

T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. I, sentenza 17 giugno 2010 n. 1926

Contratti della P.A. – Provvedimento di esclusione per mancanza del requisito della moralità professionale - Spirato il termine quinquennale per l'estinzione del reato – Illegittimità.

N. 01926/2010 REG.SEN.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 21 e 26 della legge 1034/71 e successive modifiche e integrazioni,

Sul ricorso numero di registro generale 1123 del 2010, proposto da:

F.lli Bocca Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Cristina Pelliccia, Adriano Pilia, con domicilio eletto presso Adriano Pilia in Milano, corso di Porta Vittoria N.18;

contro

Comune di Cernusco Sul Naviglio, rappresentato e difeso dall'avv. Anna Maria Muntoni, con domicilio eletto presso Anna Maria Muntoni in Milano, Segreteria Tar;

nei confronti di

Autorita' per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Dello Stato, domiciliata per legge in Milano, via Freguglia 1;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento 9.4.2010 del Direttore dell'Area Tecnica con il quale si comunica che la Commissione di Gara ha proceduto all'esclusione della F.lli Bocca S.p.A. ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. c) del D.lgs. 163/2006 dalla gara di appalto per i lavori di riqualificazione dell'area attrezzata comunale in Cernusco sul Naviglio;

- del verbale di gara n.1 del 7.4.2010 e relativo allegato "A" recante l'esclusione di parte della Commissione della ditta F.lli Bocca S.p.A. dall'appalto de quo;
- della comunicazione n. 23741 del 9.4.2010 a firma del Presidente di gara recante la richiesta all'Autorità di vigilanza dell'inserimento nel casellario informatico ex art. 27 D.P.R. n.34/2000 della disposta esclusione;
- e per quanto occorra dell'art. 15a del bando di gara;

e sui motivi aggiunti, per l'annullamento:

-dell'annotazione sul casellario informatico ex art. 27 c. 5 D.P.R. n. 34/2000 disposta in data 08.05.2010.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cernusco Sul Naviglio;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorita' per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 09/06/2010 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Avvisate le stesse parti ai sensi dell'art. 21 decimo comma della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente impugna l'esclusione, disposta ai sensi dell'art. 38 c. 1 lett. c) D.Lgs. n. 163/06, dalla gara d'appalto per i lavori di riqualificazione dell'area attrezzata comunale in Cernusco sul Naviglio.

Il provvedimento impugnato si fonda sull'esistenza di una sentenza di condanna a carico dell'Amministratore Unico e Direttore Tecnico della ricorrente, di applicazione della pena su richiesta, pronunciata dal GUP di Vigevano in data 08.10.2004, per lesioni personali gravi ex artt. 590 c. 1 e 3, 583 c. 1, in relazione all'art. 35 c. 4 ter lett. c) D.Lgs. n. 626/94, ad una multa di Euro 2.280,00.

In sede di domanda di partecipazione, in data 31.03.2010, l'odierna ricorrente dichiarava l'esistenza del predetto provvedimento penale, allegando il certificato generale del casellario giudiziale, ed evidenziando che "in data 26.11.2009 è stata avanzata al giudice dell'esecuzione del Tribunale di Vigevano istanza di estinzione dei reati".

Con il provvedimento gravato la stazione appaltante escludeva la ricorrente, ritenendo che il reato commesso, nell'esercizio dell'attività di impresa, fosse grave, consistendo nella violazione dei doveri inerenti l'attività professionale. Si desumeva inoltre l'attinenza tra la tipologia e la

natura del reato commesso e le obbligazioni dedotte nel capitolato, concludendo per l'incidenza sull'affidabilità morale e professionale del reato.

Con il presente gravame la ricorrente lamenta un difetto di motivazione, per non aver la stazione appaltante adeguatamente dato atto di tutte le rilevanti circostanze della fattispecie, in particolare per quanto concerne il notevole lasso di tempo intercorso, nonché dell'avvenuta presentazione della dichiarazione di estinzione del reato, al momento della domanda di partecipazione.

