



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 Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 159 del 2009, proposto da:
Temi s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Michele Cocceani, con domicilio eletto presso la Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

contro

Comune di Udine, rappresentato e difeso dagli avv. Giangiacomo Martinuzzi, Claudia Micelli e Giuseppe Sbisà, con domicilio eletto presso il terzo, in Trieste, via Donata 3;

per l'annullamento

dei verbali della gara a procedura aperta, indetta dal Comune di Udine dd. 2.12.2008 per l'affidamento dei lavori di ampliamento e ristrutturazione della scuola d'infanzia G.Zambelli, con i quali la Commissione: a) ha ritenuto di chiedere all'ATER di Udine l'esistenza di documentazione in possesso della medesima stazione appaltante e relativa ai lavori oggetto dell'imputazione richiamata nella sentenza n. 461/08 del Tribunale di Udine, emessa a carico del legale rappresentante di Temi s.r.l.; b) ha escluso la Temi srl dalla gara;

delle comunicazioni di esclusione dd. 23.1.2009 e dd. 26.1.2009

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Udine;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2011 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La ricorrente Società impugna gli atti con cui il Comune di Udine l'ha esclusa dalla gara d'appalto a procedura aperta per l'affidamento dei lavori di ampliamento e ristrutturazione della scuola d'infanzia "G.Zambelli", a causa di una condanna ex art. 444 c.p.p. subita dall'amministratore Beniamino De Magistra (per aver concesso in subappalto parte delle opere di una precedente commessa senza autorizzazione della Stazione Appaltante ATER), ritenuta ostativa a tenore dell'art. 38, comma 1 lett. c), del D.Lg. 163/06, in quanto incidente sulla moralità professionale.

1.1. - In fatto, espone di aver partecipato alla gara *de qua* dichiarando la condanna subita dall'amministratore. La Commissione, preso atto di ciò, decideva di sospendere l'esame dell'offerta e di chiedere ulteriori chiarimenti all'ATER, che aveva bandito la gara in cui si erano verificati i fatti. Alla stregua dei chiarimenti ricevuti, la ricorrente veniva esclusa, avendo la Commissione ritenuto la condanna incidente sulla moralità professionale.

1.2. - Col presente ricorso, l'istante impugna la propria esclusione (e non anche l'esito della gara), deducendo le seguenti censure:

1) illogicità, arbitrarietà e irragionevolezza; violazione di principi di correttezza, trasparenza, imparzialità e giusto procedimento. Violazione del diritto di partecipazione al procedimento; travisamento; violazione dell'art. 4 del Disciplinare e dell'art. 46 del D.Lg. 163/06.

2) illogicità, arbitrarietà e irragionevolezza; travisamento di fatto e di diritto, carenza di motivazione; violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lg. 163/06; dell'art. 41 della Costituzione, del diritto di accesso al mercato pubblico e della libertà economica.

2. - Il Comune, costituito, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso concludendo per la sua reiezione.

3. - Il ricorso non è fondato.

3.1. - E' incontroverso in fatto che l'amministratore e legale rappresentante della Ditta ricorrente, Beniamino De Magistra, abbia subito, nel 2008, una condanna penale per il reato di cui all'art. 21 della L. 646/82, per aver concesso in subappalto parte delle opere della gara per l'affidamento della manutenzione straordinaria di 7 alloggi ATER, di cui era aggiudicatario, "in mancanza dell'autorizzazione dell'autorità competente". La sentenza, ex art. 444 c.p.p., aveva inflitto all'interessato la pena di mesi tre e giorni venti di arresto ed € 1980,00 di ammenda, con conversione della pena detentiva in pecuniaria per totali € 6160,00 di ammenda.

Di tale condanna la ricorrente aveva lealmente dato contezza nella propria domanda. La S.A., valutati i fatti, ha ritenuto che la sentenza incidesse sulla moralità professionale, ed ha quindi escluso la Ditta dalla gara.

3.2. - Col primo motivo l'istante lamenta che la Commissione abbia interpellato, per ottenere chiarimenti sul fatto, solo l'ATER e non anche la concorrente medesima, come previsto dall'art. 4 del Disciplinare, che attribuisce la facoltà di

“richiedere ai partecipanti integrazioni o chiarimento circa le informazioni contenute nella documentazione di gara”.

La censura non può essere accolta, dato che, come osserva il Comune, tale facoltà riguarda il diverso caso in cui la documentazione presentata dal concorrente necessita di essere meglio illustrata o integrata. Nella specie, la Ditta, nella propria domanda, ha dato atto dell'esistenza della sentenza. I chiarimenti sulle modalità del fatto sono stati, correttamente, chiesti dall'Ente alla Stazione Appaltante e non all'interessata, non riguardando tali notizie la documentazione presentata a corredo dell'offerta.

