

Legittimo un annullamento di un'aggiudicazione (con relativa escussione della cauzione provvisoria) in quanto nel corso dell'istruttoria voluta dalla Stazione appaltante per la verifica dei requisiti di ordine morale sarebbe emerso che a carico dell' amm

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Ricorso avverso l'annullamento dell'aggiudicazione dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria l'incameramento della cauzione provvisoria, l'esclusione della concorrente dalle gare in corso e l'interdizione da quelle da indirsi dalla Stazione Appaltante per un periodo di 3 mesi, la segnalazione del fatto sia all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici sia alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Trento, nonchè l'aggiudicazione dell'appalto alla seconda impresa in graduatoria per omessa dichiarazione relativamente al cessato amministratore di sentenza del Pretore di Bolzano per il reato di cui all'art. 21 della L. 13.9.1982, n. 645, relativo alla concessione, nell'ambito dell'appalto di opere pubbliche, di subappalto o cottimo senza autorizzazione; sentenza del Pretore di Trento per il reato ex art. 590 c.p. di lesioni personali colpose; la sentenza del Tribunale di Trento per il reato di concorso in lesioni personali colpose ex art. 590 e 113 c.p., anche in riferimento all'art. 70, comma 1, del D.P.R. 7.1.1956, n. 164 (Norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro nelle costruzioni - lavori speciali) e agli artt. 7, comma 2 e 21 del D.Lgs. 19.9.1994, n. 626 (Attuazione delle direttive riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro).

Il ricorso risulta infondato in quanto, il bando di gara precisava che, "Ai sensi dell'art. 38, comma 2, del Codice i concorrenti dovranno indicare tutti i precedenti penali, anche ove ci sia stato il beneficio della non menzione sul casellario giudiziale (indicando: tipologia della pronuncia, data della condanna, data del passaggio in giudicato, titolo del reato e data della sua consumazione, entità e natura della pena), in quanto la valutazione dell'incidenza del reato sull'affidabilità morale rientra nella valutazione discrezionale della Stazione Appaltante...". La richiamata disposizione del Codice degli appalti pubblici era stata preceduta dalla L.p. 10.9.1993, n. 26, che egualmente prevede quale causa di esclusione dalle pubbliche gare la sussistenza di sentenze di condanne passate in giudicato anche con pena patteggiata ex art. 444 c.p.p. per ogni reato che incida sull'affidabilità morale e professionale degli amministratori muniti di potere di rappresentanza e del direttore tecnico, fatta sola eccezione per l'ipotesi in cui l'impresa possa dimostrare di essersi dissociata da siffatti comportamenti. Nel suddetto quadro deve essere inoltre

ricordato che lo stesso bando prevedeva che, nel caso nella specie ricorrente di dichiarazioni rese da terzi, fossero in alternativa producibili separate dichiarazioni da parte dei suddetti amministratori o del direttore tecnico, ancorché cessati dal loro incarico. A fronte di detta previsione, che riferiva all'impresa partecipante la facoltà di rendere la suddetta dichiarazione con le menzionate modalità tra di loro alternative, non può essere dunque condiviso il rilievo mosso all'impugnata statuizione nel significato qui rappresentato e, cioè, che la dichiarazione resa in base ad una diretta conoscenza sia in sé condizionata dagli stessi limiti stabiliti per l'accesso al casellario e dunque alla cognizione di dati sensibili pertinenti i soggetti ivi iscritti. Se in astratto va considerato che questi ultimi possono essere interpellati in ogni ipotesi in cui sia ipotizzabile l'esistenza di limiti alla cognizione diretta resta in ogni caso il fatto confessorialmente dichiarato dall'istante a pag. 7 del ricorso che una richiesta in tal senso sarebbe stata rivolta all'interessato con risposta negativa da parte di quest'ultimo. Dal che deve conseguentemente dedursi che la responsabilità di siffatta dichiarazione non rispondente al vero, se non è soggettivamente riferibile alla sig.ra S.

non la esonera, tuttavia, da responsabilità nei confronti della stazione appaltante, in disparte restando ogni azione nei confronti di colui che l'ha indotta in errore. In proposito, non può essere comunque sottaciuto che la stessa, subentrata al precedente amministratore, è nel contempo coniuge di quest'ultimo per cui, sia pure a solo titolo di una presunzione iuris tantum, non può ritenersi concorrentemente attendibile la sua affermazione di non essere al corrente delle vicende penali del marito.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 309 del 2 dicembre 2008, emessa dal Tar Trentino Alto Adige, Trento

Il ricorso è infondato.

