

secondo la concorde interpretazione sia dell'Autorità per la vigilanza sui LL.PP. sia della giurisprudenza amministrativa, l'art. 75 del D.P.R. 554/1999 (in forza del quale - comma 1, lett. c - la partecipazione ai pubblici appalti era preclusa ai soggetti che siano stati condannati "per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale"), comporta, per un verso, data l'indeterminatezza dei concetti di affidabilità morale e professionale, l'esercizio da parte della stazione appaltante di un potere latamente discrezionale di valutazione dei reati ascritti agli interessati per altro verso, che tale valutazione è di esclusiva competenza dell'Amministrazione, al qual fine questa doveva essere messa in grado di conoscere tutte le sentenze penali intervenute nei confronti dei soggetti interessati

Gli stessi principi - e in particolare la necessità che la stazione appaltante sia posta in condizione di conoscere in termini di completezza la situazione dei concorrenti circa eventuali sentenze di condanna - sono da ritenere senz'altro applicabili anche in ordine all'art. 38 del D.Lgs. 163/2008. A maggior ragione, perché - a differenza dell'art. 75 del D.P.R. 554/1999 (che al comma 2 faceva carico ai concorrenti di produrre il certificato del casellario giudiziale per dimostrare l'inesistenza delle situazioni ostative di cui alla lett. c) -, l'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, dopo aver disposto al comma 2 in via generale che i concorrenti attestano il possesso dei requisiti mediante autodichiarazione in cui indicano anche le eventuali condanne per le quali abbiano beneficiato della non menzione, al successivo comma 3, seconda parte, dispone che in sede di verifica delle dichiarazioni di cui commi 1 e 2 [tra le quali, appunto, quelle di che trattasi] le stazioni appaltanti "chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'art. 21 del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'art. 33 del medesimo decreto", vale a dire il "certificato di tutte le iscrizioni esistenti riferite ad un determinato soggetto".

Con ricorso notificato il 23 ottobre 2008 e depositato lo stesso giorno la ricorrente esprimeva di avere partecipato alla procedura aperta indetta dal Comune di Trapani per l'appalto triennale del "servizio di

assistenza domiciliare handicap” (importo b.a.: € 1.676.840,29), ma di essere stata escluso dalla gara, con verbale del 2 ottobre 2008, per la ritenuta incompletezza della dichiarazione circa l’inesistenza di sentenze penali di condanna, perché non era stata resa specifica dichiarazione circa l’inesistenza di sentenze di condanna per uno o più reati di partecipazione ad un’organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio. Impugnava detto provvedimento di esclusione, deducendo il seguente motivo di censura: - Violazione dell’art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 – Violazione del principio di massima partecipazione – Eccesso di potere da sviamento – Difetto di presupposto. _Sarebbe stata irrilevante l’omissione di una specifica dichiarazione circa l’inesistenza di sentenze di condanna per i reati di partecipazione ad un’organizzazione criminale, corruzione, frode e riciclaggio, dato che tali reati – diversamente da quanto ritenuto dal seggio di gara – non sarebbero diversi ed ulteriori rispetto ai “reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”, cui fa riferimento la prima parte dell’art. 38, lett. c), del D.Lgs. 163/2006, ma sarebbero riconducibili a tale previsione di carattere generale, in un rapporto di genere a specie: con la sola differenza che, in presenza di sentenze di condanna per i suddetti reati specificamente indicati, l’Amministrazione sarebbe priva di qualsiasi discrezionalità valutativa, ponendosi tali condanne quali causa automatica di esclusione: cosa ne pensa l’adito giudice amministrativo?

