



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 98 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Mestrinaro S.p.A., in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con Agru Lining Italia S.r.l. e Lago Rosso soc. coop., in persona del legale rappresentante sig. Lino Mestrinaro, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Malvestio, Diego Signor e Paolo Devigili ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Trento, Via Oss Mazzurana, n. 72

contro

Provincia autonoma di Trento, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicolò Pedrazzoli, Monica Manica e Viviana Biasetti, con domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura della Provincia in Trento, Piazza Dante, n. 15

nei confronti di

- Oberosler cav. Pietro S.p.A., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con Misconel S.r.l., in persona del legale rappresentante sig. Massimo Capozzi, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Maccaferri ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Trento, Via Grazioli, n. 27;
- Misconel S.r.l., non costituita in giudizio;
- Pasquazzo S.p.A., non costituita in giudizio

per l'annullamento

- quanto al ricorso principale:
 - 1) della nota prot. n. 875/20/07 di data 8.2.2008, ricevuta in data 14.2.2008, con la quale il Dirigente del Servizio appalti, contratti e gestioni generali della Provincia autonoma di Trento ha comunicato l'esclusione del costituendo raggruppamento temporaneo d'impresa dalla procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori relativi alla realizzazione del 4° lotto, con bonifica e messa in sicurezza dell'area ai sensi del D.M. 25.10.1999, n. 471, della discarica per rifiuti urbani e speciali assimilabili Ischia Podetti nel Comune di Trento;
 - 2) del provvedimento con il quale la Stazione appaltante, nella seduta del 7.2.2008, verbale di gara n. 622, ha proceduto all'esclusione del costituendo raggruppamento temporaneo d'impresa dalla procedura ad evidenza pubblica *de quo*;
 - 3) del provvedimento interno del Dirigente del Servizio appalti, contratti e gestioni generali e del Presidente di gara del 4.2.2008, prot. n. 708/20/07;

- 4) della nota di data 16.1.2008, prot. n. 282/20/07, con la quale il Dirigente del Servizio appalti, contratti e gestioni generali ha comunicato l'avvio del procedimento volto all'esclusione dalla gara;
 - 5) della nota di data 11.1.2008, prot. n. 65/08-S131, del Dirigente del Servizio per le politiche di gestione dei rifiuti;
 - 6) degli altri verbali della Stazione appaltante e di tutti gli atti di gara nella parte in cui si è proceduto all'esclusione del costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе dalla procedura ad evidenza pubblica *de quo*;
 - 7) dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione provvisoria a terzi dell'appalto oggetto dalla procedura ad evidenza pubblica in questione;
 - 8) dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva a terzi dell'appalto;
 - 9) dell'eventuale convenzione sottoscritta con terzi dalla Provincia per l'affidamento dell'appalto;
 - 10) di tutti gli atti presupposti, connessi o conseguenti, ivi compresi il verbale di gara del 28.11.2007; la nota del 30.11.2007, prot. n. 8730/20/07, del Dirigente del Servizio appalti, contratti e gestioni generali;
- quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:
- 11) del provvedimento con il quale la Stazione appaltante, nella seduta del 4.8.2008, verbale di gara n. 670, ha proceduto ad aggiudicare in via provvisoria all'A.T.I. tra Oberosler cav. Pietro S.p.A. e Misconel S.r.l. l'appalto di cui alla suddetta gara;

12) della nota di data 5.8.2008, prot. n. 5290/20/07, con la quale il Dirigente del Servizio appalti, contratti e gestioni generali ha comunicato all'A.T.I. tra Oberosler cav. Pietro S.p.A. e Misconel S.r.l. l'avvenuta aggiudicazione provvisoria;

13) del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto;

14) del contratto di appalto di data 18.11.2008, n. rac. 38037, stipulato tra la Provincia autonoma di Trento e l'A.T.I. tra Oberosler cav. Pietro S.p.A. e Misconel S.r.l.;

15) di tutti gli atti presupposti, connessi o conseguenti, ivi compresi i verbali di gara della Commissione per la 'valutazione anomalia delle offerte' n. 1 del 19.2.2008; n. 2 del 3.3.2008; n. 3 del 24.4.2008; n. 4 del 14.5.2008; n. 5 del 21.5.2008; n. 6 del 27.5.2008; n. 7 del 4.6.2008; n. 8 del 13.6.2008; n. 9 del 13.6.2008 e n. 10 del 15.7.2008; della nota del 12.8.2008, prot. n. 9591; del processo verbale di consegna del 22.9.2008;

e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni subiti e subendi.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione provinciale intimata;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2010 il cons.

Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara di data 14 settembre 2007, prot. n. 6903/20/07, la Provincia autonoma di Trento ha indetto una procedura aperta per l'esecuzione dei *“Lavori di realizzazione del 4° lotto, con bonifica e messa in sicurezza dell'area ai sensi del D.M. 471/1999, della discarica per rifiuti urbani e speciali assimilabili Ischia Podetti nel Comune di Trento”*, alla quale hanno partecipato 8 concorrenti, fra i quali la società ricorrente in costituenda associazione temporanea d'impresе con le altre due società indicate in epigrafe.

2. Con comunicazione di data 8 febbraio 2008, che ha fatto seguito a quanto statuito con il verbale n. 662 del precedente 7 febbraio, la Stazione appaltante ha comunicato alla costituenda A.T.I. ricorrente l'esclusione dalla gara per l'insussistenza del requisito di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, in capo all'impresa Mestrinaro S.p.A. Nella specie, era risultato che il Tribunale di Venezia, in data 21 giugno 2007, aveva pronunciato una sentenza, irreversibile dal 7 novembre 2007, nei confronti del legale rappresentante e direttore tecnico dell'impresa per il reato di *“attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti”* di cui all'art. 53 *bis* del D.Lgs. 5.2.1997, n. 22.

3. Con ricorso notificato in data 14 aprile 2008 e depositato presso la

Segreteria del Tribunale il successivo giorno 28, la società ricorrente, in proprio e in qualità di mandataria della costituenda A.T.I., ha impugnato il menzionato provvedimento di esclusione, oltre agli atti indicati in epigrafe dal n. 1) al n. 10), chiedendone l'annullamento e deducendo i seguenti motivi di diritto:

I - “violazione dell’art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; dell’art. 45 della direttiva 2004/18/CE; dell’art. 3 della L. 7.8.1990, n. 241; dell’art. 4 della L.p. 30.11.1992, n. 23 - eccesso di potere per perplessità ed insufficienza di motivazione e per erroneità dei presupposti - sviamento di potere”. La ricorrente assume che non tutti i reati che incidono sulla moralità professionale giustificerebbero l’esclusione di un concorrente da una gara pubblica, dovendo associarsi al relativo accertamento l’ulteriore condizione che si tratti di reati gravi commessi in danno dello Stato o della Comunità: solo sul fondamento di detti presupposti la Stazione appaltante potrebbe, discrezionalmente e motivatamente, escludere un concorrente dalla gara; nel caso in esame, la fattispecie astratta del reato rubricato “*attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*”, di cui all’art. 53 *bis* del D.Lgs. 5.2.1997, n. 22, non sarebbe affatto qualificabile come un reato grave in danno dello Stato o della Comunità;

II - “violazione dell’art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; dell’art. 45 della direttiva 2004/18/CE; dell’art. 3 della L. 7.8.1990, n. 241; dell’art. 4 della L.p. 30.11.1992, n. 23 - eccesso di potere per perplessità ed insufficienza di motivazione e per erronea

valutazione dei presupposti - eccesso di potere per travisamento dei fatti - sviamento di potere”, posto che l’Amministrazione non avrebbe effettuato una valutazione ponderata del concreto contenuto della fattispecie esaminata dal giudice penale è difetterebbe, di conseguenza, l’equo apprezzamento dell’incidenza del reato sull’affidabilità morale del concorrente;

III - “violazione degli artt. 3 e 10 della L. 7.8.1990, n. 241; degli artt. 4 e 27 della L.p. 30.11.1992, n. 23”, in quanto non sarebbe stato controdedotto alle osservazioni presentate dalla ricorrente;

IV - “eccesso di potere per disparità di trattamento”, in relazione all’ammissione alla gara della società controinteressata, anche nei confronti della quale era emersa l’esistenza di una sentenza penale definitiva.

4. Sulla premessa che la ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria dell’appalto in questione avendo offerto il prezzo più basso, l’istante ha presentato contestuale istanza di risarcimento del danno; dapprima in forma specifica mediante l’annullamento dei provvedimenti impugnati con conseguente conferimento dell’appalto alla ricorrente e, in subordine, per equivalente, sotto il profilo del danno all’immagine commerciale da stabilirsi in via equitativa, e del mancato utile, da calcolarsi in una somma non inferiore al 10% dell’offerta economica proposta dall’istante.

5. La Provincia autonoma di Trento si è tempestivamente costituita in giudizio e, in data 21.11.2008, ha depositato copia del contratto d’appalto sottoscritto in data 18.11.2008 con l’aggiudicataria A.T.I. tra

Oberosler cav. Pietro S.p.A. e Misconel S.r.l. Nel merito, essa ha chiesto la reiezione del ricorso perché infondato.

6. Nei termini di rito si è costituita in giudizio anche la controinteressata Oberosler cav. Pietro S.p.A., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. aggiudicataria, anch'essa domandando la reiezione del ricorso.

7. Con un primo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 26 novembre 2008 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 27, la ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe dal n. 11) al n. 15), chiedendone l'annullamento e deducendo che sarebbero affetti da illegittimità derivata, atteso che su di essi inciderebbero i vizi denunciati con l'atto introduttivo.

8. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 29 aprile 2009 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il giorno 8 maggio, la ricorrente, dopo aver conosciuto il provvedimento interno prot. n. 4435/36/05 del 31.5.2006, ottenuto in data 31.3.2009 a seguito di una specifica istanza di accesso, ha dedotto la seguente ulteriore censura:

V - "eccesso di potere per contraddittorietà tra atti e per disparità di trattamento", rispetto a quanto statuito per l'ammissione alla gara della società Oberosler cav. Pietro S.p.A.

9. In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno presentato memorie illustrative delle rispettive posizioni.

10. Alla pubblica udienza del 28 gennaio 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. La società Mestrinaro contesta la legittimità della statuizione adottata dalla Provincia autonoma di Trento, tramite il Servizio appalti, contratti e gestioni generali, che ha disposto l'esclusione dell'A.T.I. tra la ricorrente e le società Agru Lining Italia e Lago Rosso da una procedura aperta sul presupposto dell'insussistenza del requisito di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, in capo al legale rappresentante e direttore tecnico sig. Lino Mestrinaro.

2. In fatto, va ricordato che la ricorrente ha partecipato ad una gara indetta per l'affidamento dei lavori relativi alla realizzazione del 4° lotto, con bonifica e messa in sicurezza dell'area, della discarica per rifiuti urbani e speciali assimilabili denominata Ischia Podetti sita nel Comune di Trento, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari.

Nella seduta di gara del 28 novembre 2007, in occasione della verifica del requisito di ordine generale relativo alla moralità professionale, è emerso che il legale rappresentante e direttore tecnico della società Mestrinaro aveva segnalato che nei suoi confronti era stata pronunciata dal Tribunale di Venezia la sentenza A525/07 del 21 giugno 2007, di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 del c.p.p., divenuta irreversibile dal 7 novembre 2007, per il reato di cui all'art. 53 *bis* del D.Lgs. 5.2.1997, n. 22. L'interessato aveva precisato, altresì, a dimostrazione dell'assunta tenuità del fatto, che il reato era stato punito con la sola pena pecuniaria della multa, interamente

condonata, e che era stato concesso il beneficio della non menzione.

La Stazione appaltante ha disposto l'ammissione con riserva della nominata A.T.I. alle successive fasi della gara in attesa di *“acquisire documenti e di richiedere gli eventuali chiarimenti necessari”*. Nella stessa seduta di gara è poi risultato che il prezzo più basso era stato offerto dall'A.T.I. Mestrinaro, Agru Lining Italia e Lago Rosso, con una proposta di ribasso pari al 46,664%, peraltro superiore alla soglia di anomalia e quindi eventualmente soggetta ad verifica.

Di seguito, l'Amministrazione ha chiesto alla società interessata copia della citata sentenza del Tribunale di Venezia, sulla cui motivazione ha poi acquisito il parere del Dirigente del Servizio per le politiche di gestione dei rifiuti. Con una nota del 16 gennaio 2008 ha dato quindi comunicazione alla deducente dell'avvio del procedimento volto alla sua esclusione dalla procedura di gara, assegnando il termine di dieci giorni per la presentazione di eventuali osservazioni.

Con provvedimento interno del 4 febbraio 2008, sottoscritto dal Dirigente del Servizio appalti, contratti e gestioni generali e dal Presidente di gara, l'Amministrazione ha riscontrato che la fattispecie penale da considerarsi riguardava un reato che, seppure non rientrante *“tra quelli espressamente codificati dalle determinazioni dell'Autorità di vigilanza n. 56/2000 e 13/2003 e dalla Circolare del Ministero dei Lavori Pubblici del 1° marzo 2000, n. 182/400/93, come incidenti sulla moralità professionale”*, non precludeva, tuttavia, all'Autorità amministrativa *“di procedere ad una valutazione discrezionale caso per caso”*. Ha quindi preso in considerazione il parere negativo espresso dal Dirigente del Servizio

per le politiche di gestione dei rifiuti, il quale aveva osservato che nell'appalto di gara *“sussistevano condizioni di lavoro del tutto analoghe alle attività contestate tali da incidere potenzialmente sul corretto svolgimento delle attività”*; che esse erano integrate dal fatto che il sig. Mestrinaro era ancora il legale rappresentante e il direttore tecnico dell'omonima società; che detta conclusione si desumeva dal *“tipo di reato, le modalità e lo specifico contesto in cui si è verificato (gestione abusiva di ingente quantitativo di materiale avente natura di rifiuto) e l'elemento psicologico che lo ha caratterizzato, ossia il dolo”*, nonché dalla *“brevità del tempo trascorso dalla pronuncia”*; ritenendo, in conclusione, che la riscontrata condanna incidesse *“negativamente sulla condotta professionale dell'impresa”* e che ciò conseguentemente ostasse alla partecipazione alla gara.

