessa nella dichiarazione sia palesemente per reati, ancorché caratterizzati da gravità, ma non incidenti sull'affidamento professionale del concorrente, l'omissione o l'incompletezza in ordine a dette condanne non può pregiudicare gli interessi tutelati dalle norme, ricorrendo una ipotesi di mero formalismo, che, come tale, deve ritenersi insuscettibile a fondare l'esclusione.

Come già osservato dal Giudice di appello in una vicenda sotto molteplici profili assimilabile a quella per cui è causa (Cons. Stato, sez. VI, 22.2.2010, n. 1017), in coerenza con la ratio che anima la disciplina in subjecta materia, è oggetto di sanzione unicamente il mendacio idoneo, in chiave funzionale, ad influenzare il dipanarsi della procedura competitiva, ragione per cui deve escludersi che possa assumere rilevanza, in chiave ostativa, il falso omissivo relativo all'esplicitazione di soggetti titolari di cariche rilevanti ma non gravati da alcun precedente penale incidente sulla moralità professionale.

Aggiunge il Giudice di appello che le conclusioni in questione restano

confermate anche laddove si riguardi la questione dall'angolo visuale della complessiva ratio ispiratrice della disciplina in tema di autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di partecipazione (ossia in base alle esigenze ordinamentali di tutela sottese ad una previsione complessivamente volta alla salvaguardia della par condicio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, oltre che a garantire l'interesse pubblico alla migliore qualificazione dei soggetti partecipanti alle pubbliche gare).

Ed infatti, laddove la vicenda di causa fosse stata riguardata attraverso il suddetto approccio si dovrebbe rilevare l'indubbia carenza di un qualunque vantaggio competitivo in capo alla concorrente che aveva reso la dichiarazione non corretta e, correlativamente, l'assenza di un qualunque svantaggio nei confronti degli altri partecipanti alla medesima gara (arg. ex Cons. Stato, Sez. VI, sent. 1414/09).

Si osserva, ancora, che un rilevante argomento in favore della tesi qui condivisa viene fornito dal diritto comunitario, e segnatamente dalla previsione di cui all'art. 45 della direttiva 2004/18/CE in tema di appalti nei c.d. 'settori classici'.

Secondo la disposizione da ultimo richiamata, infatti, il rimedio dell'esclusione dalla gara è offerto solo in danno dei soggetti i quali si siano resi "gravemente colpevoli di false dichiarazioni nel fornire le informazioni" rilevanti ai fini della partecipazione alla gara.

Il che, com'è evidente, depone univocamente nel senso che la condotta gravemente colpevole di false dichiarazioni possa essere ravvisata solo a fronte di comportamenti posti in essere al fine di ottenere un vantaggio in termini competitivi, e non anche in caso di condotte verosimilmente poste in essere (come nel caso di specie) per mera dimenticanza o disattenzione o per inesatta interpretazione della disposizione, le quali nulla abbiano arrecato in termini di vantaggio al soggetto agente, il quale risultava in

possesso dei necessari requisiti di partecipazione, pure a prescindere dal contenuto (in ipotesi, non conforme alla realtà sottostante) delle dichiarazioni in concreto rese.

In ragione di quanto sopra debbono ritenersi fondate le censure siccome dedotte dalla Società ricorrente con conseguente accoglimento al ricorso.

Quanto alla domanda risarcitoria, genericamente formulata dalla parte ricorrente nell'atto introduttivo del presente giudizio essa va respinta, in quanto, per costante orientamento giurisprudenziale, è inaccoglibile la domanda di risarcimento dei danni in carenza di prova sull'esistenza e sull'entità del pregiudizio patrimoniale dedotto (cfr., tra le tante e da ultimo, T.A.R. Lazio, Sez. I, 5 novembre 2008 n. 9624).

Per la particolarità della controversia si stima che sussistano giusti motivi per disporre la compensazione integrale delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/12/2011

IL SEGRETARIO

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