Il ricorso è fondato. _Il bando di gara disponeva, al punto 16, lett. a), che “non sono ammessi a partecipare alla gara i soggetti che si trovino in una delle condizioni di cui all’art. 38, c. 1 lett. a), b), c), d), e), f), g), i), l) e m) del D.Lgs. n. 163/06 e s.m.i.”; e correlativamente il disciplinare di gara, al punto 4, disponeva che i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione circa i requisiti personali, dovessero attestare, tra l’altro, “a) ...di non trovarsi in alcuna delle condizioni di cui all’art. 38, c. 1 lett. a), b), c), d), e), f), g), h), i), l) e m) dl D.Lgs. n. 163/06 e s.m.i.”. _Ai sensi del richiamato art. 38, comma 1, del D.Lgs. 163/2006, per quanto qui specificamente rileva, sono esclusi dalla partecipazione ai pubblici appalti i soggetti “c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza in applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell’art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un’organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all’art. 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18; (...).” _Nella specie, nelle dichiarazioni rese dagli amministratori del Consorzio ricorrente e delle cooperative consorziate per le quali lo stesso concorreva non è specificata l’inesistenza di sentenze di condanna “per uno o più reati di partecipazione a un’organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio”; e il seggio di gara, con l’impugnato verbale del 2 ottobre 2008, ha disposto l’esclusione del Consorzio con la motivazione che la suddetta dichiarazione “risulta difforme in quanto incompleta rispetto al testo di legge”. _Con l’unico motivo di ricorso la determinazione del seggio di gara viene censurata per violazione dell’art. 38 del D.Lgs. 163/2006 e del principio di massima partecipazione nonché per eccesso di potere sotto vari profili, perché – si sostiene – i reati in parola sono riconducibili alle categorie di reati contro la P.A., l’ordine pubblico, la fede pubblica e il patrimonio: che, secondo l’interpretazione sia dell’Autorità per la vigilanza sui LL.PP. sia della giurisprudenza amministrativa in ordine alla corrispondente disposizione dell’art. 75 del previgente D.P.R. 554/1999, sono proprio quelli che incidono sulla moralità professionale dei concorrenti ai pubblici appalti. Si configurerebbe, pertanto, un rapporto da genere a specie tra i reati genericamente previsti dalla prima parte dell’art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 163/2006 (“reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”) e quelli specificati nella seconda parte della stessa norma: onde le dichiarazioni in questione, pur non facendo espressa menzione di questi ultimi, non avrebbero potuto essere considerate incomplete, tali da comportare l’esclusione dalla gara. _Dalla difesa del Comune si oppone che i principi elaborati in ordine all’art. 75 del D.P.R. 554/1999 non sarebbero senz’altro trasponibili all’art. 38 del D.Lgs. 163/2006, data la diversa formulazione (e la conseguente portata) delle due norme. In particolare, sarebbe ormai dubbia la rilevanza dei reati contro il patrimonio quali reati ostativi della partecipazione ai pubblici appalti; sicché

la generica dichiarazione resa dagli amministratori del Consorzio ricorrente non consentirebbe di ricavarne alcuna indicazione in ordine al reato di riciclaggio (riconcucibile, appunto, ai reati contro il patrimonio)._Tale assunto difensivo non si ritiene di poter condividere._ **Avuto riguardo alla delineata disciplina normativa – incentrata sulla conoscenza completa, da parte della stazione appaltante, di tutte le sentenze e decreti di condanna eventualmente esistenti a carico dei concorrenti alle gare d'appalto, per le conseguenti valutazioni circa la loro rilevanza ostativa o meno ai fini della partecipazione, appare condivisibile l'interpretazione dedotta in ricorso, secondo cui il primo comma, lett. c), del D.Lgs. 163/2006, laddove dispone che è comunque causa di esclusione la condanna per i reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, non sta ad indicare tipologie di reati diversi da quelli ostativi genericamente indicati nella prima parte della norma (“reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”), quanto piuttosto dei reati, in ordine ai quali la stazione appaltante è priva di qualsiasi potere discrezionale di valutazione, nel senso che alle sentenze di condanna per uno o più degli stessi si connette un effetto automatico di preclusione della partecipazione ai pubblici appalti._Ha ragione, pertanto, il Consorzio ricorrente di dolersi della propria esclusione, disposta per la ritenuta incompletezza delle dichiarazioni in questione perché mancanti della specificazione dell'inesistenza di sentenze di condanna per i reati di partecipazione ad organizzazioni criminali, corruzione, frode e riciclaggio. S'è visto, infatti, che anche tali tipologie di reati sono riconducibili alla previsione generale della stessa norma in tema di reati ostativi della partecipazione ai pubblici appalti, salva solo l'esclusione di qualunque valutazione discrezionale da parte dell'Amministrazione._** Nella specie, rileva inoltre la formulazione del bando e del disciplinare di gara: che non contengono alcuna espressa prescrizione di indicare a parte le eventuali sentenze di condanna per i reati predetti, con correlata comminatoria di esclusione, ma, come s'è visto, si limitano ad un generico riferimento alle “condizioni di cui all'art. 38, c. 1 lett. a), b), c), d), e), f), g), h), i), l) e m) del D.Lgs. n. 163/06 e s.m.i.”, quali condizioni preclusive della partecipazione, e delle quali doveva essere perciò attestata l'inesistenza. E, stante la genericità di tale clausola della lex specialis, in correlazione con il disposto normativo dell'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 163/2006 (che, come s'è visto, di per sé non sembra comportare la necessità di una specifica e distinta dichiarazione circa eventuali sentenze di condanna per i reati di partecipazione a organizzazioni criminali etc.), trova applicazione il fondamentale principio, di portata generale in tema di pubblici appalti, della massima partecipazione (cfr. da ultimo Cons. St., V, 14 aprile 2008, n. 1665).

