



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 142 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Alfa System di Galante Carlo e C. S.a.s., rappresentato e difeso dall'avv. Francesco
Volpe, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR;

contro

Comune di Badia Polesine in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso
dagli avv. Guido Zago, Franco Zambelli, con domicilio eletto presso Franco
Zambelli in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22; Tecnologie Industriali S.r.l.,
rappresentato e difeso dagli avv. Roberto Bondi', Lucia Casella, Giovanni Scudier,
con domicilio eletto presso Roberto Bondi' in Venezia, Santa Croce, 663;
Italtecnica Impianti Elettro Audio Video di Maggiolo Gianfranco e C. S.n.c., A &
T Multimedia S.r.l., Umberto Piedi S.r.l.;

per l'annullamento

degli atti relativi all'aggiudicazione della gara a procedura aperta per l'appalto della fornitura e posa in opera di arredi, allestimenti scenici e macchina di scena del Teatro sociale di Badia Polesine, nella parte in cui la gara è stata aggiudicata alla parte controinteressata e nella parte in cui si esclude la parte ricorrente; nonché di ogni atto annesso, connesso e presupposto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Badia Polesine in Persona del Sindaco P.T. e di Tecnologie Industriali S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Tecnologie Industriali Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Roberto Bondi', Lucia Casella, Giovanni Scudier, con domicilio eletto presso Roberto Bondi' in Venezia, Santa Croce, 663;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2010 il dott. Riccardo Savoia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il raggruppamento ricorrente espone di aver partecipato a una gara per la ristrutturazione e riuso del teatro sociale di Badia Polesine, terzo stralcio, collocandosi al terzo posto.

Censura l'illegittimità dell'aggiudicazione, in quanto le prime due ditte classificate sarebbero dovute essere escluse, con derivata aggiudicazione al ricorrente medesimo.

Premesso che ai fini di giustificare il proprio interesse processuale compete al ricorrente la dimostrazione dell'illegittimità dell'ammissione non solo del

raggruppamento aggiudicatario ma anche del secondo classificato, quanto al primo osserva anzitutto che il raggruppamento sarebbe dovuto essere escluso in quanto di tipo verticale e non avrebbe indicato il riparto contrattuale, né sarebbe possibile evincere un riparto implicito, in secondo luogo per non aver soddisfatto i requisiti minimi di partecipazione relativi alle referenze tecniche, in terzo luogo, infine, perché i certificati di classe 1M di reazione al fuoco prodotti sarebbero tutti scaduti.

Quanto al secondo, precisa che una delle società partecipanti al raggruppamento non avrebbe prodotto la dichiarazione relativa all'articolo 38 del codice dei contratti, non avrebbe a sua volta soddisfatto i requisiti minimi di partecipazione relativi alle referenze tecniche né sarebbe in possesso dei certificati, o perché scaduti o perché non pertinenti.

Con l'atto di motivi aggiunti, essendosi medio tempore stipulato il contratto, chiede la declaratoria di nullità o inefficacia del medesimo, instando o per il riconoscimento del diritto all'affidamento della gara ovvero per il risarcimento del danno per equivalente.

Si costituivano l'amministrazione e i soggetti controinteressati, controdeducendo puntualmente.

Con ricorso incidentale Tecnologie Industriali S.r.l. impugnava tutti gli atti e i provvedimenti amministrativi impugnati dal ricorrente nella parte in cui l'offerta di TMA srl era stata ammessa e non esclusa, deducendo:

la violazione dell'articolo 38, comma primo, lettera e m) ter del Codice dei contratti, nonché degli articoli 3,5 e 6 del disciplinare di gara per aver omesso la mandante TMA di rendere la dichiarazione di assenza della causa di esclusione di cui al predetto articolo;

la violazione del disciplinare di gara con riferimento sia ai requisiti di capacità tecnica sia alle schede tecniche e prestazionali.

La ricorrente replicava con memoria deducendo in sostanza la contrarietà della disposizione di legge alle normative comunitarie, chiedendone la disapplicazione e insistendo per l'annullamento degli atti impugnati.

All'odierna udienza, dopo la produzione di ulteriori memorie, la causa, dopo discussione, è stata trattenuta in decisione.

Preliminare alla disamina delle doglianze contenute nel ricorso principale e nell'atto di motivi aggiunti è lo scrutinio di fondatezza del ricorso incidentale, il cui carattere paralizzante, tale da determinare l'inammissibilità per carenza di interesse, è ben noto alla giurisprudenza, in particolare nel caso in cui i soggetti ammessi alla gara siano più di due, come avviene nella specie.

Con il primo motivo di ricorso incidentale è stata dedotta la violazione di legge con riferimento all'articolo 38, comma primo, lettera m) ter del Codice dei contratti, nonché violazione degli articoli del disciplinare di gara che prevedevano la dichiarazione ai sensi del citato articolo, omissione che determinerebbe l'esclusione dell'intero raggruppamento ricorrente.

