



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 Campania
sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1081 del 2010, proposto da:
costituenda A.T.I. tra la soc. Eredi Sale Antonio S.R.L.", soc. EDIL
RI.PA di Palumbo Alfonso & c e la Ditta Nuova Logica,
rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Spinelli e Demetrio Fenucciu,
con domicilio eletto presso Avv. Demetrio Fenucciu in Salerno, via
Memoli,12;

contro

Comune di Castel San Giorgio in Persona del Sindaco P.T.,
rappresentato e difeso dall'avv. Rosa Russo, con domicilio eletto
presso Avv. Rosa Russo in Salerno, V. Roma C/Opiscitelli P.Zo di
Citta;

per l'annullamento

del verbale di gara n.6/2010, recante l'esclusione dei ricorrenti dalla

gara per l'affidamento della concessione di lavori pubblici avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva per la costruzione e la successiva gestione di un parcheggio;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Castel San Giorgio in Persona del Sindaco P.T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2011 il dott. Sabato Guadagno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la costituenda A.T.I. tra la soc. Eredi Sale Antonio S.R.L", soc. EDIL RI.PA di Palumbo Alfonso & c e la Ditta Nuova Logica, del verbale di gara n.6/2010, recante l'esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento della concessione di lavori pubblici, avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva per la costruzione e la successiva gestione di un parcheggio per l'asserita carenza dei requisiti dei requisiti di cui all'art. 38, co. 1, lett. c) ed e), d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 e dei requisiti di capacità economica-finanziaria e tecnico-organizzativa

richiesti al punto 7) del Disciplinare di gara.

Avverso il provvedimento di esclusione la costituenda A.T.I. ha dedotto le seguenti censure:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. c) ed e), D.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 - codice dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture, violazione dell'art. 3 della L. l. n. 241 del 1990 ed eccesso di potere per travisamento, errore nei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione.

2) violazione dell'art. 98 del D.P.R. n. 544 del 1999, 38 e 39 D.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, artt. 2424, 2438, 2433,2442, 2481, 2481 bis c.c. punto 7 del disciplinare ed eccesso di potere per travisamento, errore nei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione.

Si è costituito in giudizio il comune di Castel San Giorgio, deducendo l'infondatezza del gravame.

Il Collegio ha respinto l'istanza cautelare con ordinanza n. 86/2010, confermata in appello dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 3324/2010.

DIRITTO

Oggetto della presente controversia è il provvedimento dell'intimata Amministrazione comunale di Castel San Giorgio, che ha disposto l'esclusione della ricorrente costituenda A.T.I. tra la soc. Eredi Sale Antonio S.R.L.",, soc. EDIL RI.PA di Palumbo Alfonso & c e la Ditta Nuova Logica dalla gara per l'affidamento della concessione di lavori pubblici, avente ad oggetto la progettazione definitiva ed

esecutiva per la costruzione e la successiva gestione di un parcheggio per l'asserita carenza dei requisiti dei requisiti di cui all'art. 38, co. 1, lett. c) ed e), d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 e dei requisiti di capacità economica-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti al punto 7) del Disciplinare di gara.

Il ricorso è infondato.

Non può trovare accoglimento la prima censura di violazione dell'art. 38, comma primo, lett. c) ed e) del D.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, dell'art. 3 della L. 1. n. 241 del 1990 ed eccesso di potere per travisamento, errore nei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, con cui la parte ricorrente assume che la sentenza di condanna con patteggiamento ex. art. 444 c.p.p. del G.I.P. del Tribunale di Salerno n. 651/2005 a sei mesi di reclusione con pena sospesa nei confronti del sig. Sale Eduardo, legale rappresentante e responsabile tecnico della società Eredi Sale Antonio s.r.l., facente parte della costituenda A.T.I. ricorrente, non possa rientrare nella previsione normativa del suddetto art. 38, comma primo, lett. c) ed e) del D.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, concernente i reati, che incidono sulla moralità professionale delle imprese concorrenti a gare di appalto pubbliche, trattandosi di reato colposo, risalente a vari anni prima e non incluso nella tipologia indicata e d'altronde l'amministrazione non ha istruito e motivato adeguatamente il provvedimento, omettendo di valutare la mancanza di affidabilità e moralità dell'impresa, specie alla luce della professionalità dimostrata

nel corso del tempo.