Nella seduta del 7 febbraio 2008 la Commissione di gara ha quindi escluso l'A.T.I. Mestrinaro, Agru Lining Italia e Lago Rosso dalla procedura e ricalcolata la soglia di anomalia. Previa valutazione positiva dell'offerta più bassa presentata dall'A.T.I. costituita tra Oberosler cav. Pietro S.p.A. e Misconel S.r.l., nella seduta del 4 agosto 2008 l'appalto è stato provvisoriamente aggiudicato alla nominata A.T.I., con la quale il successivo 18 novembre è stato stipulato il contratto d'appalto.

3. Così definiti i presupposti in fatto della vicenda, il Collegio può darsi ora carico delle censure introdotte, che sono peraltro infondate, per cui il ricorso deve essere respinto.

3a. Con il primo mezzo, dopo l'analisi delle differenze tra la previgente disciplina di cui all'art. 75, comma 1, lett. c), del D.P.R.

21.12.1999, n. 554, e la nuova formulazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, la ricorrente afferma che non tutti i reati che incidono sulla moralità professionale giustificerebbero l'esclusione di un concorrente da una gara pubblica, dovendo concorrere l'ulteriore condizione che si tratti di reati "gravi", commessi "in danno dello Stato o della Comunità".

Nel caso in esame, la fattispecie astratta del reato di "attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti" di cui all'art. 53 bis del D.Lgs. 5.2.1997, n. 22, non sarebbe affatto qualificabile come un reato grave in danno dello Stato o della Comunità; in altri termini, la ricorrente ritiene che l'Amministrazione abbia arbitrariamente applicato il regime del previgente art. 75 del D.P.R. n. 554 del 1999.

Il detto mezzo non presenta alcun pregio.

3b. Invero, è avviso del Collegio che la questione introdotta debba essere definita conformemente a quanto chiarito dal Consiglio di Stato che (a conferma di quanto aveva già statuito una sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 24.10.2007, n. 6162), ha sul punto precisato che "con la disposizione di cui si discute il legislatore nazionale non ha inteso riscrivere in senso più restrittivo le norme di cui ai precedenti artt. 75 del D.P.R. n. 554 del 1999 e 17 del D.P.R. n. 34 del 2000. Ha inteso invece, in linea con la disciplina previgente, esercitare la facoltà, stabilita al paragrafo 2 dell'art. 45 della menzionata direttiva 2004/18/CE, di prevedere cause preclusive ulteriori rispetto a quelle obbligatorie di cui al paragrafo 1 dello stesso articolo, anche estendendo la sfera dei reati rilevanti a quelli che interessano altri Stati membri della Comunità europea o la stessa Comunità. Quanto alla dizione

"in danno dello Stato", essa non va letta isolatamente, ma nel contesto della più ampia dizione "reati gravi in danno dello Stato (...) che incidono sulla moralità professionale"; contesto in cui appare evidente che quanto rileva non è di certo il soggetto passivo (Stato o Comunità) del reato, bensì l'idoneità di qualsiasi reato ad incidere sulla moralità professionale del soggetto che intenda partecipare ad una gara - quindi la sua affidabilità - in ragione della capacità offensiva dello stesso reato nei confronti di tutti i consociati". Una diversa tesi, che circoscriva, per esempio, i "reati in danno dello Stato" ai "delitti contro la personalità dello Stato", o ai "delitti contro la Pubblica amministrazione" (libro II, titoli I e II, c.p.), non può avere alcun pregio, in quanto "comporterebbe l'impossibilità di configurare come causa di esclusione - al di là delle condanne per i reati elencati nel citato paragrafo 1 dell'art. 45 della direttiva menzionata (cause obbligatorie di esclusione), richiamate in altra parte dello stesso art. 38, comma 1, lett. c) - la maggior parte delle condanne per delitti anche molto gravi implicanti chiaramente un vulnus alla moralità professionale" (cfr., sez. V, 23.3.2009, n. 1736).

3c. Nella fattispecie in esame, il reato per il quale il sig. Mestrinaro è stato condannato, *"attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti"* di cui all'art. 53 *bis* del D.Lgs. 5.2.1997, n. 22, ora art. 260 del D.Lgs. 3.4.2006, n. 152 (il quale ha meramente riprodotto le disposizioni della norma previgente per cui sussiste perfetta continuità normativa in tema di repressione penale della fattispecie - cfr., Cass. pen., sez. III, 29.11.2006, n. 9794), presenta indiscutibili finalità di protezione del bene complessivo ambiente e dell'ecosistema nella sua interezza, valori costituzionalmente protetti (cfr., art. 117, secondo comma, lett. s), della Costituzione) a protezione dei quali è più volte intervenuta la