Giurisprudenza richiamata e correlata

le imprese hanno l'onere di verificare l'insussistenza in capo agli amministratori di condanne che possano incidere sull'affidabilità morale e professionale, pena l'interdizione dalle gare _ inoltre la sostituzione dell'amministratore che aveva rappresentato la ricorrente nell'appalto in questione dopo la notifica dell'atto di revoca non poteva consentire la dissociazione da parte della ricorrente

E' da ritenersi infondato un motivo di ricorso avverso un annullamento di un'aggiudicazione (con relativa escussione della cauzione provvisoria) in quanto, a detta della ricorrente, il giudice di primo grado ha ritenuto come incidente sull'affidabilità morale e professionale dell'impresa il reato di omesso versamento dei contributi previdenziali commesso dall'amministratore, che non inciderebbe, secondo la ricorrente, sul rapporto fiduciario con l'Amministrazione?

Il motivo è infondato. Questo Consesso ha di recente chiarito, con riferimento all'art. 12 D.L.vo 17 marzo 1995 n. 157, ma con argomentazioni estensibili al disposto dell'art. 75 D.P.R. n. 554/1999, che la lett. b) di detto art. 12, secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alla gara i concorrenti nei cui confronti sia stata emessa sentenza di condanna passata in giudicato ovvero sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., per qualsiasi reato che incide sulla loro moralità professionale o per delitti finanziari, per il modo in cui è formulata sta a significare che nella considerazione del legislatore è qualificante la commissione di reati di una certa natura sotto l'aspetto sostanziale, nel senso che si è voluto evitare l'affidamento del servizio a coloro che abbiano commesso reati lesivi degli stessi interessi collettivi che, nelle veste di aggiudicatari, sarebbero chiamati a tutelare. Pertanto, posto che la norma non stabilisce quali sono i reati che incidono sulla detta affidabilità, spetta all'Amministrazione stabilire, motivatamente, se il reato per il quale il soggetto è stato condannato provoca, secondo il comune e ragionevole convincimento, una obiettiva incisione sulla affidabilità del condannato, sia sul piano morale che sul piano professionale. Invero, la stessa indeterminatezza dei concetti di affidabilità morale e professionale a 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.

Merita di essere segnalata la decisione numero 4845 del 7 ottobre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

<La mancanza di parametri fissi e predeterminati e la genericità della prescrizione normativa lascia un ampio spazio di valutazione discrezionale alla stazione appaltante, e consente alla stessa margini di flessibilità operativa al fine di un equo apprezzamento delle singole concrete fattispecie, con considerazione di tutti gli elementi delle stesse che possono incidere sulla fiducia contrattuale. E' chiaro, infatti, che la norma attribuisce, in mancanza di apposita specificazione delle fattispecie incriminate di parte speciale, un ampio margine di apprezzamento alle amministrazioni appaltanti, cui spetta decidere quali imprese escludere dalle procedure di affidamento degli appalti, in conseguenza di fatti costituenti reato che siano da esse ritenuti indici di inaffidabilità morale o professionale; deve essere condiviso, infatti, il rilievo in base al quale il concetto di (im)moralità professionale presuppone la realizzazione di un fatto di reato idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione coi principi deontologici della professione>

Ma non solo

<Nella specie il provvedimento impugnato non può ritenersi carente sul piano dell'apprezzamento del presupposto richiesto dalla legge e quindi della motivazione in quanto, consistendo il reato in questione in una ipotesi di omesso versamento di contributi previdenziali ed assistenziali, punito come illecito dalla legge 11 novembre 1983 n. 638, l'Amministrazione, richiamando anche l'orientamento espresso dall'Autorità di vigilanza dei LL.PP. con determinazione n. 56/2000, ha concluso che si era in presenza di un reato capace di incidere sulla affidabilità morale e professionale perché di ostacolo alla instaurazione di un normale rapporto di fiducia, e tale giudizio risulta immune da irrazionalità od illogicità.>

Ed inoltre

<la condanna a carico dell'amministratore della società per la fattispecie dell'omesso versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali era da sola sufficiente a supportare il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione emesso dall'Amministrazione, non rilevando a tal fine l'erroneità nell'iscrizione nel

casellario giudiziale anche del reato di furto. Né, per altro verso, il provvedimento gravato risulta censurabile per non aver tenuto conto della buona fede della società, atteso, da un lato, che le imprese hanno l'onere di verificare l'insussistenza in capo agli amministratori di condanne che possano incidere sull'affidabilità morale e professionale, pena l'interdizione dalle gare e, dall'altro, che la sostituzione dell'amministratore che aveva rappresentato la ricorrente nell'appalto in questione dopo la notifica dell'atto di revoca non poteva consentire la dissociazione da parte della ricorrente>

