

N. 05558/2013REG.PROV.COLL.  
N. 05815/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 5815 del 2013, proposto dalla società Set Up Live a r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Vittorio Barosio e Mario Contaldi, con domicilio eletto presso Mario Contaldi in Roma, via Pierluigi da Palestrina, n. 63;

*contro*

Autorità Portuale di Genova, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

*nei confronti di*

Verzì Costruzioni s.r.l., SMC s.r.l., non costituite;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. LIGURIA - GENOVA: SEZIONE II n. 00954/2013, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori di copertura del pontile e delle terrazze di imbarco del Ponte dei Mille – risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;  
Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale di Genova;  
Viste le memorie difensive;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Visti gli artt. 38 e 60 cod. proc. amm.;  
Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 settembre 2013 il Cons.  
Vito Carella e uditi per le parti l'avvocato Barosio e l'avvocato dello Stato  
Palatiello;  
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

I.- La società ricorrente ha impugnato in primo grado la sua esclusione nella procedura negoziata, da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso sulla base d'asta di euro 742.951,15 (di cui euro 19.850,50 per oneri della sicurezza non soggetti a riduzione), indetta dall'Autorità Portuale di Genova per l'affidamento dei lavori di copertura del pontile e delle terrazze di imbarco del Ponte dei Mille.

La gara è stata assegnata al raggruppamento controinteressato, altro unico partecipante ed ammesso.

Detta esclusione è stata disposta in quanto il rappresentante legale dell'ausiliaria Technologica s.r.l. ha dichiarato di essere stato condannato nel 2005, nella sua precedente veste di amministratore unico della società Tecnoart fallita, ad una ammenda di € 570, oltre le spese, per il reato di omesso versamento di contributi previdenziali (€ 3.964,32), pena ravvisata dalla stazione appaltante costituire violazione grave nei confronti della collettività, perché lesiva del bene giuridico della sicurezza previdenziale del lavoratore e perché l'ausiliaria era stata esclusa nel 2008 da altra gara per lo stesso motivo.

Il Tribunale Amministrativo Regionale in epigrafe indicato, con la sentenza

impugnata, disattese le censure di genericità e di astrattezza dell'esclusione, ha respinto il ricorso con condanna alle spese di giudizio, negli assunti del valore costitutivo di una pronuncia di riabilitazione e come a nulla rilevino la circostanza che la riabilitazione fosse stata deliberata il 29 gennaio 2013 ma depositata il successivo 5 febbraio dopo la scadenza del termine di partecipazione o la risalenza nel tempo del fatto per cui vi fu condanna, a fronte di una sanzione che spiega particolare rilievo nel settore degli appalti pubblici.

II.- La società appellante ha gravato la sentenza in esame e ne ha chiesto la riforma, previa misura cautelare, a mezzo di due articolati motivi di censura per violazione di legge (artt. 3 legge n. 241 del 1990 e 38, comma 1, lett. c, d.lgs. n.163 del 2006) nonché per eccesso di potere (difetto di motivazione, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti) tramite i quali si lamenta l'erroneo esame di fatti decisivi, la mancanza di motivazione circa la gravità in concreto invece affermata apoditticamente, l'inconferenza dell'esclusione nel 2008 in altra gara non specifica a quella in contestazione, la regolarità dell'attuale situazione contributiva dell'ausiliaria come dimostrato dal DURC depositato a gara.

La ricorrente ha altresì spiegato azione risarcitoria dato che, per dichiarazione stessa delle controparti in primo grado, i lavori sono stati già ultimati, all'uopo prospettando come, per il ribasso formulato (10,17%), la sua offerta secca risulti essere migliore rispetto a quella del raggruppamento controinteressato (1,58%) e come, nella valutazione del danno, l'utile vada ragguagliato al 10% della commessa, da incrementare per il pregiudizio curricolare e d'immagine.

III.- L'Autorità intimata si è formalmente costituita in giudizio.

Alla camera di consiglio del 10 settembre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione, per la sua definizione in forma semplificata, dopo aver sentito le parti presenti.

## DIRITTO

1.- La presente decisione viene assunta in forma semplificata, a termini degli artt. 60 e 74 c.p.a., dopo aver accertato la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, preavvertite le parti, essendo chiara la situazione di fatto nei suoi punti di riferimento e nella problematica dibattuta.

L'appello va accolto e, previa riforma della sentenza gravata, deve essere altresì accolto il ricorso in primo grado sotto la prevalente ed assorbente censura di difetto della motivazione.

2.- La questione di principio posta dall'appello attiene alla legittima esclusione o meno dalla gara della società appellante per la eccepita mancanza di moralità professionale in capo al rappresentante legale dell'ausiliaria ma nella sua diversa veste anteriore di amministratore unico di altra società a suo tempo fallita.

Come da esposizione in fatto, la condanna in esame alla pena pecuniaria di € 570, risalente al 2005 e ravvisata grave dalla stazione appaltante, è stata comminata a ragione dell'omesso versamento di contributi previdenziali nell'importo di € 3.964,32, in ordine alla quale pena è intervenuta la pronuncia di riabilitazione deliberata il 29 gennaio 2013 ma depositata il successivo 5 febbraio, dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

Sul tema della gravità per l'esclusione negli appalti pubblici va richiamato l'art. 38, comma 1, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che, alla lettera c), parla di reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidano sulla "*moralità professionale*" e alla lettera i) tratta delle violazioni gravi in materia di contributi previdenziali e assistenziali, da intendersi per tali quelle "*ostative*" al rilascio del documento unico di regolarità contributiva.

