

N. 05122/2013REG.PROV.COLL.
N. 08975/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8975 del 2012, proposto da:

Cite - Consorzio Stabile Interprovinciale Trasporti Ecoambientali Società Consortile A Rl, rappresentato e difeso dagli avv. Ernesto Sticchi Damiani, Giuseppe Ceceri e Antonio Nardone, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in Roma, V. Bocca di Leone 78(St. Bdl);

contro

Comune di Casalnuovo di Napoli, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio D'Urso, con domicilio eletto presso Ugo Caminiti in Roma, via Ottorino Lazzarini 19; Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ; Provveditorato Interregionale. OO.PP. Campania-Molise, rappresentati e difesi per legge dall'avv. Giacomo Aiello, e domiciliati in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Ecologia Falzarano S.R.L., rappresentata e difesa dall'avv. Valerio Di Stasio, con domicilio eletto presso Valerio Di Stasio in Roma, via Federico Rosazza 52;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 04323/2012, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di raccolta differenziata

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Casalnuovo di Napoli , del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Provveditorato Interregionale. OO.PP. Campania-Molise e della Ecologia Falzarano S.R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2013 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Ceceri (p), D'Urso (p), D'Urso per delega di Di Stasio (p), Fedeli (p), Sticchi Damiani Ernesto (D);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Campania – Molise, in qualità di stazione unica appaltante delegata dal Comune di Casalnuovo di Napoli, bandiva nel 2012 una procedura aperta da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento, per la durata di sette anni, del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti e l'igiene urbana da espletare nel Comune di Casalnuovo stesso.

Tale procedura veniva indetta dopo che una prima procedura di gara, esperita per l'affidamento del medesimo servizio, era andata deserta per carenza di offerte validamente formulate.

In particolare, per quanto interessa in questa sede, il bando di gara prevedeva che nella busta contenente la documentazione amministrativa dovesse essere inserita, a pena d'esclusione, una dichiarazione sostitutiva

resa ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 “con la quale il concorrente o suo procuratore (...) attesta (...) l’inesistenza a proprio carico di sentenze di condanna passate in giudicato, o di decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure di sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell’art. 444 del codice di procedura penale, per i reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”.

A tale procedura di gara partecipava, tra gli altri operatori economici, il C.I.T.E. Consorzio Stabile Interprovinciale Trasporti Ecoambientali Società Consortile a r.l. (di seguito C.I.T.E.), odierno ricorrente, il quale veniva però escluso per mancanza del richiamato requisito di moralità professionale ex art. 38 del codice dei contratti pubblici.

In particolare, la stazione appaltante escludeva C.I.T.E. in quanto il suo direttore tecnico sarebbe risultato privo del requisito di moralità professionale perché condannato nel 2003 per il reato di gestione illecita dei rifiuti derivanti dalla tritovagliatura, classificati invece come rifiuti biodegradabili di cucine e mense (con il codice CER 200108).

Sennonché anche tale procedura di gara andava deserta, per cui il Provveditorato bandiva una procedura negoziata , alla quale veniva invitato e poi escluso per gli stessi motivi C.I.T.E..

Avverso le due esclusioni, oltre che avverso il provvedimento di affidamento del servizio nelle more intervenuto, C.I.T.E. proponeva ricorso al TAR Campania che, con sentenza n. 4232 del 2012, lo respingeva.

Avverso detta sentenza C.I.T.E. ha quindi interposto l’odierno appello, chiedendone la riforma.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Casalnuovo di Napoli , il Provveditorato Interregionale opere pubbliche Campania – Molise ed il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, chiedendo il rigetto dell’appello siccome infondato.

Con successive memorie nei termini le parti hanno insistito nelle rispettive

tesi giuridiche.

Alla pubblica udienza del giorno 18 giugno 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con l'unico ancorché articolato mezzo di gravame l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza laddove, nonostante l'esplicita doglianza sviluppata in prime cure, non ha censurato le determinazioni assunte dalla stazione appaltante, siccome affette da evidente difetto di motivazione.

Assume, al riguardo, che il potere di valutazione della P.A. in relazione alle cause di esclusione individuate dall'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, *“può esercitarsi sulla base dell'esistenza di due concorrenti presupposti, la gravità del reato e la sua incidenza sulla moralità professionale”*.

