

N. 00362/2013 REG.PROV.COLL.  
N. 01534/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1534 del 2012, proposto dalla società Corpo Vigili Giurati s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Calugi, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Gino Capponi 26;

*contro*

società Valdarno s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Pignatelli, con domicilio eletto presso l'avv. Ettore Nesi in Firenze, via Puccinotti 30;

*nei confronti di*

società Corpo Guardie di Città s.r.l., non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

- della decisione, adottata dalla Commissione giudicatrice nella seduta dell'8.08.2012, di escludere la società ricorrente dalla procedura per l'affidamento del "*servizio di videosorveglianza, portierato e pronto intervento su allarme o su chiamata presso il Centro Servizi Enrico Fermi*", avviata dalla società Valdarno s.r.l. con lettera l'invito prot. n. 2513 del 18.07.2012;
- di ogni altro atto o provvedimento ad essa presupposto, consequenziale o

comunque connesso, e, in particolare, dell'atto prot. n. 2576 del 9.08.2012, pervenuto alla ricorrente in pari data, con cui Valdarno s.r.l. ha comunicato alla ricorrente la sopraindicata decisione della Commissione giudicatrice;

- della nota prot. n. 2642 del 12.09.2012, pervenuta alla ricorrente il 13 settembre successivo, con cui Valdarno s.r.l. ha comunicato l'avvenuto affidamento in via definitiva del servizio oggetto della procedura a Corpo Guardie di Città s.r.l. per l'importo complessivo di 135.000,00 (IVA esclusa);

nonchè della determinazione del 10.09.2012, con cui è stato disposto l'affidamento definitivo impugnato;

- del contratto eventualmente stipulato tra Valdarno s.r.l. e l'aggiudicataria; e per il conseguimento dell'aggiudicazione e della stipulazione del contratto di affidamento del servizio oggetto del procedimento sopra indicato, previa occorrendo dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con altra impresa, ovvero, in subordine, per la condanna di Valdarno s.r.l. al risarcimento dei danni causati alla ricorrente con gli atti sopra indicati e con il proprio comportamento nell'ambito del procedimento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Valdarno s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 febbraio 2013 il dott. Carlo Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1) Con lettera di invito prot. n. 2513 del 18/7/2012 la società Valdarno s.r.l. (costituita dal Comune di Pisa e da tre aziende di servizio pubblico locale) ha indetto, ai sensi dell'art. 125 comma 11 del codice dei contratti

pubblici, una consultazione degli operatori economici diretta all'affidamento del servizio di videosorveglianza, portierato e pronto intervento su allarme o su chiamata presso il Centro servizi "Enrico Fermi" di Pisa (importo a base della procedura: € 150.000,00 IVA esclusa; durata del servizio: 12 mesi; criterio di aggiudicazione: all'offerta economicamente più vantaggiosa con l'attribuzione di max 60 punti all'offerta tecnica e di max 40 punti all'offerta economica).

La società Corpo vigili giurati s.p.a. ha presentato la propria offerta, ma è stata esclusa dalla procedura in relazione alle condanne penali risultanti a carico dell'Amministratore delegato, che la Commissione giudicatrice ha ritenuto incidenti sulla moralità professionale del soggetto.

La procedura è quindi proseguita nei confronti dell'unico concorrente ammesso (dei tre che avevano presentato offerta), che è risultato aggiudicatario con 91,5 punti su 100 (51,5 per l'offerta tecnica e 40 per l'offerta economica).

Contro tale esito la società Corpo vigili giurati s.p.a. ha proposto il ricorso in epigrafe, formulando censure di violazione di legge ed eccesso di potere. Si è costituita in giudizio la società Valdarno s.r.l., che ha chiesto la reiezione del gravame perché infondato.

Entrambe le parti hanno depositato memorie e repliche in vista dell'udienza del 6 febbraio 2013, in cui la causa è passata in decisione.

2) Il casellario giudiziale dell'Amministratore delegato della società ricorrente, prodotto in sede di gara, riporta le seguenti risultanze penali a carico del predetto:

- 19/11/2001 sentenza ex art. 444 c.p.p. del GIP del Tribunale di Firenze per due reati di "*emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti Art. 8 comma 1 D.L.vo 10/03/2000 n. 74*": ritenuta la continuazione, reclusione mesi 3 sostituita con la multa di lire 6.750.000 (pari a euro 3486,08);

- 16/3/2006 decreto penale del GIP del Tribunale di Pisa per violazione art. 134 TULPS: ammenda di euro 68,00.

La Commissione giudicatrice, esaminata tale documentazione nella prima seduta del 6/8/2012, ha disposto di chiedere alla concorrente chiarimenti *"in ordine al certificato di riabilitazione penale"* dell'Amministratore delegato; in tal senso la stazione appaltante, con nota trasmessa via PEC in pari data alle ore 16.08, ha chiesto alla predetta società di produrre il certificato in questione entro e non oltre le ore 15.00 del giorno successivo. Con messaggio PEC del 7/8/2012, ore 13.11, la società ha risposto *"di non essere in grado di poter inviare tale documento in quanto l'Amministratore è assente per ferie"*.

