

Decisione del Consiglio di Stato n. 1723/2007 del 12 aprile 2007

Consiglio di Stato - Sezione quinta - decisione 3 marzo 2006-12 aprile 2007, n. 1723 Presidente Iannotta – Relatore Russo Ricorrente comune di Milano – Controricorrente Imcosav di Liberatore S.

Fatto

Nell'aprile 2004 l'Ati Im.Co.Sav – Greenline Italia Srl. è risultata aggiudicataria dell'appalto indetto dal Comune di Milano relativo alle opere di risanamento delle coperture in amianto di circa quindici edifici scolastici.

Attesa la necessità di concludere i lavori prima dell'inizio dell'anno scolastico 2004/2005, nelle more della stipula del contratto, in data 8 giugno 2004 l'amministrazione comunale ha proceduto alla consegna del cantiere all'Ati medesima.

In data 13 luglio 2004, il Comune lombardo ha comunicato all'ATI l'avvio del procedimento di annullamento dell'aggiudicazione, avendo la stessa ommesso di dichiarare che il legale rappresentante della società Greenline aveva riportato, nel 1987, una condanna per omicidio colposo a causa di un incidente verificatosi in un cantiere (la condanna è stata, poi, confermata in appello nel 1994).

Nonostante l'ATI aggiudicataria abbia rappresentato la buona fede di tale omissione tenendo anche conto del fatto che si trattava di una vicenda verificatasi molti anni prima, l'amministrazione, in data 26 luglio 2004, ha proceduto comunque, in autotutela, ad annullare l'aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI e ciò sebbene i lavori fossero già in uno stadio avanzato di realizzazione (pari a oltre il 50% dell'importo totale).

Avverso tale determinazione, ed ogni altro atto a questa connesso, presupposto e consequenziale, l'Ati Imcosav – Greenline ha proposto impugnativa dinanzi al Tar Lombardia, sede di Milano, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, e conseguente condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni per i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'articolo 75 del Dpr 554/99;

motivazione perplessa e insufficiente;

eccesso di potere per difetto dei presupposti, illogicità, ingiustizia manifesta;

contraddittorietà rispetto ai criteri direttivi fissati dal Ministero e dall'Autorità di vigilanza;

eccesso di potere per assenza dei presupposti.

Secondo quanto previsto dall'articolo 75 Dpr 554/99, i partecipanti alle gare devono dichiarare l'eventuale esistenza di reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale. Ora, sia l'allora Ministero dei Lavori Pubblici che l'Autorità di vigilanza hanno individuato una serie di reati capaci di influire su tale presupposto ma tra questi non è ricompreso quello commesso dal legale rappresentante della società Greenline.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha affermato che, per tacitare l'impresa di mancanza di moralità professionale, è necessario che sia stato consumato un reato che manifesti una radicale e sicura contraddizione con i principi della professione.

Nel caso in esame, il legale rappresentante della società Greenline è stato condannato, nel 1987, per omicidio colposo a causa di un incidente avvenuto in un cantiere ma da tale evento non consegue automaticamente la mancanza di moralità professionale dell'impresa interessata.

Né l'esclusione dell'impresa dalla gara di appalto può discendere dal fatto che il legale rappresentante, avendo sottaciuto l'esistenza a suo carico di un precedente penale, abbia reso una dichiarazione mendace.

L'amministrazione avrebbe dovuto in ogni caso valutare l'incidenza di quella vicenda sull'affidabilità dell'impresa con riferimento al tempo trascorso e all'elemento psicologico del reato, cosa che invece non è avvenuta.

2) in relazione al provvedimento di secondo grado, violazione dell'articolo 3 della legge 241/90 per difetto assoluto di motivazione sul pubblico interesse, eccesso di potere per omessa comparazione degli interessi coinvolti, illogicità, sviamento.

L'amministrazione comunale ha disposto l'annullamento quando già era stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI ricorrente.

Il provvedimento impugnato si dimostra, quindi, illegittimo in quanto il Comune resistente non ha valutato l'interesse pubblico sotteso alla sua emanazione, soprattutto se si considera che: i lavori erano già in uno stato di avanzamento pari ad oltre il 50% delle opere appaltate, senza che fino a quel momento fossero state mosse contestazioni da parte della Direzione lavori; i tempi di realizzazione delle opere erano molto ristretti (inizio dell'anno scolastico 2004/2005); l'ultimazione dei lavori da parte di un altro soggetto provocherà maggiori costi.

Si è costituito in giudizio il Comune di Milano chiedendo il rigetto del ricorso perché infondato nel merito.

In prossimità della trattazione del merito in primo grado, le parti hanno fatto presente che, nelle more, l'ATI ricorrente ha ultimato i lavori di cui trattasi, come risulta dal verbale del 15 dicembre 2004 depositato in atti.