1. L'Istituto trentino per l'edilizia abitativa ha indetto una gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili siti nella cosiddetta "zona R".

Per una più agevole comprensione della vicenda osserva il Collegio che, in base alle previsioni della normativa di gara (punto 5.2, b.4 della lettera invito), il legale rappresentante dell'impresa offerente doveva, a pena di esclusione, rendere specifica dichiarazione attestante "che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza passata in giudicato o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale"; inoltre, la ridetta dichiarazione andava resa anche relativamente ai direttori tecnici

e agli amministratori muniti di rappresentanza cessati nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

A tale proposito il bando specificava che "la dichiarazione resa da un legale rappresentante dell'Impresa, se coinvolgente posizioni di altre persone diverse dal dichiarante, dovrà tassativamente recare la specifica affermazione di essere a diretta conoscenza dell'insussistenza/esistenza degli eventi descritti nel presente punto b.4 a carico di dette persone; in caso contrario ogni soggetto dovrà rendere separatamente la propria dichiarazione".

La signora *****, legale rappresentante della ditta ALFA s.r.l., dichiarava contestualmente alla presentazione della richiesta di partecipazione alla gara di essere a diretta conoscenza che il precedente legale rappresentante della società, cessato dalla carica nel triennio anteriore alla pubblicazione del bando di gara, non aveva riportato né sentenze né decreti penali di condanna; successivamente alla ricezione dell'invito a partecipare alla gara l'istante presentava l'offerta, allegando la relativa documentazione e confermando che la ridetta impresa non era incorsa "in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 35, comma 1, lettere a), b), c), d), e), j), g), h) della legge provinciale 10 settembre 1993 n. 26 e ss.mm. e dell'art. 38 del Codice, nonché dell'art. 36 bis della L. 248/2006".

All'esito della gara, a seguito della quale l'appalto era stato aggiudicato alla deducente, è stata svolta da parte dell'Istituto la verifica d'ufficio dei requisiti di partecipazione, prevista dal punto 5 del bando di gara; a tale stregua è stato, poi, disposto l'annullamento della suddetta aggiudicazione ed il conseguente affidamento dell'appalto in favore di BETA Costruzioni, collocatasi al secondo posto della graduatoria sul rilievo che sarebbe stata prodotta da parte di ALFA Italiana una falsa dichiarazione; nel corso dell'istruttoria sarebbe, infatti, emerso che a carico del sig. *****, amministratore cessato dalla carica nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando di gara, risultavano iscritte nel certificato del casellario a tal fine acquisito tre sentenze ex art. 444 c.p.p. e precisamente:

- la sentenza n. 776 di data 22.6.1998 del Pretore di Bolzano per il reato di cui all'art. 21 della L. 13.9.1982, n. 645, relativo alla concessione, nell'ambito dell'appalto di opere pubbliche, di subappalto o cottimo senza autorizzazione;

- la sentenza n. 6849 di data 16.6.1999 del Pretore di Trento per il reato ex art. 590 c.p. di lesioni personali colpose;

- la sentenza n. 128 di data 7.2.2007 del Tribunale di Trento per il reato di concorso in lesioni personali colpose ex art. 590 e 113 c.p., anche in riferimento all'art. 70, comma 1, del D.P.R. 7.1.1956, n. 164 (Norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro nelle costruzioni - lavori speciali) e agli artt. 7, comma 2 e 21 del D.Lgs. 19.9.1994, n. 626 (Attuazione delle direttive riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro).

2. Alla luce della tratteggiata vicenda la questione argomentatamente proposta e da definire da parte del Tribunale concerne la sussistenza o meno nei confronti della società ALFA Italiana S.r.l. di una nominata causa di esclusione ex art. 75 del D.P.R. 21.12.1999, n. 554.