Corte costituzionale per affermare *“che la materia tutela dell'ambiente ha un contenuto allo stesso tempo oggettivo, in quanto riferito ad un bene, l'ambiente, e finalistico, perché tende alla migliore conservazione del bene stesso. L'individuazione nei termini descritti della materia tutela dell'ambiente pone in evidenza un dato di rilevante importanza: sullo stesso bene (l'ambiente) concorrono diverse competenze le quali, tuttavia, restano distinte tra loro, perseguendo autonomamente le loro specifiche finalità attraverso la previsione di diverse discipline. Questo fenomeno evidenzia che, secondo il disegno del legislatore costituzionale, sono affidate allo Stato la tutela e la conservazione dell'ambiente mediante la fissazione di livelli adeguati e non riducibili di tutela”* (cfr., da ultimo, sentenza 22.7.2009, n. 225). Ne consegue che il danno ambientale, *genus* nel quale rientra la fattispecie penale ascritta al titolare della Società ricorrente, *“presenta una triplice dimensione: personale (quale lesione del diritto fondamentale all'ambiente di ogni uomo), sociale (quale lesione del diritto fondamentale all'ambiente nelle formazioni sociali in cui si sviluppa la personalità umana, ex art. 2 Cost.) e pubblica (quale lesione del diritto - dovere pubblico spettante alle istituzioni centrali e periferiche)”* (cfr., Cass. pen., sez. III, 5.4.2002).

Sul punto, illuminano la vicenda, diversamente da quanto riduttivamente ritenuto dalla ricorrente, il fatto che il processo conclusosi con la citata sentenza del Tribunale di Venezia A525/07 abbia visto la costituzione, quali parti civili, di numerose Amministrazioni comunali, provinciali e regionali, oltre che di associazioni ambientaliste, e la circostanza che la soc. Mestrinaro sia stata condannata alla refusione delle spese processuali a favore dei

Comuni di Mira, Pernumia, Granze e Padova, delle Province di Venezia e di Padova, della Regione Veneto, delle associazioni Legambiente Veneto e WW Italia.

3d. Quanto alla “*gravità*” del reato, essa deve necessariamente essere valutata in concreto:

- sia in ordine alla pena edittale comminata. Per il reato in esame la norma prevede la reclusione da uno a sei anni; nel caso di specie, la pena irrogata di € 6.840,00 di multa deriva dalla conversione, quale sanzione sostitutiva ex artt. 53 e ss. della L. 24.11.1981, n. 689, della pena detentiva di mesi 6 di reclusione (la pena base era stata determinata in mesi 13 di reclusione, ridotta per il riconoscimento delle attenuanti generiche a mesi 9, ulteriormente ridotta per il rito a mesi 6), poi condonata ai sensi dell’art. 1 della L. 31.7.2006, n. 241, avente ad oggetto la concessione di indulto, essendo stati commessi i fatti di causa anteriormente al 2.5.2006;

- sia in base alla rilevanza sociale del reato a fronte dei beni tutelati. A parere del Collegio, non v’è dubbio che il traffico illecito di rifiuti in attività organizzate, ossia con una pluralità di operazioni in continuità temporale poste in essere da diversi agenti (cfr., in termini, Cass. pen., sez. III; 10.7.2008, n. 30847) a danno dell’ambiente di vita dell’uomo, è sanzionato a tutela di un bene che costituisce un interesse pubblico primario quale “*diritto fondamentale di ogni uomo e valore di rilevanza costituzionale*” (cfr., in termini, Cass. pen., sez. III, 5.4.2002).

3e. Infine, quanto al rilievo che il sig. Mestrinaro sia stato condannato con una sentenza “*patteggiata*”, è sufficiente rispondere che, se è vero

che “*la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti non è propriamente una sentenza di condanna quoad substantiam, lo è quoad effectum, posto che la successiva norma del codice di rito dispone che, salvo diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata ad una pronuncia di condanna (art. 445 c.p.p.)*”. La Corte di Cassazione penale ha, infatti, ben chiarito siffatta attitudine della sentenza ex art. 444 c.p.p., avendo affermato che la sentenza di patteggiamento è equiparata ad una pronuncia di condanna, sicché ogni deroga al regime di tali sentenze deve risultare da un’espressa disposizione (in termini, cfr., Cass. pen., sez. VI, 1.4.2003, n. 21934). All’identica conclusione che, quanto agli effetti, la sentenza a pena patteggiata corrisponda ad una vera e propria sentenza di condanna, è pervenuta anche la giurisprudenza amministrativa, che ha ritenuto patentemente erronea l’affermazione che essa non contenga, nemmeno implicitamente, alcuna affermazione in ordine alla responsabilità penale dell’imputato. “*Valga osservare che lo stesso codice di rito fissa una condizione negativa all’emissione di una sentenza ex art. 444 c.p.p., là dove dispone che il giudice applichi la pena concordata, se <non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento a norma dell’art. 129>. E l’art 129 tra le sentenze di proscioglimento annovera quella prevista per il caso che il fatto non sussiste o l’imputato non lo ha commesso. Ne consegue che il giudice, prima di pronunciare la sentenza di applicazione della pena su richiesta, deve compiere una preliminare delibazione, sia pure allo stato degli atti, in ordine all’inesistenza di una causa di immediato proscioglimento perché il fatto non sussiste, o non è previsto dalla legge come reato o l’imputato non lo ha commesso. Solo dopo che siffatta analisi si riveli negativa, nel senso che*