3.- Laddove si applicasse in modo sostanzialmente automatico l'esclusione dalle gare di cui al citato art. 38, comma 1 del codice dei contratti, fuori dei

casi previsti, ovvero a prescindere da ogni valutazione circa la gravità del comportamento colpevole del soggetto, il quadro ricostruttivo in tal modo delineato si porrebbe in contrasto con l'articolo 45, par. 2 della direttiva 2004/18/CE, secondo cui può essere escluso dalla partecipazione alla gara ogni operatore economico quando il reato "*incida*" sulla sua moralità professionale (lett. c) oppure quando "*non sia in regola*" con gli obblighi contributivi (lett. e).

L'art. 38 del codice dei contratti va dunque letto nel senso che costituiscono condizioni, perché l'esclusione consegua alla condanna, la gravità del reato e il riflesso dello stesso sulla moralità professionale dimodochè, al fine di apprezzare il grado di moralità del singolo concorrente, in applicazione del principio comunitario di proporzionalità, assumono rilevanza la natura del reato ed il contenuto del contratto oggetto della gara, senza eccedere quanto è necessario a garantire l'interesse dell'amministrazione di non contrarre obbligazioni con soggetti che non garantiscano l'adeguata moralità professionale, come ricorre nel caso di "*falso innocuo*" (Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2010, n. 3560).

Nella fattispecie, è controversa una sanzione pecuniaria "*de minimis*" con il beneficio della non menzione.

Ne segue come la stazione appaltante abbia nella specie operato una sorta di "*oggettiva*" simmetria tra la condanna nello specifico riportata a suo tempo dal responsabile legale della società ausiliaria ed "*assoluta*" mancanza di moralità professionale al presente, senza considerare nel concreto l'entità dell'infrazione commessa e la sua pertinenza in relazione all'oggetto contrattuale di gara.

4.- Le doglianze della società appellante colgono quindi nel segno, dato che, non versandosi in ipotesi di uno dei reati tipizzati indicati nella stessa novella della lettera c), non poteva la committenza appellata esimersi dal ponderare nel concreto il lasso di tempo trascorso dal fatto, la peculiarità

della condizione nella quale l'infrazione è stata commessa, la tipologia del reato (a fronte del regolare DURC all'attualità) e l'esiguità del disvalore fatto-reato (lieve pena dell'ammenda), la solvibilità in rapporto all'entità e alle caratteristiche dell'appalto, in contestualizzazione al complesso degli elementi offerti dall'ausiliaria a valutazione.

L'apodittica motivazione di esclusione censurata si è, invece, cristallizzata in una mera applicazione astratta ed automatica della norma, che è stata incanalata verso circostanze di fatto non conferenti, quali la non ancora intervenuta riabilitazione dal punto di vista formale e l'esclusione nel 2008 per lo stesso motivo in altra gara, non pertinente rispetto alla procedura d'appalto in corso e nella quale l'ausiliaria ha prodotto regolare DURC.

L'Autorità appellata, trascurando la contingenza del fatto-reato, avvenuto in altra condizione operativa rispetto alla inerenza della realtà fattuale ad obblighi contributivi, ha formulato un giudizio aprioristico e tautologico, senza evidenziare alcun grado effettivo di rilevanza.

5. Nè la questione della precedente condanna ha alcuna ricaduta sul requisito della regolarità contributiva, di cui l'impresa in questione, che ha presentato regolare DURC, era in possesso al momento della gara.

6.- Per conseguenza, l'Amministrazione ha l'obbligo di rinnovare ora per allora, nell'esercizio dei poteri ad essa spettanti ed alla stregua dei principi di diritto suesposti, l'illegittimo provvedimento impugnato.

In conclusione, per le plurime considerazioni sopra svolte, il ricorso in appello va accolto nei sensi di cui innanzi e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso proposto in primo grado, avuto riguardo all'avvenuto completamento dei lavori ed all'interesse risarcitorio dell'appellante, va accolto, sotto il profilo del difetto di motivazione, con il contenuto dichiarativo di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. .

Va invece allo stato disattesa la domanda risarcitoria perché, nel caso di annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo per vizi

di ordine formale, che non escludono e anzi consentono il riesercizio del potere, la stessa non può essere valutata se non all'esito ed alla luce del nuovo atto (Cons. St., sez. VI, 24 gennaio 2011, n. 462; sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 467).

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello nei sensi e limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado impugnata, dichiara illegittima l'esclusione della società ricorrente dalla gara.

Respinge allo stato la domanda risarcitoria.

Condanna la appellata Autorità Portuale di Genova al pagamento in favore della società appellante delle spese e competenze del doppio grado di giudizio che liquida in complessivi euro 4.000,00 (euroquattromila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 settembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Vito Carella, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/11/2013

IL SEGRETARIO

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