L'istante contesta i provvedimenti impugnati, deducendo con il primo ed il secondo motivo plurimi vizi per eccesso di potere e allegando, in particolare, di avere reso una dichiarazione veritiera nei limiti della propria conoscenza diretta della posizione dell'amministratore cessato dalla carica; tale, infatti, essa dovrebbe reputarsi, non essendo accessibili alla dichiarante fatti diversi da quelli emergenti dal certificato del casellario giudiziario, che nulla attestava in proposito; il che avrebbe trovato duplice conferma, da una parte, nell'intervenuto assenso alla detta dichiarazione da parte dell'interessato e, dall'altra, dalla circostanza che una S.O.A. avrebbe rinnovato di recente il certificato di liquidazione, pur essendo ad essa accessibile la certificazione completa della posizione dell'ex amministratore come figurante nel casellario giudiziario. Sotto altro profilo si deduce con il secondo mezzo che la cosiddetta conoscenza diretta sarebbe quella acquisibile con l'ordinaria diligenza, il che ella avrebbe nella specie osservato. Infine, con il terzo motivo si contesta all'ITEA di avere erroneamente ritenuto rilevanti, ai fini della valutazione della "affidabilità morale e professionale", le condanne penali subite dal sig. M. per i visti reati.

L'Istituto resiste all'introdotta ricorso, sottolineando che la stazione appaltante non avrebbe potuto che dare atto che, alla conclusione della propria meditata valutazione, l'impresa ALFA Italiana S.r.l., al momento della partecipazione alla gara in parola, non possedeva i requisiti di affidabilità richiesti.

Al riguardo, osserva il Collegio che il bando di gara precisava che, "Ai sensi dell'art. 38, comma 2, del

Codice i concorrenti dovranno indicare tutti i precedenti penali, anche ove ci sia stato il beneficio della non menzione sul casellario giudiziale (indicando: tipologia della pronuncia, data della condanna, data del passaggio in giudicato, titolo del reato e data della sua consumazione, entità e natura della pena), in quanto la valutazione dell'incidenza del reato sull'affidabilità morale rientra nella valutazione discrezionale della Stazione Appaltante...”.

La richiamata disposizione del Codice degli appalti pubblici era stata preceduta dalla L.p. 10.9.1993, n. 26, che egualmente prevede quale causa di esclusione dalle pubbliche gare la sussistenza di sentenze di condanne passate in giudicato anche con pena patteggiata ex art. 444 c.p.p. per ogni reato che incida sull'affidabilità morale e professionale degli amministratori muniti di potere di rappresentanza e del direttore tecnico, fatta sola eccezione per l'ipotesi in cui l'impresa possa dimostrare di essersi dissociata da siffatti comportamenti.

Nel suddetto quadro deve essere inoltre ricordato che lo stesso bando prevedeva che, nel caso nella specie ricorrente di dichiarazioni rese da terzi, fossero in alternativa producibili separate dichiarazioni da parte dei suddetti amministratori o del direttore tecnico, ancorché cessati dal loro incarico.

A fronte di detta previsione, che riferiva all'impresa partecipante la facoltà di rendere la suddetta dichiarazione con le menzionate modalità tra di loro alternative, non può essere dunque condiviso il rilievo mosso all'impugnata statuizione nel significato qui rappresentato e, cioè, che la dichiarazione resa in base ad una diretta conoscenza sia in sé condizionata dagli stessi limiti stabiliti per l'accesso al casellario e dunque alla cognizione di dati sensibili pertinenti i soggetti ivi iscritti. Se in astratto va considerato che questi ultimi possono essere interpellati in ogni ipotesi in cui sia ipotizzabile l'esistenza di limiti alla cognizione diretta resta in ogni caso il fatto confessorialmente dichiarato dall'istante a pag. 7 del ricorso che una richiesta in tal senso sarebbe stata rivolta all'interessato con risposta negativa da parte di quest'ultimo. Dal che deve conseguentemente dedursi che la responsabilità di siffatta dichiarazione non rispondente al vero, se non è soggettivamente riferibile alla sig.ra Sequesto, non la esonera, tuttavia, da responsabilità nei confronti della stazione appaltante, in disparte restando ogni azione nei confronti di colui che l'ha indotta in errore.