Si leggano anche

Poiché 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, deve essere motivata l'esclusione da un appalto pubblico per accertati per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale

ciò in quanto i margini di insindacabilità attribuiti all'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione appaltante di valutare una condanna penale, ai fini dell'esclusione di un concorrente da una gara d'appalto, non consentono, comunque, al pubblico committente di prescindere dal dare contezza di avere effettuato la suddetta disamina e dal rendere conoscibili gli elementi posti alla base dell'eventuale definitiva determinazione espulsiva:

Per la necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti in sede di gara per l'aggiudicazione dei contratti con la Pubblica Amministrazione la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nella lex specialis in ordine ai requisiti di partecipazione, ovvero le cause di esclusione dalla gara:

Il concetto di (im)moralità professionale presuppone la realizzazione di un fatto di reato idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione coi principi deontologici della professione

IL Consiglio di stato con la decisione numero 349 del 31 gennaio 2006 ci offre alcuni importanti spunti di riflessione in tema di osservanza, obbligata, da parte della pa, delle norme della lex specialis di gara:

<L'Amministrazione è tenuta al rispetto della normativa alla quale si è essa stessa autovincolata, per avere emanato il bando di gara sulla convinzione della idoneità delle stesse prescrizioni a perseguire la finalità della migliore scelta possibile del contraente in relazione all'oggetto dell'appalto. Del resto la rigorosa previsione delle clausole in ordine al possesso dei requisiti per la partecipazione ai pubblici appalti è controbilanciata dall'interesse della stessa Pubblica Amministrazione a circoscrivere la gara alle sole imprese munite dei necessari presupposti funzionali all'esecuzione delle obbligazioni contrattuali.>

Merita inoltre di essere segnalato il seguente pensiero relativamente all'applicazione dell'art 75 del dpr 554/99 in tema di cause di esclusione della gara:

poiché

<la mancanza di parametri fissi e predeterminati e la genericità della prescrizione normativa lascia un ampio spazio di valutazione discrezionale alla stazione appaltante, e consente alla stessa margini di flessibilità operativa al fine di un equo apprezzamento delle singole concrete fattispecie, con considerazione di tutti gli elementi delle stesse che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali, a

titolo esemplificativo, l'elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive et similia>

allora

<Da ciò consegue, altresì, che non è sufficiente l'accertamento in capo al soggetto interessato di una condanna penale, giacché il dettato normativo **richiede una concreta valutazione da parte dell'amministrazione rivolta alla 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**, senza che tale apprezzamento possa ritenersi compiuto per implicito attraverso la semplice enunciazione delle fattispecie di reato alle quali si riferisce la condanna. Inoltre, quando si deve valutare l'affidabilità o la moralità professionale di un soggetto non può prescindere anche dalla considerazione della sua professionalità per come nel tempo si è manifestata. Ne discende, pertanto, che i margini di insindacabilità attribuiti all'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione appaltante di valutare una condanna penale, ai fini dell'esclusione di un concorrente da una gara d'appalto, non consentono, comunque, al pubblico committente di prescindere dal dare contezza di avere effettuato la suddetta disamina e dal rendere conoscibili gli elementi posti alla base dell'eventuale definitiva determinazione espulsiva>

in conclusione quindi

<Ne consegue che, nel caso di specie e come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, l'amministrazione appellante (alla quale era demandato il compito di apprezzare se eventuali condanne potessero implicare un vulnus alla moralità professionale del soggetto partecipante alla gara), oltre ad indicare la condanna subita dal legale rappresentante della società ricorrente in primo grado, **avrebbe dovuto, esercitando il ridetto potere discrezionale conferitole dalla legge, espressamente valutare l'incidenza in concreto della condanna medesima sul piano dell'affidamento morale e professionale dell'impresa interessata** (attraverso la disamina di alcuni rilevanti connotati concreti della fattispecie penale chiamata in causa) e solo nel caso di un esito negativo di tale esame, procedere all'esclusione della società.

In considerazione dei tratti distintivi della fattispecie in esame, dunque, non risulta legittima l'esclusione senza che sia stata data adeguata contezza di un (previo prudente) apprezzamento delle ragioni che, nel concreto, precludevano l'eventuale affidamento del servizio in ragione del precedente penale>

Ma non solo.