Con sentenza 227/05 il Tar per la Lombardia, Sezione terza, ha accolto il ricorso e, per l'effetto, ha annullato gli atti impugnati, compensando integralmente tra le parti le spese di giudizio. Con ricorso notificato l' 1 giugno 2005 e depositato il 13 giugno 2005 il Comune di Milano ha proposto appello avverso la predetta sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone la riforma, con conseguente rigetto del ricorso di primo grado e con vittoria delle spese, competenze ed onorari del doppio grado di giudizio.

Resiste all'appello l'Ati Imcosav – Greenline, che ne chiede la reiezione, con conseguente conferma della sentenza impugnata e con vittoria delle spese di lite.

Prima dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie illustrative.

Alla pubblica udienza del 3 marzo 2006, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione, il cui dispositivo è stato pubblicato col n. 182/06.

Diritto

L'appello del Comune di Milano è fondato e merita di essere accolto.

I primi giudici, in accoglimento del secondo motivo di ricorso, hanno ritenuto che nella specie, il provvedimento impugnato, che ha disposto l'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente, non desse adeguata contezza delle ragioni di pubblico interesse sottese alla sua emanazione atteso il tempo trascorso dalla vicenda (anno 1987) per la quale il legale rappresentante della società Greenline è stato condannato dall'Autorità giudiziaria (condanna di primo grado del 1987, confermata dal giudice di appello nel 1994), ritenendo che, sebbene corrispondesse al vero che la ricorrente non ha dichiarato, in sede di gara, che il legale rappresentante della società Greenline aveva subito una condanna per una vicenda del 1987 e che tale omissione, in base alla *lex specialis*, era sanzionata con l'esclusione, è anche vero che, prima di rilevare tale mancanza, l'Amministrazione ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI deducente e, nelle more della stipula del contratto, ha consegnato alla stessa i lavori a causa dell'urgenza connessa alla tipologia delle opere appaltate, per cui, considerata tale situazione di fatto, il Comune, prima di annullare la predetta aggiudicazione, avrebbe dovuto operare un'indagine rigorosa sulle ragioni di pubblico interesse, senza che possa ritenersi sufficiente la mera esigenza di ripristinare la legalità violata.

La sentenza impugnata, come fondatamente dedotto dal Comune appellante, merita di essere riformata per le seguenti ragioni.

Nel provvedimento di esclusione (doc. n. 12 del fascicolo di primo grado) si legge, infatti, che "il vincolo fiduciario da instaurarsi con questa amministrazione appare oltremodo compromesso dalla circostanza che il signor Valmori ha dichiarato di non trovarsi nelle condizioni previste nell'articolo 75 comma 1 lettera b) e c) del Dpr 554/99, così come modificato dal Dpr 412/00 quando, al contrario, visto il tipo e la gravità delle conseguenze del reato commesso, non poteva escludersi l'incidenza sull'affidabilità morale e professionale".

Nel verbale della Commissione di gara in data 26 luglio 2004, trasmesso all'impresa con lettera in data 27 luglio 2004 (doc. nn. 12 e 13 del fascicolo di primo grado), si rinvengono in modo esauriente le ragioni che hanno sorretto la scelta dell'Amministrazione, nonché la sua congruità e proporzionalità rispetto ai fatti contestati all'impresa.

Contrariamente a quanto asserito dal primo giudice e a quanto risulta dalla ricostruzione dallo stesso operata, il Settore Gare e Contratti ha adottato il provvedimento solo dopo aver verificato puntualmente la situazione di fatto.

Nessun errore né negligenza è imputabile all'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.

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.

Come fondatamente dedotto dall'appellante, la sentenza è, poi, errata anche nella parte in cui ha ritenuto che la Stazione appaltante non avesse valutato accuratamente l'incidenza del reato commesso dal Valmori sull'affidabilità morale e professionale.

Come, infatti, risulta dal verbale di gara (doc. n. 12 fascicolo di primo grado) 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.

Queste tre cause di esclusione, peraltro espressamente previste dal bando (doc. n. 3 fascicolo di primo grado), sono state congruamente motivate, come si legge nel verbale di gara (doc. 12 fascicolo di primo grado) e nella lettera trasmessa all'impresa (doc. nn. 13 e 14 fascicolo di primo grado), cui il verbale è allegato.

Quanto all'esistenza di una sentenza di condanna, la circostanza non è contestabile; infatti, il sig. Paolo Valmori, con sentenza di primo grado del 22.3.1989, era stato condannato – quale Presidente dell'impresa edile Tanagra – dal Tribunale di Busto Arsizio ad otto mesi di reclusione, per il delitto previsto e punito dagli articoli 589, 62 bis Cp, per avere cagionato per colpa, consistita in imprudenza, negligenza, imperizia e violazione delle norme antinfortunistiche, la morte di un operaio, oltre a lire 1.200.000 di ammenda, per le contravvenzioni previste e punite dagli articoli 77 lett. b) e lett. c) Dpr 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 (doc.n. 8 fascicolo di primo grado).

La sentenza di primo grado era stata parzialmente riformata, in data 13 gennaio 1994 dalla Corte di Appello di Milano, la quale dichiarava non doversi procedere solo per le due contravvenzioni, perché i reati erano estinti per avvenuta amnistia; tuttavia, confermava la condanna a otto mesi di reclusione, pena sospesa e non menzione, per il delitto di omicidio colposo ex articolo 589 e 62 bis Cp (doc. n. 8 cit.).