3.3. - Fa peraltro presente l'istante che la risposta dell'ATER appare incompleta ed eccessivamente succinta, non avendo la stessa evidenziato che, in ogni caso, per due delle ipotesi di subappalto (gli episodi contestati sono tre) le autorizzazioni erano state espressamente richieste già prima della segnalazione di ATER all'autorità giudiziaria, e che, sia pure solo successivamente, per tutte e tre vi era stato l'assenso (ancorchè postumo) della S.A.. Segnala inoltre, che ATER non aveva risolto il contratto e che la pena irrogata è minimale. Tutte queste circostanze la Commissione avrebbe potuto apprezzarle appieno se avesse fatto intervenire l'istante nel procedimento.

Il motivo non può essere accolto, dal momento che ciò che, nella specie, rileva è solo l'esistenza della condanna e la sua riferibilità alla moralità professionale.

3.4. - E infatti, col secondo motivo, la ricorrente contesta sia la gravità del reato, che la sua incidenza sulla moralità professionale

L'art. 38, comma 1, lett. c), per quanto qui rileva, prevede che sono esclusi dalle gare i soggetti “nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna 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, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”.

Si tratta quindi di verificare se è logico e razionale il giudizio della S.A. (cui spetta valutare, con ampia discrezionalità, il fatto. Si vedano, in proposito. C.S., n. 4520/10; id., n. 2822/10; e 22 n. 945/07) che ha ritenuto “grave” il reato e tale da incidere sulla moralità professionale.

Il Collegio ritiene che la motivazione dell’esclusione sia corretta.

Come sottolinea il Comune, il reato di cui trattasi non è una qualsiasi violazione della legge penale avulsa dall’ambito in cui il soggetto opera, ma è un “reato proprio” dell’appaltatore pubblico. Infatti la disposizione è contenuta in una delle leggi “antimafia” e ha lo scopo di evitare infiltrazioni malavitose degli appalti pubblici (dispone all’uopo l’art. 21 della L. 464/82 che “chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte le opere stesse, senza l’autorizzazione dell’autorità competente, è punito con l’arresto da sei mesi ad un anno e con l’ammenda non inferiore ad un terzo del valore dell’opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell’opera ricevuta in appalto..... L’autorizzazione prevista dal precedente comma è rilasciata previo accertamento dei requisiti di idoneità tecnica del subappaltatore, nonché del possesso, da parte di quest’ultimo, dei requisiti soggettivi per l’iscrizione all’Albo Nazionale dei Costruttori”).

Inoltre, come è stato giustamente evidenziato, l’aver affidato di fatto alcuni lavori in subappalto prima che l’Amministrazione si fosse pronunciata (il che rende irrilevante il fatto che, successivamente, l’autorizzazione sia stata rilasciata) ha comportato rischi sotto il profilo della sicurezza del cantiere e l’impossibilità di porre in essere tutti i controlli necessari. Come stabilito da TAR Lombardia - Milano n. 607/11 (in fattispecie simile) è esente da censura il comportamento della

Stazione Appaltante che ha ritenuto incidente sulla moralità professionale “un reato connesso al tipo di attività che il soggetto sarebbe chiamato a svolgere, non risalente nel tempo, la cui gravità è correlata alla circostanza che l'accertata condotta consiste nella violazione di doveri inderogabili che proteggono non solo il patrimonio astrattamente considerato ma anche i lavoratori dell'impresa”.

Il comportamento gravemente irregolare tenuto dalla ricorrente (che, lungi dal difendere il proprio operato in sede penale, ha preferito patteggiare la pena, con ciò dimostrando *per facta concludentia* di essere ben consapevole del reato commesso) nella gestione di un appalto pubblico, non può non riflettersi sulla sua moralità professionale, poiché esprime una intrinseca offensività degli interessi del soggetto pubblico che la normativa in materia di procedure di gara intende tutelare. E' giurisprudenza costante che “è pacifico il principio secondo cui la valutazione di incidenza o meno della fattispecie penale consumata sulla moralità professionale dell'impresa, appartiene esclusivamente all'Amministrazione, rientrando nella sua discrezionalità ritenere o meno sussistente siffatta incidenza” (in termini: Tar Lazio n. 2675/11).

In definitiva, alla stregua delle argomentazioni che precedono, il ricorso va respinto.

4. - Sussistono tuttavia le ragioni di legge per disporre la totale compensazione, tra le parti, delle spese e competenze di causa.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/11/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)