sussistano agli atti prove della responsabilità dell'imputato, può procedere ad applicare la pena. In tale quadro, in cui si profila un'indiretta affermazione di responsabilità, la sentenza <conclude una fase processuale in cui l'accertamento deriva dalla contestazione del reato, collegata alla volontà dell'incolpato che, lungi dal contrastare tale contestazione, accetta le conseguenze sul piano penale> (Cass. pen., sez. IV, 6.6.1996, n. 7192)" (cfr., T.A.R. Piemonte, sez. I, 7.4.2008, n. 546).

Il primo motivo di ricorso va perciò disatteso.

4a. Con il secondo mezzo la ricorrente deduce che la Stazione appaltante non avrebbe effettuato alcuna ponderata valutazione discrezionale sul caso in esame, né congruamente analizzato la vicenda penale; a tal fine allega che al Mestrinaro non sarebbero stati contestati illeciti relativi a bonifiche di aree o concernenti la realizzazione di lavori su discariche, essendosi egli limitato, in buona fede, ad intrattenere rapporti commerciali con una società che effettuava operazioni di compravendita di conglomerato cementizio, avente natura, invece, di rifiuto. Soggiunge, inoltre, che l'Amministrazione non avrebbe considerato la tenuità della fattispecie, il tempo trascorso dalla condotta contestata, la mancanza di recidiva; che l'avvenuta concessione delle attenuanti generiche avrebbe implicato il riconoscimento del positivo comportamento tenuto dall'imputato successivamente al reato; che l'illecito sarebbe stato sanzionato con una sanzione pecuniaria oltremodo contenuta e che non sarebbe stata applicata la pena accessoria del divieto di contrarre con la Pubblica amministrazione.

4b. Tali articolati rilievi non possono essere, tuttavia, neppure in parte essere condivisi, in quanto, a parere del Collegio, l'Amministrazione non ha errato nel ritenere "grave" il reato per il quale il sig. Mestrinaro è stato condannato.

In generale, conduce a tale conclusione quella giurisprudenza, che il Collegio fa propria, che ha precisato che *"per la valutazione della gravità del reato ai fini dell'art. 38 non deve farsi applicazione dei criteri penalistici (quali la natura del reato, il genere e la specie della pena edittale o l'entità di quella concretamente inflitta); le stazioni appaltanti sono, per contro, chiamate a verificare, dimostrando in motivazione la ragionevolezza del loro giudizio, se la specifica condotta sanzionata sia in grado di interferire sulla piena affidabilità dei concorrenti in relazione allo svolgimento delle specifiche prestazioni messe a gara. Invero, al centro del giudizio sulla gravità non è tanto la persona del condannato, ma i riflessi che i reati da questi commessi abbiano prodotto sulla affidabilità dell'impresa concorrente"* (cfr., C.d.S., sez. V, 20.4.2009, n. 2364).

Nella vicenda in esame occorre, invero, considerare:

I) che i lavori oggetto dell'appalto riguardavano la realizzazione del 4° lotto con bonifica e messa in sicurezza di una discarica per rifiuti urbani, tramite l'ampliamento verso sud con eventuale sopraelevazione fino all'altezza di 260 m. s.l.m.; che le lavorazioni, in base a quanto disposto dal provvedimento che ha approvato il progetto esecutivo, prevedevano sbancamenti e scavi in terreno naturale, costruzioni di argini in terra rinforzata, riporto di inerti, ripristino della viabilità, realizzazione di un argine di vegetazione schermante, demolizioni varie, manufatti e vasche in c.a., edilizia