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.

Quanto all'incidenza del reato di omicidio colposo commesso dal sig. Valmori quale Amministratore Unico della Greenline Italia Srl, sull'affidabilità morale e professionale dell'impresa, la ricorrente in primo grado ne aveva contestato l'incidenza, sia per l'inidoneità di tale illecito penale a incidervi, sia in rapporto al lasso di tempo trascorso dalla condanna.

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 (cfr. CdS, Sezione quinta, 5517/01; id., 6482/02).

Nella specie l'Amministrazione ha valutato la gravità del reato commesso dal sig. Valori, Amministratore Unico della Greenline Italia Srl, in relazione alla tipologia dei lavori previsti nell'appalto, al bene leso con il comportamento delittuoso, nonché alla mancata applicazione della riabilitazione.

Ha, così, correttamente concluso per l'incidenza della condanna sull'affidabilità del lavoro da svolgere, ritenendo insufficienti e comunque non idonee le giustificazioni fornite dall'impresa in sede di contraddittorio.

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.

La Stazione appaltante ha valutato che il sig. Valmori era stato condannato per violazione della normativa antinfortunistica, non avendo adottato in cantiere nessuna misura preventiva idonea ad eliminare il pericolo di infortuni (nella specie non era stato approntato alcun ponteggio, né l'operaio era dotato di cintura di sicurezza: doc. n. 8 fascicolo di primo grado).

L'Amministrazione, dunque, non ha valutato in astratto la gravità del reato per cui il legale rappresentante era stato condannato, ma con riferimento alla fattispecie, motivando puntualmente le ragioni che hanno inciso sulla natura fiduciaria del rapporto, tenuto conto della rilevanza del precedente penale e del tipo di lavoro da eseguire.

Del resto la giurisprudenza di questo Consiglio ritiene legittimo il provvedimento di esclusione da una gara in relazione ad una sentenza di condanna con sentenza passata in giudicato per delitto che incide sul rapporto fiduciario che si deve instaurare con la P.A. (cfr. CdS, Sezione quarta, 2358/04).

L'ATI ricorrente in primo grado aveva poi sostenuto che il reato de quo non sarebbe menzionato nel casellario giudiziale del sig. Valmori, che avrebbe agito nella convinzione che detto reato fosse estinto; conseguentemente, sarebbe stata illegittima l'esclusione dalla gara dell'impresa ricorrente.

Nel provvedimento di esclusione si afferma, al riguardo, che "Né tanto meno si ritiene possa trarre in inganno la circostanza che la suddetta condanna non risulta menzionata nel casellario giudiziario: è noto, infatti, che la non menzione rappresenta un beneficio volto esclusivamente a non pregiudicare la reputazione nei confronti del soggetto nei rapporti con i privati, ma inidoneo a reintegrare quella soglia di specialità morale che la normativa di settore richiede quale requisito soggettivo per potere contrarre con la Pubblica Amministrazione".

L'Amministrazione deve, infatti, essere messa in grado di conoscere tutte le sentenze penali subite dalle persone che hanno poteri decisionali in seno alla società, anche quelle eventualmente estinte o per le quali sia stata disposta la non menzione.

Quindi la Greenline aveva l'obbligo di dichiarare in sede di gara tutte le condanne e l'omessa dichiarazione sulle condanne subite costituisce dichiarazione non veritiera e come tale rappresenta di per sé autonoma causa di esclusione o – come nel caso de quo – di annullamento dell'aggiudicazione.

Sul punto la giurisprudenza è pressoché unanime nell'affermare che l'esistenza di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti, quali la mancata dichiarazione di sentenze penali di condanna, si configura come causa autonoma di esclusione dalla gara. Questo Giudice (cfr. CdS, Sezione quinta, 3183/02) ha, infatti, sostenuto che, ai sensi dell'articolo 17, lett. m) del Dpr 34/2000, l'esistenza di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti per l'ammissione agli appalti si configura come causa di esclusione (cfr., con riferimento alla omessa dichiarazione delle sentenze di condanna riportate, CdS, Sezione quinta, 352/03; CdS, Sezione sesta, 4483/02).

La ratio dell'articolo 75 lett. c) del Dpr 554/99 è, infatti, quella di assicurare che la pubblica amministrazione contragga con società i cui titolari, amministratori e direttori tecnici siano persone affidabili moralmente e professionalmente (cfr. CdS, Sezione quinta, 5523/02).

Alla luce di quanto fin qui esposto sono, pertanto, da ritenere fondati entrambi i motivi di appello proposti avverso al sentenza di primo grado, che deve, quindi, essere riformata, con conseguente rigetto del ricorso di primo grado.

Le spese del doppio grado seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

PQM

Il CdS in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado. Spese del doppio grado a carico dell'Ati appellata, quantificate complessivamente in euro 4.000,00 oltre IVA e CAP.. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.