Come esattamente osserva la ricorrente incidentale, la detta dichiarazione è effettivamente stata omessa, posto che la ditta TMA ha dichiarato di non rientrare nelle ipotesi previste dall'articolo 38 giungendo fino alla lettera m) bis, senza dunque effettuare la dichiarazione prevista dalla lettera m ter, ed è altrettanto pacifico che la mancata dichiarazione comporta l'applicazione dell'articolo 38 e della lex specialis con l'esclusione del ricorrente.

Quest'ultimo, tuttavia, deduce la contrarietà della disposizione alla normativa comunitaria, sicché ne chiedono o la disapplicazione o la rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Con diffuse argomentazioni, che prendono le mosse dai lavori preparatori della disciplina normativa attinente alla sicurezza -e non alla specifica materia degli appalti-recata dall'articolo 2, comma 19, lettera a), della legge 15 luglio 2009, n. 94

che ha introdotto la lettera m) ter , sostengono difatti che la norma in esame perseguirebbe finalità estranee alla disciplina dei procedimenti a evidenza pubblica, non colpendo soggetti incorsi in circostanze volte a incrinare la loro moralità professionale e proponendosi invece di contrastare in generale fenomeni delittuosi di stampo mafioso. E, conseguentemente, si porrebbe in contrasto con l'ordinamento europeo, il quale consente agli Stati membri la previsione di ulteriori cause di esclusione, tuttavia a condizione che esse siano finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento di trasparenza, e a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire dette finalità.

Dispone dunque la norma che “Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società;

m-ter) di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano

i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio .”

Scopo della norma è dunque quello di escludere dagli appalti pubblici gli imprenditori onesti che non hanno avuto il coraggio di denunciare i fatti commessi in loro danno.

In altre parole, la causa di esclusione opera con riferimento a imprenditori “puliti” che non hanno denunciato, pur non avendo nulla a che fare con la criminalità organizzata; l'ipotesi in questione, infatti, rimane assolutamente distante e distinta rispetto a tutte quelle forme di concorso o connivenza tra imprenditori e associazioni criminali.

Per contro, l'imprenditore responsabile di gravi reati accertati con sentenza passata in giudicato, tra i quali anche quelli inerenti alla criminalità mafiosa, è escluso in ragione dell'art. 38, comma 1, lett. c), ed è chiaro che questa causa di esclusione opera anche nel caso in cui l'imprenditore si sia macchiato di fatti penalmente rilevanti che denotano contiguità con gli ambienti criminali, quali il favoreggiamento reale o personale oppure il concorso esterno in associazione mafiosa.

Ciò premesso, l'eccezione del raggruppamento ricorrente, pur dedotta con diffuse argomentazioni, deve essere respinta.

Quanto alla evidente pertinenza della disposizione con la materia degli appalti, il Collegio evidenzia che la rilevanza dell'omissione della denuncia di reati è di certo funzionale al contrasto del fenomeno criminale mafioso, ma mira a garantire la

libera concorrenza e trasparenza nel settore dei pubblici appalti, considerando inaffidabile il contraente che non abbia denunciato le illecite richieste subite dalla criminalità organizzata.

Inoltre, in una recente decisione la Corte UE, pur richiamandosi in via generale al principio della tassatività delle cause di esclusione, ha affermato che l'art. 29 della direttiva 92/50/CEE (norma questa che prima della direttiva 2004/18 UE coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi) "...deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità..." (Corte giustizia CE, sez. IV, 19 maggio 2009, causa 538/2007). Non vi è dunque una preclusione assoluta all'introduzione di ulteriori cause di esclusione dalle pubbliche gare a condizione che vengano rispettati quei fondamentali principi di trasparenza, imparzialità e proporzionalità per altro già richiamati all'art. 2 Codice Contratti. Lo Stato italiano, inoltre, potrebbe avanzare in sede europea la necessità di prevedere tale ulteriore causa di esclusione anche per evidenti ragioni di tutela dell'ordine pubblico.

Del resto nei protocolli di legalità sottoscritti tra enti aggiudicatori e stazioni appaltanti è reso evidente come l'obbligo di denuncia di ogni tentativo di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale sia funzionale a garantire la parità di trattamento e la trasparenza negli appalti pubblici.

Conseguentemente il ricorso incidentale, assorbiti gli ulteriori motivi di ricorso incidentale, deve essere accolto e dichiarata l'inammissibilità del ricorso principale.

Attesa la novità della questione sussistono ampie ragioni per disporre la compensazione integrale fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez.I, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, in accoglimento del ricorso incidentale, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Riccardo Savoia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/10/2010

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

IL SEGRETARIO