Nella seconda seduta dell'8/8/2012 la Commissione ha ritenuto di non poter ammettere l'offerta della società Corpo vigili giurati s.p.a. per le seguenti ragioni: *"trattasi di violazioni relative a reati ai danni dello Stato che appaiono... gravi sia sotto il punto di vista del reato in sè (emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti ed esercizio di attività senza autorizzazione prefettizia) sia sotto il profilo dell'appalto da affidare (servizio di videosorveglianza, portierato e pronto intervento su allarme o chiamata) in quanto direttamente collegati alla moralità professionale del soggetto"*.

3) La stazione appaltante ha ritenuto che i pregiudizi penali rilevati nel caso in esame fossero ostativi alla partecipazione alla procedura di cui si controverte in relazione al disposto dell'art. 38 comma 1 lett. c) del codice dei contratti pubblici, che fa riferimento a *"reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale"*.

La giurisprudenza formatasi in materia afferma che due sono le condizioni perché alla condanna (o alle condanne) consegua l'esclusione dalle gare: la gravità del reato e il riflesso dello stesso sulla moralità professionale (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 7 maggio 2012 n. 2611; TAR Toscana, sez. II, 31 agosto 2011 n. 1351). La mera sussistenza di reati astrattamente

incidenti sulla moralità professionale non basta però per integrare la causa di esclusione di cui alla disposizione citata; occorre invece una concreta valutazione da parte della stazione appaltante in ordine alla gravità dei reati in questione (cfr. TAR Valle d'Aosta 20 giugno 2012 n. 59; TAR L'Aquila 20 marzo 2012 n. 173). Ad elementi concreti di valutazione fanno riferimento sia la citata sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 2611/2012 (con richiamo al rilievo economico della vicenda, al breve tempo trascorso dalla commissione del fatto-reato e dalla condanna, alla mancata dissociazione della società dalla condotta penalmente rilevante del suo rappresentante); sia la sentenza di questo TAR n. 1351/2011 (in cui si evidenzia l'estraneità della società concorrente rispetto all'attività penalmente sanzionata posta in essere a titolo personale dal suo rappresentante); sia, ancora, la Sezione VI del Consiglio di Stato, che nella sentenza 14 luglio 2011 n. 4277 sottolinea il rilievo decisivo degli importi - in quel caso particolarmente consistenti - oggetto di infedeli dichiarazioni di imposta.

Nella vicenda qui in esame, come censurato nel ricorso, una simile, concreta valutazione della gravità dei reati risultanti a carico del soggetto interessato non è stata compiuta. La Commissione giudicatrice si è limitata ad affermare la gravità in astratto dei reati per cui l'Amministratore delegato della società ricorrente era stato condannato, valutandoli anche in rapporto all'oggetto dell'appalto da affidare; ma non ha affatto approfondito la loro gravità in concreto. Eppure dal casellario giudiziale emerge con immediatezza:

a) che la condanna (patteggiata) per "*emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*" risale al 2001, cioè ad oltre 10 anni prima rispetto allo svolgimento della procedura di gara (e per fatti evidentemente ancora più risalenti); e che la reclusione inflitta (di entità ridotta: tre mesi) è stata sostituita da una multa di importo assai limitato; il che evidenzia la non

particolare gravità, in concreto, del reato in questione;

b) che l'ammenda inflitta per violazione dell'art. 134 TULPS è di importo addirittura risibile: 68,00 euro.

Non si intende negare la gravità, in astratto, della fattispecie penale di cui sub a), soprattutto in rapporto all'attività contrattuale della pubblica amministrazione; si vuole però evidenziare che le circostanze di fatto, immediatamente apprezzabili, riguardanti la sentenza pronunciata nel 2001 depotenziavano drasticamente la gravità, in concreto, del fatto-reato addebitato all'Amministratore delegato della società ricorrente; e se a ciò si aggiunge l'ulteriore circostanza che il reato di cui sub b) è stato erroneamente qualificato dalla Commissione giudicatrice come "*esercizio di attività senza autorizzazione prefettizia*", quando invece riguardava solo l'aver applicato tariffe inferiori a quelle previste nel tariffario di legalità, ne discende che l'astratta gravità del primo reato sanzionato non poteva bastare per legittimare l'esclusione della ricorrente dalla procedura concorsuale: esclusione che risulta dunque illegittima, non ravvisandosi gli estremi per ritenere sussistente la causa ostativa alla partecipazione di cui al citato art. 38 comma 1 lett. c).