Per cui *” l'assenza di uno dei due presupposti rende.....irrilevante l'eventuale sussistenza dell'altro e, al contempo, ognuno di essi richiede, ai fini dell'esclusione dell'impresauna specifica valutazione e motivazione da parte della stazione appaltante”*, con la conseguenza che *“l'omissione di qualsiasi processo valutativo e motivazionale, anche su di uno solo dei citati presupposti, rende di per sé illegittimo il provvedimento di esclusione”*

Rileva, quindi, come la Commissione di gara nell'escludere C.I.T.E. per mancanza del requisito di moralità ex art. 38 in capo al suo direttore tecnico, non abbia operato una autonoma, specifica ed adeguata valutazione discrezionale, ma si sia limitata ad aderire acriticamente alle considerazioni espresse sulla questione dall'Avvocatura di Stato in un parere che *“sbrigativamente pretende di far refluire nel relativo cono applicativo la fattispecie in esame in ragione semplicemente della tipologia di reato, cioè della sua inerenza all'oggetto dell'appalto nonché della recidiva, senza affatto considerare altri elementi e circostanze emergenti ex actis (la riconosciuta tenuità del fatto, la incensuratezza del...nello specifico settore di attività, la risalenza temporale del fatto, ecc.) e trascurando perfino di approfondire la portata di taluni dati (come, per es. , la natura*

ultraquinquennale della recidiva e la sua qualificazione come recidiva semplice).

2. La doglianza è da condividere.

2.1. Ed invero, come correttamente rilevato dall'appellante, l'art. 38 comma 1 lett. c) del Codice dei contratti pubblici impone alla stazione appaltante di eseguire una specifica valutazione del precedente penale oggetto di dichiarazione, in relazione alla sussistenza di due autonomi e concorrenti elementi: la *gravità* del reato e la sua *incidenza* sulla moralità professionale.

L'assenza di uno dei due suddetti elementi, quindi, rende privo di effetto per i fini considerati l'eventuale sussistenza dell'altro e, al contempo, ognuno di essi necessita, ai fini dell'esclusione dell'impresa dalla gara, di una puntuale ed adeguata valutazione da parte della stazione appaltante.

In altri termini, la sola *gravità* non è di per sé sufficiente ad integrare la causa di esclusione prevista dal richiamato art.38 del Codice, laddove il reato commesso sia insuscettibile di incidere sulla moralità professionale del concorrente e, di converso, l'astratta *incidenza* sulla moralità professionale non integra la suddetta causa, quando il reato medesimo non risponda al requisito della oggettiva gravità.

E non v'è dubbio, peraltro, che l'amministrazione nel valutare tali elementi, pur non potendo prescindere dalla vincolatività della sentenza quanto ai fatti accertati dal giudice penale, debba comunque acclarare in via autonoma la sussistenza della *gravità* e della *incidenza* del reato commesso, tenendo conto anche degli spazi non coperti dal giudicato che pure emergano in maniera obiettiva ed inequivoca.

Il giudice penale, invero, accerta i fatti per sussumerli in una fattispecie astratta di reato ai fini dell'applicazione della pena, mentre la stazione appaltante deve valutare il precedente penale ai fini di salvaguardare l'esigenza di non avere rapporti contrattuali con appaltatori inaffidabili, che non garantiscano, cioè, una adeguata moralità professionale.

2.2. Tanto premesso in via generale, osserva il Collegio come nella specie

l'amministrazione, nell'escludere C.I.T.E dalla gara, abbia omesso di effettuare in modo autonomo ed esaustivo quella specifica e circostanziata valutazione in ordine alla sussistenza della *gravità* e della *incidenza* del reato commesso dal direttore tecnico, nei sensi sopra precisati.

Per un verso, infatti, la Commissione di gara, pur asserendo di aver effettuato una "*attenta*" lettura di tutta la documentazione rilevante per i fini considerati, si è poi limitata ad aderire in modo sostanzialmente acritico alle considerazioni contenute nel parere reso sulla questione dall'Avvocatura dello Stato, senza esprimere al riguardo alcuna autonoma e specifica valutazione.

Per altro verso, poi, l'anzidetto parere non risulta di per sé oggettivamente esaustivo, atteso che sussume la fattispecie in esame nell'ambito di applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice dei contratti pubblici in ragione della semplice *inerenza* del reato all'oggetto dell'appalto, nonché della *recidiva*, senza compiere una puntuale ed esaustiva valutazione in ordine alla effettiva *gravità* del reato stesso ed alla sua reale *incidenza* sulla moralità professionale dell'odierno ricorrente, e senza considerare altri necessari elementi e circostanze come la riconosciuta tenuità del fatto, la incesuratezza del condannato in tale settore, nonché la risalenza temporale del fatto.