Importante inoltre appare il parere del supremo giudice amministrativo relativamente ai parametri per ottenere il risarcimento del danno da parte della pa:

<costituisce ius receptum il principio secondo il quale la domanda risarcitoria non sostenuta dalle allegazioni necessarie all'accertamento della responsabilità dell'amministrazione risulta proposta in modo generico e, quindi, va respinta; grava, infatti, sul danneggiato l'onere di provare, ai sensi dell'art. 2697 c.c., tutti gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito (). Invero, il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica dell'annullamento giurisdizionale ma richiede la positiva verifica di tutti i requisiti previsti dalla legge: oltre alla lesione della situazione soggettiva d'interesse tutelata dall'ordinamento, è indispensabile che sia accertata la colpa dell'amministrazione, e l'esistenza di un danno al patrimonio e che sussista un nesso causale tra la condotta lesiva ed il danno subito>

§§§§§§§§§§

Affidabilità morale e professionale

Esclusione da una procedura ad evidenza pubblica ai soggetti nei cui confronti è stata pronunciata di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale: posto che la norma non stabilisce quali sono i reati che incidono sulla detta affidabilità, spetta all'Amministrazione stabilire, motivatamente, se il reato per il quale il soggetto è stato condannato provoca, secondo il comune e ragionevole convincimento, una obiettiva incisione sulla affidabilità del condannato, sia sul piano morale che sul piano professionale.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 2373 del 27 aprile 2006 ci insegna che:

< il dovere di motivare in merito alla lesione della affidabilità morale e professionale, conseguente alla condanna ex art. 444 c.p.p., non può spingersi fino all'imposizione di una sorta di revisione del processo penale, conclusosi con il giudicato sfavorevole, per mettere in evidenza la sostanziale non colpevolezza del soggetto interessato. In altri termini, ciò che non è possibile mettere in discussione è l'esistenza della condanna per quel determinato reato, e per tale ragione il complesso delle circostanze che hanno accompagnato la condotta sanzionata penalmente risultano sostanzialmente irrilevanti. Posto che la norma non stabilisce quali sono i reati che incidono sulla detta affidabilità, spetta all'Amministrazione stabilire, motivatamente, se il reato per il quale il soggetto è stato condannato provoca, secondo il comune e ragionevole convincimento, una obiettiva incisione sulla affidabilità del condannato, sia sul piano morale che sul piano professionale.

Posto che il reato in questione consisteva in una ipotesi di falso, l'Amministrazione ha dato atto di aver valutato le osservazioni dell'Impresa, per poi concludere che si era in presenza di un reato capace di incidere sulla affidabilità morale e professionale perché commesso in occasione di una gara di appalto di lavori pubblici con riferimento ad adempimenti essenziali ai fini della corretta partecipazione alla procedura.>

Consegna del cantiere prima della stipula del contratto e successivo annullamento dell'aggiudicazione ((violazione norme antinfortunistiche) a lavori già eseguiti al 50%

Nessun errore né negligenza è imputabile ad un' Amministrazione, che resasi conto di aver aggiudicato l'appalto ad un'impresa incapace di contrarre con la P.A. e prima della stipulazione del contratto, ha legittimamente disposto l'annullamento dell'aggiudicazione stessa, a seguito della mancata dichiarazione dell' Amministratore Unico dell'impresa di avere cagionato per colpa (ancorchè in epoca molto remota rispetto alla gara), consistita in imprudenza, negligenza, imperizia e violazione delle norme antinfortunistiche, la morte di un operaio.

L'esistenza del reato addotta dall'Amministrazione a sostegno del provvedimento impugnato non è di conseguenza contestabile e il decorso del tempo non è idoneo a farne venir meno l'esistenza, soprattutto in assenza di un provvedimento di riabilitazione

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 1723 del 12 aprile 2007, in tema di annullamento di un'aggiudicazione ci insegna che:

<Il Comune di Milano, una volta accertata l'assenza dei presupposti per contrarre con la P.A., non poteva far altro che annullare in via di autotutela l'aggiudicazione, escludere l'impresa dalla gara, rideterminare la soglia di anomalia e procedere all'aggiudicazione dell'appalto al miglior offerente.

Nessun margine di discrezionalità rimaneva all'Amministrazione, che si è limitata a valutare l'incidenza della condotta penalmente sanzionata e non dichiarata sull'affidabilità morale e professionale dell'impresa>

Si deve considerare che:

<l'annullamento dell'aggiudicazione nei confronti della ricorrente è intervenuto per tre motivi:

- a) l'esistenza di sentenza di condanna,
- b) l'esistenza di reato che incide sull'affidabilità morale e professionale definitivamente accertato,
- c) l'esistenza di false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti per potere partecipare alla gara>

ma di quale condanna si sta parlando?