complementare per i manufatti, opere di isolamento edile ed altre opere specialistiche (cfr., determinazione del Dipartimento protezione civile e tutela del territorio n. 39 di data 18.6.2007); che in sede di istruttoria il Dirigente del Servizio per le politiche di gestione dei rifiuti aveva segnalato che *“anche nella bonifica e messa in sicurezza dell’area sussistono condizioni di lavoro del tutto analoghe alle attività contestate alla società Mestrinaro”* (cfr., nota di data 11.1.2008); che lo stesso Dirigente ha successivamente precisato che la fase della bonifica avrebbe richiesto *“il riempimento parziale della sezione tramite la sistemazione in rilevato o in riempimento di materiale proveniente da cave di prestito e materiale proveniente da impianti di recupero/riciclaggio”*, mentre per la fase della realizzazione della discarica erano previste *“la costruzioni di argini in terra con la sistemazione di materiali idonei provenienti da cave di prestito ... e la demolizione di strutture e manufatti in conglomerato cementizio armato ... e conferimento con trasporto in discarica autorizzata”* (cfr., nota del 28.5.2008); II) che con la sentenza del Tribunale di Venezia datata 21.6.2007 è stato contestato al rappresentante legale e direttore tecnico di Mestrinaro S.p.A. il reato di cui all’art. 53 bis del D.Lgs. n. 22 del 1997 per aver, in concorso con altro imputato, *“al fine di conseguire cospicui ingiusti profitti derivanti dall’abbattimento dei costi connessi all’espletamento secondo modalità corrette delle attività di recupero e smaltimento dei rifiuti, con più operazioni e attraverso l’allestimento di mezzi e attività continuative”*, ceduto, ricevuto, trasportato, smaltito e comunque gestito *“abusivamente ingenti quantità di materiale avente natura di rifiuto”*; ... nel corso dell’anno 2002 la società Mestrinaro aveva *“ricevuto oltre 5.000 tonnellate di materiale*

costituente rifiuto alla stregua di materia prima (c.d. conglomerato cementizio)”;

... nel periodo 7.3.2003 - 18.4.2003 Mestrinaro S.p.A. aveva conferito all'altro imputato “*cospicue quantità (approssimativamente 7.750 tonnellate) di rifiuti da demolizione identificati da CER 170107, che non potevano essere conferiti*” essendo il coimputato abilitato a ricevere altre tipologie di rifiuti; nel corso dell'anno 2003 Mestrinaro aveva “*ricevuto oltre 11.000 tonnellate di materiale costituente rifiuto alla stregua di materia prima (c.d. “conglomerato cementizio”) ... attraverso le fatture di vendita e le susseguenti operazioni di giro contabile veniva quindi dissimulata la reale sostanza dell'operazione concretante uno smaltimento fraudolento di rifiuti?*”; la ditta Mestrinaro ha proceduto quindi “*alla miscelazione del conglomerato ricevuto con altro materiale inerte onde pervenire alla diluizione degli inquinanti e lo impiegava in cantieri tra cui quello dell'Alta Capacità delle Ferrovie dello Stato sulla tratta funzionale Padova - Mestre (tanto da cagionare per effetto delle notevoli percentuali di idrocarburi pesanti contenute nel conglomerato l'inquinamento della porzione di rilevato ricadente in Comune di Vigonza, da cui la necessità di sottoporre l'area alle procedure di messa in sicurezza e bonifica ai sensi di quanto disposto dal D.M. 471/1999 ... una parte del conglomerato era stata utilizzata per realizzare il piano di calpestio dell'area di sedime dell'impianto di recupero rifiuti?*” della stessa ditta Mestrinaro; le fatture emesse da Mestrinaro S.p.A nel confronti dell'altro imputato per “*addebito servizio di trasporto di materiale inerte*” erano destinate “*in realtà, almeno in parte, per il pagamento dello smaltimento abusivo di rifiuti ricevuti alla stregua di conglomerato cementizio*”, e ad “*un prezzo concorrenziale*”, come ha inteso precisare la difesa della Società ricorrente.

4c. Non appare in tale complesso quadro di concorrenti attività delittuose seriamente contestabile che il Mestrinaro abbia posto in essere una serie di comportamenti che presentano rilevanti “*analogie*”, come ha rettamente motivato l’Amministrazione nel provvedimento impugnato, con alcune delle lavorazioni oggetto della commessa pubblica, quali i richiesti riempimenti con materiali provenienti da cave di prestito e da impianti di recupero e riciclaggio, oltre alla demolizione di strutture in conglomerato cementizio armato con conferimento del materiale in discarica autorizzata. Ma, soprattutto, è indubbio che l’aver gestito abusivamente ingenti quantità di materiale come conglomerato cementizio, avente in realtà la natura di rifiuto, per diluirlo con altra materia inerte per impiegare il composto così ottenuto in un importante cantiere di opera pubblica (l’Alta Capacità delle Ferrovie dello Stato) costituisca una condotta in grado di suscitare una grave e perdurante ipoteca sulla correttezza professionale del Mestrinaro e, dunque, della sua società.

Non giova, infine, alla ricorrente la circostanza che la sentenza sia stata pronunciata nel 2007, ma che i fatti risalgano agli anni 2002 e 2003, a fronte di un precedente da qualificarsi come “*grave*” per il quale non è stata, in ogni caso, ancora accordata la riabilitazione.

Anche il secondo motivo deve perciò essere disatteso.

5. Con quello successivo si denuncia la violazione dell’obbligo dell’Amministrazione di esaminare le memorie scritte presentate nel corso del procedimento e di confutarle analiticamente.