In proposito, non può essere comunque sottaciuto che la stessa, subentrata al precedente amministratore, è nel contempo coniuge di quest'ultimo per cui, sia pure a solo titolo di una presunzione iuris tantum, non può ritenersi concorrentemente attendibile la sua affermazione di non essere al corrente delle vicende

penali del marito.>

Ma non solo

Con riferimento al terzo motivo, con il quale si contesta l'apprezzamento in concreto effettuato della rilevanza dei riscontrati precedenti penali sulla moralità professionale dell'imprenditore, l'art. 38 del Codice degli appalti pubblici non precisa alcun parametro normativo per l'individuazione della persistenza di questo requisito soggettivo, ancorché riferisca la relativa indagine all'area della discrezionalità dell'Amministrazione.

E', tuttavia, avviso del Collegio che, nonostante tale riferimento normativo, la sussistenza di un'effettiva incisione della moralità in relazione ai vari eventuali reati, ove sussista contestazione in merito al rilievo di questi ultimi, appartenga alla prudente lettura di essi da parte dell'interprete, integrando la valutazione del relativo rapporto, in difetto di parametri di legge, un concetto giuridico a contenuto indeterminato, la cui cognizione è autorizzata dalla natura della giurisdizione in questa sede esercitata, che in quanto esclusiva è priva dei limiti cui è astretta quella in sede generale di legittimità.

Chiarito quanto precede deve, tuttavia, convenirsi che, a tale stregua, le sentenze nn. 776/1998 e 6849/1999 - appaiono in sé e per sé considerate scarsamente rilevanti, tenuto conto, da una parte, che si tratta di episodi risalenti nel tempo, ma anche del fatto che avevano ad oggetto il nolo di una piattaforma, peraltro in violazione del divieto di subappalto e un infortunio sul lavoro per accertata violazione delle norme antinfortunistiche, per i quali reati sono state emesse due sentenze con pena patteggiata anche a carico del M.. Quanto alla terza pronuncia in data 12.2.2007, egualmente conclusasi con patteggiamento, la responsabilità penale è stata acclarata ancora una volta per violazione delle norme infortunistiche per la quale era stato imputato l'identico amministratore in concorso con terzi nella sua qualità di subappaltatore di lavori affidati da altra impresa.

Il susseguirsi nel tempo di consimili episodi è, tuttavia, indice non equivoco di una costante negligenza nello svolgimento dell'attività professionale, il che rileva sul piano più propriamente della moralità per il fatto che sono rimasti lesi i soggetti più deboli del rapporto di lavoro allora in corso nello svolgimento di prestazioni rese in condizioni di insufficiente sicurezza. Per questo profilo rileva anche, ad onta del fatto

che la prima e la seconda sentenza siano remote nel tempo, il fatto che le indicate, analoghe violazioni si siano susseguite in date successive a comprova di una condotta non improntata ad una piena ed incondizionata affidabilità professionale.

Anche il terzo motivo va dunque disatteso, per cui, In definitiva, l'offerta presentata dall'impresa ALFA Italiana non avrebbe potuto consentire la sua partecipazione alla gara, come rettamente statuito dalla stazione appaltante.

4. Discende da quanto ora esposto, altresì, l'infondatezza della pretesa illegittimità dell'incameramento della cauzione provvisoria, nonchè l'inammissibilità della riduzione richiesta con memoria depositata il 4.7.2008.