< Quanto all'esistenza di una sentenza di condanna, la circostanza non è contestabile; infatti, il presidente dell'impresa con sentenza di primo grado del 22.3.1989, era stato dal Tribunale di Busto Arsizio ad otto mesi di reclusione, per il delitto previsto e punito dagli artt. 589, 62 bis c.p., per avere cagionato per colpa, consistita in imprudenza, negligenza, imperizia e violazione delle norme antinfortunistiche, la morte di un operaio, oltre a £. 1.200.000 di ammenda, per le contravvenzioni previste e punite dagli artt. 77 lett. b) e lett. c) D.P.R. n. 164/56, per non avere munito il lavoratore di cintura di sicurezza e per avere consentito che il lavoratore eseguisse lavori ad un'altezza superiore a 2 metri, senza adottare precauzioni idonee ad evitare pericoli di caduta.>

il principio quindi che ne possiamo dedurre è il seguente:

< La giurisprudenza al riguardo afferma – se si eccettuano i reati relativi a condotte delittuose individuate dalla normativa antimafia – in assenza di parametri normativi fissi e predeterminati, la verifica dell'incidenza dei reati commessi dal legale rappresentante dell'impresa sulla moralità professionale della stessa attiene all'esercizio del potere discrezionale della P.A. e deve essere valutata attraverso la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato>

ma non solo

<L'apprezzamento dell'amministrazione deve riguardare la rilevanza della condanna penale subita, con conseguente obbligo di motivare adeguatamente in ordine all'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario da instaurare.

Il requisito della moralità professionale richiesto per la partecipazione alle gare pubbliche di appalto manca nell'ipotesi di commissione di un reato specifico connesso al tipo di attività che il soggetto deve svolgere>

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1076 del 15 giugno 2009, emessa dal Tar Sicilia, Palermo

N. 01076/2009 REG.SEN.
N. 02202/2008 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2202 del 2008, proposto da: “Consorzio ALFA. Catania – Rete di imprese sociali siciliane”, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Carmelo Giurdanella, Rosaria Zammataro e Gabriella Caudullo, con domicilio eletto presso il loro studio in Palermo, Via G. Serpotta n. 66;

contro

Comune di Trapani, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Carmela Santangelo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Greco in Palermo, Via Noce n. 6;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del verbale di gara del 2 ottobre 2008;

2) “del provvedimento non meglio conosciuto, con cui il ricorrente è stato escluso dalla gara per l'affidamento del servizio di Assistenza Domiciliare Handicap”;

3) di ogni altro atto, antecedente o successivo, comunque connesso, presupposto o consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Trapani, con le relative deduzioni difensive;

Visto il decreto n. 1253/08;

Vista l'ordinanza collegiale n. 247/08;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis, comma sesto, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14/01/2009 il dott. Calogero Adamo, e uditi l'avv. Zammataro per la parte ricorrente e l'avv. Giuseppe Greco, in sostituzione dell'avv. Santangelo, per l'Amministrazione resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 23 ottobre 2008 e depositato lo stesso giorno il "Consorzio ALFA. Catania – Rete di imprese sociali siciliane" esprimeva di avere partecipato alla procedura aperta indetta dal Comune di Trapani per l'appalto triennale del "servizio di assistenza domiciliare handicap" (importo b.a.: € 1.676.840,29), ma di essere stata esclusa dalla gara, con verbale del 2 ottobre 2008, per la ritenuta incompletezza della dichiarazione circa l'inesistenza di sentenze penali di condanna, perché non era stata resa specifica dichiarazione circa l'inesistenza di sentenze di condanna per uno o più reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio. Impugnava detto provvedimento di esclusione, deducendo il seguente motivo di censura:

- Violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 – Violazione del principio di massima partecipazione – Eccesso di potere da sviamento – Difetto di presupposto.

Sarebbe stata irrilevante l'omissione di una specifica dichiarazione circa l'inesistenza di sentenze di condanna per i reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode e riciclaggio, dato che tali reati – diversamente da quanto ritenuto dal seggio di gara – non sarebbero diversi ed ulteriori rispetto ai “reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”, cui fa riferimento la prima parte dell'art. 38, lett. c), del D.Lgs. 163/2006, ma sarebbero riconducibili a tale previsione di carattere generale, in un rapporto di genere a specie: con la sola differenza che, in presenza di sentenze di condanna per i suddetti reati specificamente indicati, l'Amministrazione sarebbe priva di qualsiasi discrezionalità valutativa, ponendosi tali condanne quali causa automatica di esclusione.