A questo riguardo occorre precisare che la nota con la quale

Mestrinaro S.p.A. ha versato agli atti di gara la citata sentenza del Tribunale di Venezia è datata 6 dicembre 2007, ed è quindi anteriore alla formale apertura della fase di esclusione dalla gara in ordine alla quale, nel termine prescritto, la ricorrente non ha presentato le osservazioni consentite. Peraltro, nella menzionata nota sono stati indicati tutti gli elementi, quali i costi della difesa sede penale, ove il processo non si fosse rapidamente chiuso, il maggiore danno all'immagine per la persistente risonanza dei reati ascritti, l'assenza di sanzioni materiali, nonché l'incensuratezza dell'imputato, in base ai quali il Mestrinaro, in virtù di una "*mera valutazione di convenienza economica*", avrebbe deciso, a suo tempo, di scegliere il rito del patteggiamento.

Appare, tuttavia, palese che i motivi personali e societari che sarebbero stati posti a fondamento di una sofferta decisione non spiegano alcun rilievo sui fatti e sulla condotta sanzionata con la vista sentenza penale, sicché su di essi non era necessaria alcuna concorrente motivazione a sostegno della loro obiettiva e totale ininfluenza ai fini della valutazione da compiere (cfr., C.d.S., n. 2364 del 2009, cit.).

6a. Infine, con l'ultimo motivo del ricorso principale, e con il mezzo introdotto con il secondo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente denuncia disparità di trattamento, lamentando che la Stazione appaltante avrebbe ammesso alla gara la controinteressata A.T.I. tra Oberosler cav. Pietro S.p.A. e Misconel S.r.l. che avrebbe egualmente dichiarato l'esistenza di una sentenza definitiva della Corte di

Cassazione, concernente la condanna del direttore tecnico di Oberosler S.p.A. per il reato di “*lesioni personali colpose gravi*” di cui all’articolo 590 c.p., sul rilievo che per detta Società sarebbe “*già stata operata da questa Amministrazione una valutazione con esito positivo in quanto i reati ivi descritti non sono stati ritenuti incidenti sull’affidabilità morale e professionale dell’impresa*”.

A seguito di un’istanza d’accesso (inizialmente parzialmente disattesa dall’Amministrazione provinciale; proposta con *actio ad exhibendum* con ricorso respinto da questo Tribunale, ma poi con appello accolto dal Consiglio di Stato con la pronuncia 2.3.2009, n. 1157), la deducente ha ottenuto copia del provvedimento interno, assunto in data 31.5.2006, con il quale l’Amministrazione provinciale aveva ritenuto che il reato addebitato al direttore tecnico dell’impresa Oberosler non incidesse “*sull’affidabilità morale e professionale dell’impresa*”. La ricorrente deduce al riguardo che l’Amministrazione avrebbe valutato correttamente i termini della suddetta sentenza, concludendo per la sua totale ininfluenza, ma che eguale, ponderata analisi della vicenda penale non sarebbe stata effettuata quanto al Mestrinaro, in occasione dell’istruttoria compiuta sul visto requisito soggettivo.

6b. Anche la dedotta censura non merita, tuttavia, miglior sorte di quelle precedenti.

In termini generali, la giurisprudenza amministrativa è da tempo consolidata nel significato e nel potenziale rilievo del vizio di disparità di trattamento, che si configura soltanto in presenza non già di

situazioni analoghe, ma esclusivamente quando esse siano obiettivamente identiche, sì da comportare la totale, manifesta illogicità e irrazionalità delle scelte compiute.

Ne consegue che, nel caso in esame, il raffronto operato dalla deducente è del tutto improponibile, integrando le due vicende - da un lato lesioni personali colpose e, dall'altro, plurime attività dolosamente organizzate per il traffico illecito di rifiuti - fattispecie del tutto dissimili, per le quali non rileva il profilo psicologico, ma la loro diversa incidenza sull'affidabilità del futuro contraente nel contratto della vicenda di causa.

Il lamentato vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento è, pertanto, del tutto insussistente.

7. In conclusione, sulla base delle argomentazione svolte, il ricorso deve essere respinto, congiuntamente alla prodotta domanda di risarcimento del danno.

Le spese di lite seguono la soccombenza e devono porsi a carico della parte ricorrente. Condanna conseguentemente la società Mestrinaro S.p.A. a corrispondere la somma di € 6.000,00 (seimila), oltre al 12,5% a titolo di spese generali a favore della Provincia autonoma di Trento e la somma di € 6.800,00 (seimilaottocento) (di cui € 6.000,00 per onorari ed € 800,00 per diritti), oltre a I.V.A., C.N.P.A. ed al 12,5% sull'importo degli onorari e dei diritti a titolo di spese generali, a favore di Oberosler cav. Pietro S.p.A.

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto

Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 98 del 2008, lo respinge.

Condanna la ricorrente Mestrinaro S.p.A. al pagamento delle spese di giudizio, liquidate come da motivazione.

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chietтини, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/02/2010

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

IL SEGRETARIO