Va egualmente e conseguentemente respinta la domanda di risarcimento

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE REGIONALE DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

DEL TRENINO-ALTO ADIGE - SEDE DI TRENINO

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 20 del 2008 proposto dall'Impresa ALFA ITALIANA S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e ***** a Beccara con domicilio eletto presso lo studio della prima in Trento, via Grazioli, 73

CONTRO

ITEA S.p.A. - ISTITUTO TRENINO PER L'EDILIZIA ABITATIVA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti ***** e ***** con domicilio eletto presso la sede dell'Ufficio Affari legali dell'***** in Trento, via Guardini, 22

e nei confronti di

BETA COSTRUZIONI DI ***** & ***** , in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio

per l'annullamento

- della nota ITEA n. 11025 di data 13.11.2007, con la quale è stato comunicato alla ricorrente l'annullamento dell'aggiudicazione dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili di proprietà di ITEA S.p.A. e ad essa affidati in gestione siti nella Zona R, lotto S255, l'incameramento della cauzione provvisoria, l'esclusione della concorrente dalle gare in corso e l'interdizione da quelle da indirsi da ITEA S.p.A. per un periodo di 3 mesi, la segnalazione del fatto sia all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici sia alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Trento, nonché l'aggiudicazione dell'appalto alla seconda impresa in graduatoria;

- della nota n. 11092 di data 13.11.2007, con la quale ITEA ha chiesto alla Cassa Rurale di Aldeno e Cadine il pagamento della **cauzione** provvisoria, nonché di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione resistente;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 10 luglio 2008 - relatore il consigliere ***** - i difensori delle parti costituite come specificato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato in data 8 - 1 gennaio 2008 e depositato il 22 successivo la società ALFA Italiana s.r.l. ha impugnato, deducendo violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili, l'annullamento dell'aggiudicazione della gara d'appalto per l'affidamento dei "lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili di proprietà di ITEA S.p.a. e ad essa affidati in gestione siti nella Zona R, lotto S255", l'avvenuto incameramento della cauzione provvisoria depositata per la partecipazione alla gara, la disposta segnalazione del fatto all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici e la conseguente annotazione nel pertinente casellario informatico, nonché l'aggiudicazione dell'appalto all'Impresa BETA Costruzioni s.a.s. di ***** & C.

Avverso tali provvedimenti, la ricorrente ha formulato i seguenti motivi di doglianza:

1) Violazione dei principi generali di tassatività delle cause di esclusione, del divieto di interpretazione analogica, del favor participationis e degli artt. 35 della L.p. 10.9.1993, n. 26, 38 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, 46 e 47 del D.P.R. 28.12.2000, n. 445

- eccesso di potere per motivazione illogica, insufficiente e contraddittoria - eccesso di potere per difetto dei presupposti;

2) Violazione dei principi generali di tassatività delle cause di esclusione, dell'impossibilità di interpretazione analogica, del favor participationis - eccesso di potere per motivazione omessa, illogica, incongrua, insufficiente e contraddittoria - eccesso di potere per manifesta illogicità;

3) Violazione di legge (artt. 35 della L.p. 10.9.1993, n. 26 e 38 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, 46) - motivazione astratta, insufficiente, incongrua, contraddittoria - difetto di istruttoria - erronea rappresentazione dei fatti - violazione dei principi generali di tassatività delle cause di esclusione, dell'impossibilità di interpretazione analogica, del favor participationis - eccesso di potere per contraddittorietà con precedenti provvedimenti e con le determinazioni degli organi competenti.

L'Istituto trentino per l'edilizia abitativa si è costituito in giudizio, controdeducendo alle argomentazioni della ricorrente e chiedendo una pronuncia di reiezione.

Alla pubblica udienza del 10 luglio 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

1. L'Istituto trentino per l'edilizia abitativa ha indetto una gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili siti nella cosiddetta "zona R".

Per una più agevole comprensione della vicenda osserva il Collegio che, in base alle previsioni della normativa di gara (punto 5.2, b.4 della lettera invito), il legale rappresentante dell'impresa offerente doveva, a pena di esclusione, rendere specifica dichiarazione attestante "che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza passata in giudicato o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale"; inoltre, la ridetta dichiarazione andava resa anche relativamente ai direttori tecnici e agli amministratori muniti di rappresentanza cessati nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

A tale proposito il bando specificava che "la dichiarazione resa da un legale rappresentante dell'Impresa, se coinvolgente posizioni di altre persone diverse dal dichiarante, dovrà tassativamente recare la specifica affermazione di essere a diretta conoscenza dell'insussistenza/esistenza degli eventi descritti nel presente punto b.4 a carico di dette persone; in caso contrario ogni soggetto dovrà rendere separatamente la propria dichiarazione".