Ulteriori elementi emersi nel corso del presente giudizio avvalorano la conclusione raggiunta: la sentenza del 2001 fa riferimento a fatti del 1994 e del 1996 in cui la società ricorrente non era coinvolta; lo stesso vale per la violazione dell'art. 134 TULPS, risalente al 2004 e relativa ad una condotta non più penalmente rilevante posto che, dopo la sentenza della Corte di Giustizia CE del 13 dicembre 2007 in causa C-465/05, deve escludersi che il prefetto abbia il potere di fissare, in via preventiva e con carattere di generalità, tariffe minime per i servizi di vigilanza (cfr. TAR Toscana, sez. II, 8 febbraio 2012 n. 300).

Non può essere imputata solo alla stazione appaltante la mancata acquisizione di tutti gli elementi utili per una completa valutazione della

vicenda, posto che la concorrente avrebbe potuto da subito fornire documentazione integrale, che consentisse di inquadrare compiutamente la situazione. Una corresponsabilità in tal senso è evidenziata anche dal carteggio intercorso tra le parti il 6-7 agosto 2012 con cui, da un lato, la stazione appaltante ha chiesto alla società ricorrente la produzione del certificato di riabilitazione dell'Amministratore delegato (a significare che solo tale documento avrebbe potuto superare un giudizio di inaffidabilità già implicitamente formulato); dall'altro, la società ha fornito una risposta il cui contenuto escludeva la possibilità di offrire comunque un significativo apporto partecipativo.

In ogni caso, anche a prescindere dagli elementi emersi solo in questa sede, resta il fatto che la stazione appaltante non ha correttamente esercitato il suo potere-dovere di valutare i dati in suo possesso ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. c) del codice dei contratti pubblici (fermo restando che risulta estranea alla vicenda in esame la fattispecie di cui alla lett. g), richiamata dalla parte resistente solo nelle sue difese in giudizio). L'esclusione dalla procedura della società ricorrente risulta dunque illegittimamente disposta; il ricorso va perciò accolto per quanto riguarda l'azione impugnatoria e vanno conseguentemente annullati sia il provvedimento di esclusione della società ricorrente, sia quello successivo di affidamento in via definitiva del servizio oggetto della procedura alla società controinteressata.

4) Vanno ora valutate le ulteriori domande proposte nel ricorso, con cui si chiede, in primo luogo, che sia dichiarata, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., l'inefficacia del contratto nel frattempo stipulato (in data 19/10/2012) tra la stazione appaltante e la società Corpo guardie di città s.r.l., con conseguente aggiudicazione dello stesso all'odierna ricorrente.

Occorre in proposito evidenziare innanzitutto che la circostanza che la ricorrente abbia chiesto l'aggiudicazione e non anche la ripetizione della

valutazione non è di per sè ostativa all'accoglimento della domanda in esame, in base al principio che il più contiene il meno; l'eccezione formulata in proposito dalla difesa della stazione appaltante va dunque respinta.

L'art. 122 c.p.a. dispone: "*...il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta*". Parte della giurisprudenza esclude che possa essere dichiarata l'inefficacia del contratto già stipulato quando il vizio riscontrato comporti la necessità di rinnovare integralmente la gara (cfr. CGARS 18 settembre 2012 n. 781); altra parte della giurisprudenza ritiene invece che l'annullamento dell'intera gara, determinando la necessità di rinnovare la procedura, comporti come corollario la declaratoria di inefficacia del contratto, senza che occorra la previa valutazione ex art. 122 (cfr. TAR Latina 7 giugno 2012 n. 448, che fa espresso richiamo alla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 28 luglio 2011 n. 13). Nel caso in esame l'annullamento degli atti impugnati non comporta l'integrale rinnovazione della gara, dovendosi applicare il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria nella sentenza 26 luglio 2012 n. 30 secondo cui "*anche nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in presenza del giudicato di annullamento dell'esclusione stessa sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura*". La stazione appaltante deve dunque procedere a riconvocare la Commissione giudicatrice per la valutazione dell'offerta della società ricorrente in base ai criteri stabiliti nella lettera di invito e già applicati in sede di valutazione dell'offerta della società controinteressata.



Correlativamente va dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato il 19/10/2012 tra la società Valdarno s.r.l. e l'impresa Corpo guardie di città s.r.l., con decorrenza dal quarantacinquesimo giorno successivo alla pubblicazione della presente sentenza (per dar tempo alla stazione appaltante di procedere alla riapertura della procedura concorsuale e di adottare le conseguenti determinazioni).

5) Le spese seguono la soccombenza e sono poste a carico della società Valdarno s.r.l., nella misura liquidata nel dispositivo; con compensazione nei rapporti tra la società ricorrente e la società controinteressata (neppure costituitasi in giudizio).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe nei sensi e per gli effetti precisati in motivazione.

Condanna la società Valdarno s.r.l. al pagamento, in favore della ricorrente società Corpo Vigili Giurati s.p.a., delle spese del giudizio nella misura di 3.000,00 (tremila/00) oltre agli accessori di legge; compensa le spese nei rapporti tra la società ricorrente e la controinteressata società Corpo Guardie di Città s.r.l.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2013

IL SEGRETARIO

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