Si costituiva in giudizio il Comune di Trapani, contrastando con memoria del 4 novembre 2008 il ricorso e chiedendone il rigetto, vinte le spese.

Con decreto n. 1253 del 24 ottobre 2008 veniva respinta l'istanza di misure cautelari provvisorie.

Con ordinanza collegiale n. 247 del 5 novembre 2008 veniva accolta l'istanza cautelare ai soli effetti della fissazione dell'udienza per la discussione del merito del ricorso.

Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2009, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, la causa veniva posta in decisione.

In data 21 gennaio 2009, come per legge, veniva pubblicato il dispositivo della presente sentenza.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

Il bando di gara disponeva, al punto 16, lett. a), che “non sono ammessi a partecipare alla gara i soggetti che si trovino in una delle condizioni di cui all'art. 38, c. 1 lett. a), b), c), d), e), f), g), i), l) e m) del D.Lgs. n. 163/06 e s.m.i.”; e correlativamente il disciplinare di gara, al punto 4, disponeva che i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione circa i requisiti personali, dovessero attestare, tra l'altro, “a) ...di non trovarsi in alcuna delle condizioni di cui all'art. 38, c. 1 lett. a), b), c), d), e), f), g), h), i), l) e m) dl D.Lgs. n. 163/06 e s.m.i.”.

Ai sensi del richiamato art. 38, comma 1, del D.Lgs. 163/2006, per quanto qui specificamente rileva, sono esclusi dalla partecipazione ai pubblici appalti i soggetti “c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato,

o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza in applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18; (...)"

Nella specie, nelle dichiarazioni rese dagli amministratori del Consorzio ALFA. Catania e delle cooperative consorziate per le quali lo stesso concorreva non è specificata l'inesistenza di sentenze di condanna "per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio"; e il seggio di gara, con l'impugnato verbale del 2 ottobre 2008, ha disposto l'esclusione del Consorzio con la motivazione che la suddetta dichiarazione "risulta difforme in quanto incompleta rispetto al testo di legge".

Con l'unico motivo di ricorso la determinazione del seggio di gara viene censurata per violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 e del principio di massima partecipazione nonché per eccesso di potere sotto vari profili, perché – si sostiene – i reati in parola sono riconducibili alle categorie di reati contro la P.A., l'ordine pubblico, la fede pubblica e il patrimonio: che, secondo l'interpretazione sia dell'Autorità per la vigilanza sui LL.PP. sia della giurisprudenza amministrativa in ordine alla corrispondente disposizione dell'art. 75 del previgente D.P.R. 554/1999, sono proprio quelli che incidono sulla moralità professionale dei concorrenti ai pubblici appalti. Si configurerebbe, pertanto, un rapporto da genere a specie tra i reati genericamente previsti dalla prima parte dell'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 163/2006 ("reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale") e quelli specificati nella seconda parte della stessa norma: onde le dichiarazioni in questione, pur non facendo espressa menzione di questi ultimi, non avrebbero potuto essere considerate incomplete, tali da comportare l'esclusione dalla gara.

Dalla difesa del Comune si oppone che i principi elaborati in ordine all'art. 75 del D.P.R. 554/1999 non sarebbero senz'altro trasponibili all'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, data la diversa formulazione (e la conseguente portata) delle due norme. In particolare, sarebbe ormai dubbia la rilevanza dei reati contro il patrimonio quali reati ostativi della partecipazione ai pubblici appalti; sicché la generica dichiarazione resa dagli amministratori del Consorzio ricorrente non consentirebbe di ricavarne alcuna indicazione in ordine al reato di riciclaggio (riconducibile, appunto, ai reati contro il patrimonio).

Tale assunto difensivo non si ritiene di poter condividere.

Va considerato, invero, che, secondo la concorde interpretazione sia dell’Autorità per la vigilanza sui LL.PP. sia della giurisprudenza amministrativa, l’art. 75 del D.P.R. 554/1999 (in forza del quale – comma 1, lett. c – la partecipazione ai pubblici appalti era preclusa ai soggetti che siano stati condannati “per reati che incidono sull’affidabilità morale e professionale”), comporta, per un verso, data l’indeterminatezza dei concetti di affidabilità morale e professionale, l’esercizio da parte della stazione appaltante di un potere latamente discrezionale di valutazione dei reati ascritti agli interessati (da ultimo, Cons. St., V, 7 ottobre 2008, n. 4845); e, per altro verso, che tale valutazione è di esclusiva competenza dell’Amministrazione, al qual fine questa doveva essere messa in grado di conoscere tutte le sentenze penali intervenute nei confronti dei soggetti interessati (Cons. St., V, 12 aprile 2007, n. 1723).