La difesa della stazione appaltante richiama la sentenza della V sezione del Consiglio di Stato (12.06.2009 n. 3773), con la quale si è respinto l'appello avverso la sentenza del T.A.R. Lombardia, che aveva rigettato un ricorso della stessa attuale ricorrente, rivolto avverso un atto di esclusione, fondato sull'esistenza del medesimo provvedimento penale che viene in rilievo nella presente controversia.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

Osserva preliminarmente il Collegio come nel caso di che trattasi il ricorrente ha puntualmente dichiarato l'esistenza dei provvedimenti penali a suo carico, consentendo alla stazione appaltante di esprimere il giudizio richiesto dal citato art. 38 c. 1 lett. c) D.Lgs. n. 163/06.

Ancora in via preliminare il Collegio ribadisce come la valutazione necessaria all'individuazione di un reato che incida sulla moralità professionale, non deve cristallizzarsi in criteri astratti ed automatici, ma si deve adattare, alle peculiarità del caso concreto (C.S. Sez. V, 25 novembre 2002 n. 6482, T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 29 marzo 2004 n. 606).

In applicazione dei predetti principi, la citata sentenza n. 3773/2009 del Consiglio di Stato, aveva ritenuto legittima l'esclusione dell'attuale ricorrente da una procedura di affidamento, proprio sulla base della valutazioni delle peculiarità del caso concreto operate dalla stazione appaltante, che in quell'occasione aveva adottato un provvedimento di esclusione, tra l'altro, anche in relazione "alla mancata estinzione del reato, non essendo decorso il termine quinquennale previsto dall'art. 445 c. 2 c.p.p."

Le "peculiarità del caso concreto", sulle quali doveva fondarsi la valutazione di incidenza sulla moralità professionale da parte della stazione appaltante, si sono pertanto, medio tempore, modificate, rispetto alla fattispecie affrontata nella sentenza n. 3773/2009, che si riferiva ad un appalto avviato nel 2007.

Nel caso per cui è causa, il lasso di tempo intercorso dalla condanna penale, si è nel frattempo duplicato, passando da tre anni a sei, e soprattutto, è spirato il termine quinquennale per l'estinzione del reato, che ha indotto il ricorrente a formulare una specifica istanza al giudice dell'esecuzione penale, puntualmente segnalata in sede di domanda di partecipazione.

La mancanza di una pronuncia del giudice dell'esecuzione, ex art. 676 c.p.p., al momento della presentazione della domanda di partecipazione, obbliga il ricorrente a dichiarare l'esistenza del reato in sede di gara (T.A.R. Lombardia, Sez. I 28.05.08 n. 1861). Il decorso di un considerevole termine dai fatti penalmente rilevanti, del quinquennio ex art. 445 c.p.p., e la presentazione della domanda per ottenere l'estinzione del reato, non possono tuttavia rimanere senza conseguenze per la stazione appaltante, dovendosi prendere in considerazione tali fatti nella motivazione del provvedimento che esamina l'incidenza sulla moralità professionale dei reati. La prova del difetto di motivazione del provvedimento impugnato

emerge dal raffronto tra la citata sentenza n. 3773/2009 e il provvedimento stesso, nel quale si sono riportati pedissequamente i motivi di esclusione, confermati nella stessa sentenza, ad eccezione di quello relativo alla "mancata estinzione del reato, non essendo decorso il termine quinquennale previsto dall'art. 445 c. 2 c.p.p."

Il provvedimento impugnato è pertanto illegittimo, per non aver adeguatamente motivato in ordine al decorso di un congruo lasso di tempo dai fatti penalmente rilevanti, del termine quinquennale previsto per l'estinzione del reato, e rispetto all'avvenuta presentazione della relativa domanda, che tra l'altro è stata accolta in data 22.04.2010, cioè pochi giorni dopo l'esclusione dalla gara d'appalto.

Il ricorso va accolto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, in considerazione di quanto disposto nel precedente giurisprudenziale citato, salvo il rimborso del contributo unificato a favore della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo per la Lombardia – Sezione Prima – accoglie il ricorso.

Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato a favore della ricorrente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 09/06/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Elena Quadri, Presidente FF

Hadrian Simonetti, Referendario

Mauro Gatti, Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 17/06/2010.