La semplice *inerenza*, invero, è un dato astratto che nasce dal raffronto tra titolo del reato ed oggetto dell'appalto, mentre *l'incidenza* è un dato concreto che esplicita se ed in quale misura l'attività sanzionata incida effettivamente sulla moralità professionale del condannato.

Così *l'inerenza* del reato rispetto all'oggetto dell'appalto, se è il presupposto necessario della *incidenza* del reato stesso sulla moralità professionale del condannato, certamente non la esaurisce né con questa si identifica.

In altri termini, *l'inerenza* non è di per sé elemento sufficiente per poter oggettivamente ritenere che il reato commesso sia *incidente* sulla moralità

professionale, né tanto meno di effettiva *gravità*.

Il richiamo alla *recidiva*, poi, non è del pari dirimente.

In primo luogo, infatti, la stessa ha influito in modo del tutto marginale sull'entità della pena irrogata, comportando un aumento di quest'ultima di appena euro 100,00 a fronte di una pena base pari ad euro 2.900,00.

In secondo luogo, il giudizio di gravità del reato non può essere ricostruito, nella specie, sulla base dell'applicazione dell'aumento di pena conseguente all'applicazione della *recidiva*.

Quest'ultima, infatti, è per un verso ultraquinquennale e per altro verso semplice e generica, riguardando un reato (violazione delle norme sulla edificabilità dei suoli) avente natura completamente diversa da quella propria del reato di gestione non autorizzata di rifiuti e, quindi, del tutto irrilevante ai fini della valutazione circa la gravità di tale ultima fattispecie penale.

L'istituto della *recidiva*, infine, nella formulazione introdotta dalla legge n. 251 del 2005 (c.d. legge Cirielli) è applicabile esclusivamente ai delitti non colposi e non alle contravvenzioni: nel caso di specie si tratta, giustappunto, di contravvenzione per cui l'amministrazione, indipendentemente dalla applicazione fattane dal giudice penale, doveva autonomamente valutare, in sede amministrativa, la possibile inoperatività della richiamata *recidiva* rispetto alla fattispecie di reato in esame.

Nell'escludere C.I.T.E dalla gara, pertanto, l'amministrazione ha omesso di effettuare in modo autonomo ed esaustivo quella specifica e circostanziata valutazione in ordine alla sussistenza della *gravità* e della *incidenza* del reato commesso dal direttore tecnico, così per come viceversa imposto dal richiamato art 38 del Codice dei contratti pubblici.

Né, del resto, può ritenersi che gli anzidetti elementi (*gravità* e *incidenza*) siano direttamente desumibili in modo oggettivo dallo stesso precedente penale in sé considerato, senza bisogno quindi di specifiche ed autonome

valutazioni al riguardo.

Nella specie infatti :

- si tratta di un reato contravvenzionale e non di un delitto ;
- si tratta di un comportamento connotato da un ridotto grado di offensività ,come emerge dalla sentenza resa in sede penale laddove si legge che *“tenuto conto dell’entità del fatto (quantità di rifiuti) e delle emergenze dei certificati penali.....equa ed adeguata appare la mera sanzione pecuniaria “*;
- la fattispecie di cui all’art. 51 comma 4 della l. 22/97 è comunque meno grave rispetto alle fattispecie di cui ai commi 1,2 e 3 del medesimo articolo ;
- i fatti contestati sono risalenti nel tempo;
- il precedente penale è del pari risalente e comunque inconferente ;
- l’operatività della recidiva deve nella specie essere autonomamente valutata trattandosi di una contravvenzione.

Erroneamente, pertanto, il Tar non ha delibato positivamente la censura di difetto di motivazione dedotta in primo grado dall’odierno appellante e censurato i provvedimenti impugnati sotto tale profilo.

3. Conclusivamente il ricorso si appalesa fondato nei sensi sopra precisati e come tale da accogliere, con conseguente annullamento, in riforma della sentenza impugnata,dei provvedimenti impugnati in primo grado, fatte salve le ulteriori determinazioni dell’amministrazione.

Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello di cui in epigrafe lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l’effetto, in riforma della gravata sentenza, accoglie i ricorsi proposti da C.I.T.E. in primo di primo grado ed annulla gli atti tramite questi impugnati, fatte salve le ulteriori determinazioni dell’amministrazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2013

con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente FF

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/10/2013

IL SEGRETARIO

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