Gli stessi principi – e in particolare la necessità che la stazione appaltante sia posta in condizione di conoscere in termini di completezza la situazione dei concorrenti circa eventuali sentenze di condanna - sono da ritenere senz’altro applicabili anche in ordine all’art. 38 del D.Lgs. 163/2008. A maggior ragione, perché – a differenza dell’art. 75 del D.P.R. 554/1999 (che al comma 2 faceva carico ai concorrenti di produrre il certificato del casellario giudiziale per dimostrare l’inesistenza delle situazioni ostative di cui alla lett. c) -, l’art. 38 del D.Lgs. 163/2006, dopo aver disposto al comma 2 in via generale che i concorrenti attestano il possesso dei requisiti mediante autodichiarazione in cui indicano anche le eventuali condanne per le quali abbiano beneficiato della non menzione, al successivo comma 3, seconda parte, dispone che in sede di verifica delle dichiarazioni di cui commi 1 e 2 [tra le quali, appunto, quelle di che trattasi] le stazioni appaltanti “chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all’art. 21 del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all’art. 33 del medesimo decreto”, vale a dire il “certificato di tutte le iscrizioni esistenti riferite ad un determinato soggetto”.

Avuto riguardo alla delineata disciplina normativa – incentrata sulla conoscenza completa, da parte della stazione appaltante, di tutte le sentenze e decreti di condanna eventualmente esistenti a carico dei concorrenti alle gare d’appalto, per le conseguenti valutazioni circa la loro rilevanza ostativa o meno ai fini della partecipazione, appare condivisibile l’interpretazione dedotta in ricorso, secondo cui il primo comma, lett. c), del D.Lgs. 163/2006, laddove dispone che è comunque causa di esclusione la condanna per i reati di partecipazione ad un’organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, non sta ad indicare tipologie di reati diversi da quelli ostativi genericamente indicati nella prima parte della norma (“reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”), quanto piuttosto dei reati, in ordine ai quali la stazione

appaltante è priva di qualsiasi potere discrezionale di valutazione, nel senso che alle sentenze di condanna per uno o più degli stessi si connette un effetto automatico di preclusione della partecipazione ai pubblici appalti.

Ha ragione, pertanto, il Consorzio ricorrente di dolersi della propria esclusione, disposta per la ritenuta incompletezza delle dichiarazioni in questione perché mancanti della specificazione dell'inesistenza di sentenze di condanna per i reati di partecipazione ad organizzazioni criminali, corruzione, frode e riciclaggio. S'è visto, infatti, che anche tali tipologie di reati sono riconducibili alla previsione generale della stessa norma in tema di reati ostativi della partecipazione ai pubblici appalti, salva solo l'esclusione di qualunque valutazione discrezionale da parte dell'Amministrazione.

Nella specie, rileva inoltre la formulazione del bando e del disciplinare di gara: che non contengono alcuna espressa prescrizione di indicare a parte le eventuali sentenze di condanna per i reati predetti, con correlata comminatoria di esclusione, ma, come s'è visto, si limitano ad un generico riferimento alle "condizioni di cui all'art. 38, c. 1 lett. a), b), c), d), e), f), g), h), i), l) e m) del D.Lgs. n. 163/06 e s.m.i.", quali condizioni preclusive della partecipazione, e delle quali doveva essere perciò attestata l'inesistenza. E, stante la genericità di tale clausola della lex specialis, in correlazione con il disposto normativo dell'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 163/2006 (che, come s'è visto, di per sé non sembra comportare la necessità di una specifica e distinta dichiarazione circa eventuali sentenze di condanna per i reati di partecipazione a organizzazioni criminali etc.), trova applicazione il fondamentale principio, di portata generale in tema di pubblici appalti, della massima partecipazione (cfr. da ultimo Cons. St., V, 14 aprile 2008, n. 1665).

Il ricorso, pertanto, risulta fondato e va accolto, e va conseguentemente annullato il provvedimento di esclusione impugnato.

Le spese seguono, come di regola, la soccombenza, e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione terza, accoglie il ricorso in epigrafe e annulla il provvedimento impugnato, nella stessa epigrafe indicato.

Condanna il Comune di Trapani al pagamento in favore della parte ricorrente delle spese di giudizio, che liquida in € 2.000,00 (euro duemila/00) oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge e la rifusione dell'importo del contributo unificato.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 14/01/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente, Estensore

Maria Cappellano, Referendario

Antonio De Vita, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/06/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO