



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 della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 47 del 2012, proposto da:

- Pulitori ed Affini S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Ignazio Pagani e Massimiliano Brugnoletti, ed elettivamente domiciliata in Aosta, Piazza Accademia S. Anselmo n. 2, presso la Segreteria del T.A.R.;

contro

- il Comune di Aosta, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Lorenzo Sommo e Gianni Maria Saracco, ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Aosta, Via Challand n. 30;

nei confronti di

- Miorelli Service S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione del Comune di Aosta n. 620 del 21 giugno 2012, con cui è stato annullato in autotutela il provvedimento di aggiudicazione definitiva,

disposto a favore della ricorrente Pulitori ed Affini s.p.a. con precedente determinazione n. 391 del 26 aprile 2012;

- di tutti gli altri atti connessi e consequenziali;

- e per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Aosta;

Vista l'ordinanza n. 19/2012 con cui è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Designato relatore il primo referendario Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 17 ottobre 2012, l'Avv. Massimiliano Ferrari, su delega dell'Avv. Ignazio Pagani, per la società ricorrente, e l'Avv. Gianni Maria Saracco, per il Comune di Aosta;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 6 luglio 2012 e depositato lo stesso giorno, la ricorrente ha impugnato la determinazione del Comune di Aosta n. 620 del 21 giugno 2012, con cui è stato annullato in autotutela il provvedimento di aggiudicazione definitiva, disposto a favore della medesima ricorrente Pulitori ed Affini s.p.a. con precedente determinazione n. 391 del 26 aprile 2012.

Il presente contenzioso trova il suo presupposto nella gara bandita dal Comune di Aosta il 7 ottobre 2011 per il servizio di pulizia degli uffici comunali e delle biblioteche per un valore di € 661.160,00; la ricorrente dopo essersi aggiudicata la gara, con determinazione n. 391 del 26 aprile 2012, in seguito al preavviso di

ricorso inoltrato dalla seconda classificata Miorelli Service s.p.a., che sollevava dubbi sulla moralità professionale della predetta ricorrente aggiudicataria, riceveva il preavviso di avvio del procedimento finalizzato all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione sul presupposto di una condanna per aggio taggio subita da un suo ex amministratore e socio di maggioranza; dopo aver svolto le sue controdeduzioni, il Comune di Aosta adottava il definitivo provvedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, impugnato nella presente sede.

A sostegno del ricorso vengono dedotte innanzitutto le censure di violazione dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, di eccesso di potere per erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti, di violazione dell'art. 46, comma 1-bis, del D. Lgs. n. 163 del 2006, di violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Successivamente vengono dedotte la violazione dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, il difetto di motivazione, la carente istruttoria e la contraddittorietà.

Ulteriori censure attengono alla violazione, sotto ulteriore profilo, dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, alla motivazione erronea, al difetto di istruttoria, al travisamento dei fatti e alla carenza dei presupposti.

Infine, vengono eccepiti la violazione dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990, la violazione dell'art. 11 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e il difetto di motivazione.

Si è costituito in giudizio il Comune di Aosta, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 19/2012 è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato.

In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 17 ottobre 2012, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso non è fondato.

2. Con il primo motivo si assume l'illegittimità della determinazione impugnata, in quanto la stessa introdurrebbe un'ulteriore ipotesi di esclusione dalla gara non prevista dall'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, non avendo alcuna rilevanza la qualità di socio di maggioranza del soggetto destinatario di una condanna incidente sulla moralità professionale, essendo vietata una interpretazione estensiva delle cause di impeditive della partecipazione alle gare pubbliche.

2.1. La censura è infondata.

L'art. 38 del Codice dei contratti pubblici al comma 1, lett. c, stabilisce, tra l'altro, che non possono stipulare contratti relativi ad appalti pubblici le società di capitali i cui amministratori, muniti di poteri di rappresentanza, siano stati condannati per reati gravi che incidono sulla moralità professionale. Tale divieto opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando, qualora non sia dimostrata la completa ed effettiva dissociazione della società interessata dalla condotta penalmente rilevante.

Nel caso di specie l'amministratore legale rappresentante della società ricorrente – dott. Enrico Consoli – in data 23 maggio 2008 veniva condannato per il reato di aggio. In esito al Consiglio di amministrazione del 31 gennaio 2011 il predetto amministratore veniva invitato a rassegnare le proprie dimissioni, cui seguiva la nomina in data 9 febbraio 2011 di un nuovo Presidente del Consiglio di amministrazione.

Pertanto, essendo stato pubblicato il bando della procedura oggetto del presente contenzioso in data 7 ottobre 2011, l'anno di riferimento da considerare per le valutazioni prescritte dall'art. 38 in precedenza richiamato ha iniziato il suo decorso a partire dal 7 ottobre 2010, ricomprendendo quindi anche l'ultimo

periodo in cui il soggetto condannato ha rivestito la carica di amministratore dotato di poteri di rappresentanza.

2.2. Ciò determina l'infondatezza della predetta censura.

3. Con una successiva doglianza si assume l'illegittimità dell'atto impugnato sulla base della circostanza che l'Amministrazione non avrebbe adeguatamente motivato le ragioni poste a fondamento dell'esclusione, in violazione della normativa che imporrebbe, per la tipologia di reati in cui rientra quello commesso dall'ex Presidente del Consiglio di amministrazione, una motivazione esaustiva e riferibile al caso concreto, che invece non vi sarebbe stata, atteso che non sarebbero stati considerati né l'entità della pena irrogata, né la complessiva condotta professionale del soggetto, né l'attinenza della condanna con l'oggetto dell'appalto. Il tutto senza dare alcuna rilevanza all'avvenuta assoluzione nel giudizio penale di appello di tutti i coimputati del dott. Consoli, che a differenza del predetto avevano optato per il rito ordinario, rifiutando il patteggiamento.

3.1. La censura è infondata.

Con specifico riferimento al caso oggetto del presente contenzioso e alla partecipazione ad una gara dell'odierna ricorrente si può richiamare la decisione del Consiglio di Stato n. 2726 del 7 maggio 2012 in cui è stato espressamente affermato che il reato per cui è stato condannato il predetto amministratore è 'un illecito di "market abuse" (recante lesione della tutela del "market egalitarianism" o della "parità informativa", premessa essenziale per la regolare formazione dei prezzi), che, se pure posto in essere dal soggetto (...) "a titolo personale", non può non refluire, ad avviso del Collegio, sulla sua attività professionale di imprenditore e legale rappresentante di una società, che, in quanto operante nel mercato e per il mercato dei contratti pubblici, deve garantire alla P.A., con la quale aspiri a contrarre, quella affidabilità di assoluto rispetto delle regole della concorrenza presidianti il settore stesso (v. in proposito l'art. 2 del D. Lgs. n. 163/2006) ed il

mercato in generale, che la veduta condanna smentisce o non è quanto meno in grado di assicurare in pieno”. In senso conforme e con riferimento alla stessa concreta vicenda si sono pronunciati anche il T.A.R. Marche, con la sentenza n. 364 del 30 aprile 2011, e il T.A.R. Lombardia, Brescia, II, con la sentenza n. 1327 del 28 settembre 2011.

A ciò si può aggiungere – in replica all’argomentazione addotta nel ricorso relativamente all’intervenuta sentenza di assoluzione in appello per i coimputati del socio di maggioranza – che un rilevante indice attestante la gravità della condotta del predetto amministratore è rappresentato proprio dalla scelta di quest’ultimo di patteggiare la pena, in tal modo ammettendo esplicitamente la propria responsabilità penale.

Pertanto, la valutazione della stazione appaltante in ordine alla effettiva incidenza sulla moralità professionale del cessato presidente del Consiglio di amministrazione della società ricorrente appare del tutto corretta ed in linea con i citati e plurimi precedenti giurisprudenziali specifici.

3.2. Ciò determina la reiezione anche di questo motivo di ricorso.

4. Con una terza doglianza si deduce l’illegittimità dell’atto impugnato per aver ritenuto inidonea l’attività di dissociazione compiuta dalla società rispetto alla condotta tenuta dal l’ex Presidente del Consiglio di amministrazione, fondandola principalmente sulla circostanza che il predetto soggetto possieda ancora una quota largamente maggioritaria della stessa società (oltre il 90% delle azioni), senza tuttavia considerare che la posizione di socio non può essere espropriata di imperio da parte dell’organo amministrativo societario. Del resto nessun elemento sarebbe stato fornito dal Comune per dimostrare la fondatezza della presunzione di un permanente e penetrante potere gestorio da parte del socio di maggioranza, che per statuto non sarebbe dotato assolutamente di tale prerogativa; in ogni caso l’attività di dissociazione posta in essere si sarebbe dovuta ritenere sufficiente non

essendo possibile procedere con incombenze ulteriori (azione di responsabilità, ad esempio), non sussistendone i presupposti. Infine sui tempi della dissociazione e sulla strumentalità della stessa, la normativa non avrebbe tipizzato alcunché in merito e quindi l'idoneità della condotta societaria dovrebbe valutarsi con riguardo al momento della pubblicazione del bando.

4.1. Anche questa censura è infondata.

La normativa, richiedendo che la dissociazione sia effettiva e completa, piuttosto che alla forma e ai tempi della stessa, attribuisce importanza ai suoi effetti finali.

Nel caso di specie gli indici adottati dalla stazione appaltate sembrano alquanto precisi e inequivoci nell'individuare una apparenza e una strumentalità nell'azione di dissociazione posta in essere dalla società ricorrente nei confronti del suo ex amministratore.

Innanzitutto non può escludersi, anzi apparendo molto probabile il contrario, che “tale comportamento, in linea di principio idoneo a dimostrare la reale volontà dissociativa, non [sia] sufficiente a garantire la ratio perseguita dalla norma, atteso che la compagine sociale non risulta essere stata modificata. In ragione di ciò, l'amministratore cessato, destinatario di condanna ostativa alla partecipazione alla gara, risultava, alla data della presentazione della domanda, titolare del 95% del capitale sociale della società partecipante. Pur non avendo esso poteri di rappresentanza verso l'esterno, quindi, non può escludersi che, in tale situazione, la guida della società sia comunque rimasta in capo al soggetto condannato, con conseguente esclusione dell'affidabilità anche dell'impresa.

Appare piuttosto intuitivo, infatti, che il socio in possesso di una tale, schiacciante, maggioranza di capitale, pur non avendo la possibilità, in punto di diritto, di impegnare l'impresa verso l'esterno, sia comunque il soggetto che, di fatto, determina la politica aziendale e ne guida l'attività” (T.A.R. Lombardia, Brescia, II, 9 giugno 2011, n. 888).

Inoltre il lungo tempo trascorso dalla data della condanna rispetto al momento della dissociazione e soprattutto le motivazioni poste a base della stessa sono un chiaro indice della sua strumentalità e delle riserve con cui si è proceduto in tal senso, essendo state espressamente fatte salve tutte le azioni intraprese avverso le esclusioni dell'impresa dalla gare pubbliche. Ciò pare rafforzato anche dalle cessioni delle quote azionarie in possesso del socio di maggioranza che sostanzialmente ha mantenuto invariata la sua quota societaria, pur consentendo l'ingresso di un nuovo socio con una partecipazione meramente simbolica (0,1% del capitale).

Inoltre non appare giustificabile il mancato avvio di un'azione di responsabilità nei confronti dell'ex amministratore in ragione dell'asserita mancanza di danni patrimoniali subiti dalla società, atteso che certamente la vicenda giudiziaria che ha riguardato il predetto soggetto ha prodotto dei danni non patrimoniali e comunque dopo l'esclusione da alcune gare (da cui sono scaturiti i contenziosi in precedenza), molto probabilmente ha determinato anche danni di natura patrimoniale.

4.2. Pertanto, anche questa censura deve essere respinta.

5. Con l'ultima doglianza si assume l'illegittimità del provvedimento impugnato in ragione della mancata valutazione e successiva esplicitazione, in sede di esercizio del potere di autotutela, della sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento e della ponderazione dell'interesse pubblico con quello del privato, destinatario dell'atto annullato.

5.1. La censura è da respingere.

L'imperatività della normativa posta a presidio della moralità negli appalti pubblici rende obbligato l'annullamento in autotutela degli atti in contrasto con la predetta normativa e laddove, per il ristretto lasso di tempo intercorso tra l'adozione dell'atto viziato e il suo annullamento, non si sia potuto creare e consolidare alcun affidamento da parte del destinatario dello stesso, il semplice richiamo alla normativa violata deve ritenersi idoneo a fondare e a legittimare il provvedimento

di autotutela. Nel caso di specie, l'annullamento è avvenuto a meno di due mesi dall'aggiudicazione definitiva dell'appalto e sono state considerate le esigenze di tutelare l'affidamento dell'Amministrazione al rispetto delle regole di concorrenza e del principio di buon andamento (cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 8 febbraio 2012, n.85).

5.2. Ciò determina il rigetto anche di questa censura.

6. In esito a quanto evidenziato in precedenza il ricorso deve essere respinto.

6.1. La reiezione del ricorso determina di conseguenza anche il rigetto della domanda di risarcimento del danno, in assenza di uno dei suoi presupposti costitutivi, rappresentato dall'illegittimità del provvedimento impugnato (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 6 ottobre 2010, n. 6863).

7. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo nei confronti del Comune di Aosta, mentre si compensano nei confronti della controinteressata non costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (Sezione Unica), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso indicato in epigrafe; respinge, altresì, la domanda di risarcimento del danno.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore del Comune di Aosta nella misura di € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre oneri di legge; le compensa nei confronti della controinteressata non costituita.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del 17 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Antonio De Vita, Primo Referendario, Estensore

Antonino Masaracchia, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/10/2012

IL SEGRETARIO

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