

N. 03886/2015REG.PROV.COLL.

N. 07677/2012 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 7677 del 2012, proposto dalla s.p.a. Cir Costruzioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore* in proprio e quale capogruppo mandataria Ati con la s.r.l. Impresa Bertoncelli, rappresentato e difeso dagli avvocati Federico Cappella ed Alberto Gamberini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Federico Cappella in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 35;

contro

La Provincia di Ferrara, in persona del presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Carmela Cappello, con domicilio eletto presso il signor Massimiliano Scaringella in Roma, via C. Morin, n.1;

nei confronti di

La soc. coop. p.a. Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro,

e con l'intervento di

La s.r.l. Nuova Cir;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Emilia-Romagna, Sede di Bologna, Sez. II, n. 407/2012, resa tra le parti, concernente un appalto per le opere di viabilità d'accesso da nord-ovest al nuovo polo ospedaliero di S. Anna;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Ferrara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2015 il Cons. Sabato Guadagno e uditi per le parti l'avvocato Federico Cappella e l'avvocato Massimiliano Scaringella, su delega dell'avvocato Carmela Cappello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Col ricorso n. 130 del 2011, la s.p.a. CIR Costruzioni, impresa partecipante alla procedura aperta bandita dalla Provincia di Ferrara per l'appalto delle opere di viabilità di accesso al nuovo polo ospedaliero S. Anna in località Cona di Ferrara Sottoprogetto B, impugnava avanti al T.A.R. Emilia-Romagna il provvedimento in data 21 dicembre 2010 del Dirigente del Settore Tecnico della Provincia, che ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto al Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro s.c.p.a., nonché tutti gli atti di gara, proponendo altresì una domanda di risarcimento del danni.

1.1- Nel giudizio di primo grado, si costituivano la Provincia di Ferrara e il Consorzio Ravennate delle cooperative di produzione e lavoro.

E' intervenuta *ad adiuvandum* la s.r.l. Nuova CIR, in quanto, con contratto del 2 maggio 2011, la s.p.a. Cir Costruzioni affittava alla s.r.l. Nuova Cir il proprio ramo d'azienda, comprensivo anche della posizione di concorrente alla gara di cui è causa: a tale titolo è stato proposto l'atto di intervento.

1.2 - Con ordinanza collegiale n. 172 del 18 febbraio 2011 (confermata da questa Sezione con l'ordinanza n. 1880 del 2011), il TAR Emilia Romagna respingeva l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente.

2.- Il T.A.R. - con la sentenza n. 407/2012 - rigettava il ricorso, ritenendo infondate tutte le censure prospettate da parte ricorrente.

3.- L'appellante s.p.a. Cir Costruzioni ha impugnato la sentenza n. 407/2012, deducendone l'erroneità con varie censure.

4.- Si è costituita in giudizio la Provincia di Ferrara, chiedendo il rigetto dell'appello.

In prossimità dell'udienza di discussione, le parti hanno depositato memorie difensive.

5. - All'udienza pubblica del 18 giugno 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

6.- Poiché l'appello risulta infondato e va respinto, si può prescindere dalla disamina delle eccezioni di inammissibilità, basate sulla dedotta non veridicità delle dichiarazioni rese dall'Impresa Bertoncelli in ordine alla propria situazione previdenziale (concernenti il DURC sul mancato versamento di contributi INPS, INAIL e Cassa Edile fino al 2 dicembre 2010 e, sotto un distinto profilo, l'ammissione al concordato preventivo della s.r.l. C.I.R. Costruzioni).

6.1- Con la prima censura, parte appellante deduce la violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Sarebbe viziata l'offerta della concorrente aggiudicataria, in quanto le dichiarazioni cumulative per ammissione a gara d'appalto presentate dal Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro e dalla Cooperativa Costruzioni contengono menzioni di precedenti penali a carico:

a) del geom. Ma. Cec., vicepresidente, legale rappresentante e direttore tecnico del Consorzio cessato dalla carica in data 29 gennaio 2008 e, quindi, nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando di gara;

b) del sig. Ma. Sil., direttore tecnico della cooperativa Costruzioni (condanne per cinque reati di bancarotta fraudolenta, uno per bancarotta semplice, due per ricorso abusivo al credito e una per evasione fiscale), cessato dalla carica il 21 marzo 2008, cioè entro il triennio antecedente la pubblicazione del bando.

L'appellante lamenta l'erroneità della sentenza di primo grado, che avrebbe dovuto attribuire rilevanza a tali precedenti penali ed avrebbe dovuto annullare l'atto di ammissione dell'aggiudicataria alla gara, mancando il possesso dei requisiti soggettivi ex art. 38, comma 1, lettera b), c) e m-ter) D.Lgs. n. 163/2006.