La signora *****, legale rappresentante della ditta ALFA s.r.l., dichiarava contestualmente alla presentazione della richiesta di partecipazione alla gara di essere a diretta conoscenza che il precedente legale rappresentante della società, cessato dalla carica nel triennio anteriore alla pubblicazione del bando di gara, non aveva riportato né sentenze né decreti penali di condanna; successivamente alla ricezione dell'invito a partecipare alla gara l'istante presentava l'offerta, allegando la relativa documentazione e confermando che la ridetta impresa non era incorsa "in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 35, comma 1, lettere a), b), c), d), e), j), g), h) della legge provinciale 10 settembre 1993 n. 26 e ss.mm. e dell'art. 38 del Codice, nonché dell'art. 36 bis della L. 248/2006".

All'esito della gara, a seguito della quale l'appalto era stato aggiudicato alla deducente, è stata svolta da parte dell'Istituto la verifica d'ufficio dei requisiti di partecipazione, prevista dal punto 5 del bando di gara; a tale stregua è stato, poi, disposto l'annullamento della suddetta aggiudicazione ed il conseguente

affidamento dell'appalto in favore di BETA Costruzioni, collocatasi al secondo posto della graduatoria sul rilievo che sarebbe stata prodotta da parte di ALFA Italiana una falsa dichiarazione; nel corso dell'istruttoria sarebbe, infatti, emerso che a carico del sig. *****, amministratore cessato dalla carica nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando di gara, risultavano iscritte nel certificato del casellario a tal fine acquisito tre sentenze ex art. 444 c.p.p. e precisamente:

- la sentenza n. 776 di data 22.6.1998 del Pretore di Bolzano per il reato di cui all'art. 21 della L. 13.9.1982, n. 645, relativo alla concessione, nell'ambito dell'appalto di opere pubbliche, di subappalto o cottimo senza autorizzazione;

- la sentenza n. 6849 di data 16.6.1999 del Pretore di Trento per il reato ex art. 590 c.p. di lesioni personali colpose;

- la sentenza n. 128 di data 7.2.2007 del Tribunale di Trento per il reato di concorso in lesioni personali colpose ex art. 590 e 113 c.p., anche in riferimento all'art. 70, comma 1, del D.P.R. 7.1.1956, n. 164 (Norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro nelle costruzioni - lavori speciali) e agli artt. 7, comma 2 e 21 del D.Lgs. 19.9.1994, n. 626 (Attuazione delle direttive riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro).

2. Alla luce della tratteggiata vicenda la questione argomentatamente proposta e da definire da parte del Tribunale concerne la sussistenza o meno nei confronti della società ALFA Italiana S.r.l. di una nominata causa di esclusione ex art. 75 del D.P.R. 21.12.1999, n. 554.

L'istante contesta i provvedimenti impugnati, deducendo con il primo ed il secondo motivo plurimi vizi per eccesso di potere e allegando, in particolare, di avere reso una dichiarazione veritiera nei limiti della propria conoscenza diretta della posizione dell'amministratore cessato dalla carica; tale, infatti, essa dovrebbe reputarsi, non essendo accessibili alla dichiarante fatti diversi da quelli emergenti dal certificato del casellario giudiziario, che nulla attestava in proposito; il che avrebbe trovato duplice conferma, da una parte, nell'intervenuto assenso alla detta dichiarazione da parte dell'interessato e, dall'altra, dalla circostanza che una S.O.A. avrebbe rinnovato di recente il certificato di liquidazione, pur essendo ad essa accessibile la certificazione completa della posizione dell'ex amministratore come figurante nel casellario giudiziario. Sotto altro profilo si deduce con il secondo mezzo che la cosiddetta conoscenza diretta sarebbe quella acquisibile con l'ordinaria diligenza, il che ella avrebbe nella specie osservato. Infine, con il terzo motivo si contesta all'ITEA di avere erroneamente ritenuto rilevanti, ai fini della valutazione della "affidabilità morale e professionale", le condanne penali subite dal sig. M. per i visti reati.

L'Istituto resiste all'introdotta ricorso, sottolineando che la stazione appaltante non avrebbe potuto che dare atto che, alla conclusione della propria meditata valutazione, l'impresa ALFA Italiana S.r.l., al momento della partecipazione alla gara in parola, non possedeva i requisiti di affidabilità richiesti.

Al riguardo, osserva il Collegio che il bando di gara precisava che, "Ai sensi dell'art. 38, comma 2, del

Codice i concorrenti dovranno indicare tutti i precedenti penali, anche ove ci sia stato il beneficio della non menzione sul casellario giudiziale (indicando: tipologia della pronuncia, data della condanna, data del passaggio in giudicato, titolo del reato e data della sua consumazione, entità e natura della pena), in quanto la valutazione dell'incidenza del reato sull'affidabilità morale rientra nella valutazione discrezionale della Stazione Appaltante...”.

La richiamata disposizione del Codice degli appalti pubblici era stata preceduta dalla L.p. 10.9.1993, n. 26, che egualmente prevede quale causa di esclusione dalle pubbliche gare la sussistenza di sentenze di condanne passate in giudicato anche con pena patteggiata ex art. 444 c.p.p. per ogni reato che incida sull'affidabilità morale e professionale degli amministratori muniti di potere di rappresentanza e del direttore tecnico, fatta sola eccezione per l'ipotesi in cui l'impresa possa dimostrare di essersi dissociata da siffatti comportamenti.

Nel suddetto quadro deve essere inoltre ricordato che lo stesso bando prevedeva che, nel caso nella specie ricorrente di dichiarazioni rese da terzi, fossero in alternativa producibili separate dichiarazioni da parte dei suddetti amministratori o del direttore tecnico, ancorché cessati dal loro incarico.

A fronte di detta previsione, che riferiva all'impresa partecipante la facoltà di rendere la suddetta dichiarazione con le menzionate modalità tra di loro alternative, non può essere dunque condiviso il rilievo mosso all'impugnata statuizione nel significato qui rappresentato e, cioè, che la dichiarazione resa in base ad una diretta conoscenza sia in sé condizionata dagli stessi limiti stabiliti per l'accesso al casellario e dunque alla cognizione di dati sensibili pertinenti i soggetti ivi iscritti. Se in astratto va considerato che questi ultimi possono essere interpellati in ogni ipotesi in cui sia ipotizzabile l'esistenza di limiti alla cognizione diretta resta in ogni caso il fatto confessorialmente dichiarato dall'istante a pag. 7 del ricorso che una richiesta in tal senso sarebbe stata rivolta all'interessato con risposta negativa da parte di quest'ultimo. Dal che deve conseguentemente dedursi che la responsabilità di siffatta dichiarazione non rispondente al vero, se non è soggettivamente riferibile alla sig.ra Sequesto, non la esonera, tuttavia, da responsabilità nei confronti della stazione appaltante, in disparte restando ogni azione nei confronti di colui che l'ha indotta in errore.

In proposito, non può essere comunque sottaciuto che la stessa, subentrata al precedente amministratore, è nel contempo coniuge di quest'ultimo per cui, sia pure a solo titolo di una presunzione iuris tantum, non può ritenersi concorrentemente attendibile la sua affermazione di non essere al corrente delle vicende penali del marito.

Anche il secondo motivo introdotto deve essere respinto, dovendosi affermare che alcuna violazione del principio di massima apertura alla partecipazione alla gara si è costituito per l'omessa precisazione dei tempi nei quali le eventuali condanne sarebbero state significative ai fini considerati. L'assenza di ogni indicazione al riguardo è, infatti, sintomo della determinazione della stazione appaltante di riservarsi ogni valutazione in ordine a qualsivoglia precedente penale, se del caso anche se risalente nel tempo.