Tali censure non possono trovare accoglimento.

In proposito si osserva che, come si rileva dai verbali di gara, la commissione di gara, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, ha esaminato la documentazione prodotta dai concorrenti, ivi comprese le dichiarazioni cumulative

inerenti al possesso dei requisiti generali e soggettivi di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163/2011 di tutte le consorziate, senza però rilevare elementi ostativi all'ammissione.

Infatti, per quanto concerne la posizione del precedente direttore tecnico sig. Ma. Sil., la Coop. Costruzioni ha regolarmente allegato alla dichiarazione cumulativa l'attestazione del legale rappresentante, che evidenziava le condanne riportate dal medesimo sig. Sil. prima della nomina alla carica di direttore tecnico della Coop. Costruzioni, nonché l'atto che ha disposto il suo licenziamento per giusta causa, motivato dalla sopravvenuta conoscenza dei precedenti penali, ostativi al mantenimento del rapporto di collaborazione.

Tale licenziamento costituisce la oggettiva prova della dissociazione dai precedenti trascorsi penali, tenuto conto che è stato adottato dalla Coop Costruzioni quando, dopo l'assunzione del direttore tecnico con contratto di collaborazione del 27 novembre 2007, essa ha acquisito il rilascio del certificato del casellario giudiziario in data 19 marzo 2008 ed ha avuta conoscenza di tali precedenti penali, pur anteriori all'instaurazione del rapporto di collaborazione: la società ha immediatamente proceduto alla risoluzione del rapporto in data 27.3.2008, dopo otto giorni dalla loro conoscenza .

La circostanza che la comunicazione di risoluzione del rapporto d'opera professionale riporti anche una rituale riserva - di esercizio di «ogni più opportuna azione legale per la tutela della propria posizione» non comportava un'automatica necessità di future azioni risarcitorie, di incerta fondatezza, tenuto conto che trattavasi di attività criminose poste in essere nei confronti di altre imprese e che non riguardavano in alcun modo l'attività lavorativa temporalmente limitata al servizio della Cooperativa.

D'altronde la stessa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ha precisato che il licenziamento, motivato dalla scoperta dei precedenti penali a carico del soggetto, può essere qualificato come «atto di dissociazione», sufficiente ai sensi dell'art. 38 D.Lgs n. 163/2006.

«E' infatti ininfluenza la circostanza che l'operatore economico abbia cessato di avvalersi dell'amministratore o del direttore tecnico condannati, tranne nel caso in cui dimostri di averli per tale ragione estromessi dall'incarico» (cfr. la determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010).

Né sussistevano motivi ostativi all'aggiudicazione in riferimento alla sentenza ex art. 444 c.p.p. a carico del geom. Ma. Ce., in quanto dalla documentazione prodotta in giudizio si evince che si tratta di reato già dichiarato estinto dal giudice dell'esecuzione di Roma (cfr. doc. 22 del fascicolo di primo grado).

In realtà il Consorzio Ravennate delle Cooperative avrebbe potuto anche non segnalare nella dichiarazione tali reati, atteso che, «ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice dei contratti pubblici, i concorrenti non sono tenuti a indicare le condanne per le quali sia intervenuta una causa estintiva del reato» (Cons. Stato, sez. VI, 24 giugno 2010, n. 4019).

La stessa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ha precisato che «*alla luce della clausola di salvaguardia contenuta nella parte finale della lett. c) – 'resta salva in ogni caso l'applicazione dell'art. 178 del codice penale e dell'art. 445 comma 2 del codice di procedura penale' - una volta (...) riconosciuto dal tribunale estinto il reato per il decorso del termine di cinque anni o due anni (a seconda che si tratti di delitto o contravvenzione) resta preclusa alla stazione appaltante la possibilità di valutare negativamente, ai fini dell'ammissione alla specifica gara, i fatti di cui alla inflitta sentenza di condanna*» (v. il preambolo della determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010).

Né, sotto un distinto profilo, ha carattere ostativo il decreto penale emesso nei confronti dello stesso geom. Cec. per la violazione dell'art. 186 Codice della Strada, non essendo ricompreso fra «i gravi reati in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale», menzionati dall'art. 38, lettera c), D.Lgs. n. 163/2006.

6.2- Con il secondo motivo di appello, l'appellante deduce l'erroneità della decisione di primo grado per profili di eccesso di potere per difetto dell'attività istruttoria e per illogicità manifesta nella valutazione della propria offerta tecnica e di quella del Consorzio aggiudicatario, per aver ritenute inammissibili le censure di parte ricorrente, «*in riferimento alle valutazioni operate dal seggio di gara, la ricorrente non ne dimostra in alcun modo la contraddittorietà e o manifesta irragionevolezza, o, ancora, che le stesse derivino da palese travisamento di fatto; con ciò pretendendo, tuttavia, di sostenerne l'illegittimità mediante la mera ed inammissibile sostituzione della propria personale valutazione degli elementi costituenti l'offerta tecnica a quella operata dalla Commissione di gara, e, quindi, in definitiva, mediante l'ipotetica attribuzione o di una maggiore valutazione della propria offerta o di una minore valutazione dell'offerta del Consorzio aggiudicatario*».

L'appellante deduce di non essersi limitata a contrapporre le proprie valutazioni a quelle espresse dalla commissione, ma di aver puntualmente evidenziato singoli profili di illogicità e di illegittimità nella valutazione della stessa commissione ed a tal fine, anche nel ricorso in appello, ha prospettato una comparazione delle componenti tecniche delle due offerte e dei punteggi rispettivamente attribuiti a partire dal primo criterio b I), «*soluzioni migliorative del sistema di smaltimento delle acque superficiali*», per il quale era prevista l'attribuzione di un massimo di punti 8, punteggio attribuito all'aggiudicatario, mentre all'appellante sono stati attribuiti punti 0.

L'appellante deduce l'illogicità dell'attribuzione di tale punteggio, avendo adottato soluzioni tecniche 'di rilievo assoluto'.

Rileva al riguardo il Collegio che - come evidenziato anche in memoria difensiva della Provincia di Ferrara - tale valutazione non è dipesa dalla mancata presentazione di soluzioni migliorative, ma perché nel confronto a coppie - come si evince dalle tabelle allegate al III verbale, documento 8 del fascicolo di primo grado- la soluzione dell'appellante ha avuto una valutazione inferiore a quella degli altri due concorrenti, mentre sul secondo elemento, costituito dal giudizio relativo al criterio b2) sulle « *proposte integrative di opere di finitura aggiuntive, quali illuminazione pubblica, segnaletica e arredo verde, privilegiando quelle più vantaggiose in termini qualitativi*», l'appellante, pur riconoscendo di aver ottenuto per tale voce l'attribuzione del punteggio massimo di 10, assume l'illogicità del punteggio di 8 attribuito all'aggiudicataria, la cui offerta sarebbe affetta da gravi carenze.

Le relative deduzioni risultano di per sé inammissibili, in quanto rivolte avverso le valutazioni tecnic-discrezionali dell'amministrazione, in assenza di elementi tali da evidenziare specifici profili di eccesso di potere,

Così pure risultano inammissibili – per genericità - le considerazioni svolte in ordine al parametro b3), ove l'attribuzione del massimo punteggio attribuibile (10 punti) al Consorzio è ritenuta irragionevolmente alta poiché è stata ravvisata una «*proposta...esteticamente modesta e basata sull'impiego di trattamenti scarsamente durevoli*».

In realtà l'appellante non ha fornito elementi oggettivi tali da poter far ritenere sussistenti i dedotti vizi, ma soltanto giudizi di superiorità delle proprie soluzioni tecniche (cfr. pag. 9 -10 del ricorso di primo grado e pag. 11 del ricorso d'appello): i giudizi 'di parte' non costituiscono in alcun modo elementi idonei a inficiare le valutazioni tecniche della commissione di gara.

Si tratta di censure dunque inammissibili, prima ancora che infondate, in quanto l'appellante contesta i giudizi tecnici sulla qualità dei singoli elementi e sub elementi dell'offerta tecnica, formulati, nell'esercizio del suo potere discrezionale, dalla commissione di gara, i quali – tenuto conto degli elementi forniti in questa sede - non presentano caratteri di macroscopica illogicità, irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà e travisamento dei fatti (sul principio, *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2015, n. 3241, Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1619; idem, 21 giugno 2012, n. 3666; Cons. Stato, Sez. III, 19 aprile 2011, n. 2403; Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1107; idem, 21 gennaio 2011, n. 409).

6.3- La reiezione del ricorso comporta conseguentemente anche il rigetto della domanda di risarcimento danni.

7.- L'appello va pertanto respinto.

Le spese del secondo grado seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 7677 del 2012, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

Condanna l'appellante a pagare alla Provincia di Ferrara l'importo complessivo di € 6.000,00 (seimila), oltre gli accessori di legge, per spese ed onorari del secondo grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 07/08/2015

IL SEGRETARIO

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