3. Con riferimento al terzo motivo, con il quale si contesta l'apprezzamento in concreto effettuato della rilevanza dei riscontrati precedenti penali sulla moralità professionale dell'imprenditore, l'art. 38 del Codice degli appalti pubblici non precisa alcun parametro normativo per l'individuazione della persistenza di questo requisito soggettivo, ancorché riferisca la relativa indagine all'area della discrezionalità dell'Amministrazione.

E', tuttavia, avviso del Collegio che, nonostante tale riferimento normativo, la sussistenza di un'effettiva incisione della moralità in relazione ai vari eventuali reati, ove sussista contestazione in merito al rilievo di questi ultimi, appartenga alla prudente lettura di essi da parte dell'interprete, integrando la valutazione del relativo rapporto, in difetto di parametri di legge, un concetto giuridico a contenuto indeterminato, la cui cognizione è autorizzata dalla natura della giurisdizione in questa sede esercitata, che in quanto esclusiva è priva dei limiti cui è astretta quella in sede generale di legittimità.

Chiarito quanto precede deve, tuttavia, convenirsi che, a tale stregua, le sentenze nn. 776/1998 e 6849/1999 - appaiono in sé e per sé considerate scarsamente rilevanti, tenuto conto, da una parte, che si tratta di episodi risalenti nel tempo, ma anche del fatto che avevano ad oggetto il nolo di una piattaforma, peraltro in violazione del divieto di subappalto e un infortunio sul lavoro per accertata violazione delle norme antinfortunistiche, per i quali reati sono state emesse due sentenze con pena patteggiata anche a carico del M.. Quanto alla terza pronuncia in data 12.2.2007, egualmente conclusasi con patteggiamento, la responsabilità penale è stata acclarata ancora una volta per violazione delle norme infortunistiche per la quale era stato imputato l'identico amministratore in concorso con terzi nella sua qualità di subappaltatore di lavori affidati da altra impresa.

Il susseguirsi nel tempo di consimili episodi è, tuttavia, indice non equivoco di una costante negligenza nello svolgimento dell'attività professionale, il che rileva sul piano più propriamente della moralità per il fatto che sono rimasti lesi i soggetti più deboli del rapporto di lavoro allora in corso nello svolgimento di prestazioni rese in condizioni di insufficiente sicurezza. Per questo profilo rileva anche, ad onta del fatto che la prima e la seconda sentenza siano remote nel tempo, il fatto che le indicate, analoghe violazioni si siano susseguite in date successive a comprova di una condotta non improntata ad una piena ed incondizionata affidabilità professionale.

Anche il terzo motivo va dunque disatteso, per cui, In definitiva, l'offerta presentata dall'impresa ALFA Italiana non avrebbe potuto consentire la sua partecipazione alla gara, come rettamente statuito dalla stazione appaltante.

4. Discende da quanto ora esposto, altresì, l'infondatezza della pretesa illegittimità dell'incameramento della **cauzione** provvisoria, nonché l'inammissibilità della riduzione richiesta con memoria depositata il 4.7.2008.

Va egualmente e conseguentemente respinta la domanda di risarcimento del danno avanzata

5. Conclusivamente il ricorso deve quindi essere respinto.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate a favore dell'Amministrazione, tenuto conto del valore della causa e dell'entità dell'attività difensiva rispettivamente svolta, nella somma di € 3.850,00, ivi compresi diritti ed onorari di difesa, oltre ad I.V.A. ed a C.P.A.;

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 20/2008, lo respinge.

Spese del giudizio a carico come da motivazione.

Così deciso in Trento, nella camera di consiglio del 10 luglio 2008, con l'intervento dei Magistrati:

dott. *****

- Presidente

dott. *****

- Consigliere

dott. *****

- Consigliere estensore

Pubblicata nei modi di legge, mediante deposito in Segreteria, il giorno 2 dicembre 2008

Il Segretario Generale

dott. *****

N.309/2008

Reg. Sent

N. 20/2008

Reg. Ric.

<https://www.diritto.it/legittimo-un-annullamento-di-un-aggiudicazione-con-relativa-escussione-della-cauzione-provvisoria-in-quanto-nel-corso-dell-istruttoria-voluta-dalla-stazione-appaltante-per-la-verifica-dei-requisiti/>