Al riguardo il Collegio rileva che l'art. 38 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, che ha sostituito la disciplina previgente sulle cause di esclusione dalle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (artt. 75, d.P.R. n. 544 del 1999 e 17, d.P.R. n. 34 del 2000), prevede una normativa unitaria valevole indistintamente per tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture.

Nella parte relativa agli illeciti penali incidenti sulla moralità professionale dei concorrenti (art. 38, co. 1, lett. c), rispetto alla pregressa mancata predeterminazione dei tipi di reato, il legislatore ha distinto due categorie di reati.

La prima tipologia di fattispecie criminose (partecipazione ad una organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio), individuate e definite dall'art. 45 della direttiva Ce n. 2004/18 e non dal codice penale italiano, è causa di esclusione in ogni caso e preclude quindi qualsiasi valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante: la ratio di tale norma tiene conto della circostanza che alle gare comunitarie partecipano anche operatori stranieri e quindi l'individuazione delle figure criminose è stato fatto è stata disposta non solo con riferimento all'ordinamento italiano, ma anche a quello comunitario.

La seconda tipologia di reati fa invece riferimento a “reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”, ma non è rinvenibile né nell'ordinamento penale

italiano, né in quello comunitario una categoria di reati in danno dello Stato o della Comunità.

Mancando una indicazione normativa tassativa ed esaustiva, in quest'ultima tipologia è configurabile un margine di apprezzamento discrezionale della stazione appaltante sia sulla incidenza del reato sulla moralità professionale, sia sulla gravità offensiva del fatto per lo Stato o per la Comunità e non vi sono ragioni ostative per valutare non solo i delitti dolosi, ma anche le contravvenzioni ed i reati colposi.

L'Autorità di vigilanza ha chiarito che la norma in esame richiama il concetto di immoralità professionale, restringendo il campo di applicazione della causa di esclusione a quei fatti illeciti che manifestano una radicale contraddizione con i principi deontologici della professione. La mancanza di parametri fissi e la genericità della prescrizione lascia un ampio spazio di valutazione discrezionale per la stazione appaltante che consente alla stessa margini di flessibilità operativa al fine di un apprezzamento delle singole concrete fattispecie, con considerazione di tutti gli elementi delle stesse che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali ad es., l'elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive, il bene protetto dalla norma incriminatrice, tenuto anche conto dell'oggetto e delle caratteristiche dell'appalto; inoltre la norma, facendo riferimento alla gravità dei reati oggetto della valutazione, presuppone una ponderazione circostanziata e selettiva

degli stessi (cfr. parere 21 maggio 2008, n. 162; deliberazione 9 maggio 2007, 123).

Contribuisce, sul piano sistematico, a selezionare i reati che la stazione appaltante può legittimamente porre a base del provvedimento di esclusione, la norma sancita dalla lett. e) del medesimo comma, nella parte in cui si riferisce a “gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza .. dai rapporti di lavoro”.

Sotto tale angolazione risulta ancora più rafforzato l'indirizzo giurisprudenziale, secondo cui sia l'omicidio colposo che le lesioni personali colpose, commesse con violazione delle norme antinfortunistiche, integrano la causa di esclusione prevista dalla norma in commento (Cons. St., sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723; sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7195 e Cons. St. sez. V, 12 giugno 2009 n. 3773).

Pertanto – contrariamente all'assunto di parte ricorrente- la condanna per reati colposi contro la vita e l'incolumità individuale, aggravati dalla violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, può costituire legittima causa facoltativa di esclusione dalle procedure di appalti pubblici, a mente del combinato disposto degli artt. 38, co. 1, lett. c), ed e), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 con una doverosa precisazione: in tal caso l'esclusione dalla gara ha carattere discrezionale ed è perciò necessaria una congrua motivazione.

Orbene, nella fattispecie in esame, come si evince dalla disamina dell'impugnato verbale di gara n. 6 in data 9 aprile 2010 a) che la Commissione di gara non si è semplicemente limitata a richiamare la sentenza di condanna con patteggiamento ex. art. 444 c.p.p. del G.I.P. del Tribunale di Salerno n. 651/2005 a sei mesi di reclusione con pena sospesa nei confronti del sig. Sale Eduardo, legale rappresentante e responsabile tecnico della società Eredi Sale Antonio s.r.l., facente parte della costituenda A.T.I. ricorrente, ma ha motivato puntualmente e specificamente, evidenziando che si era in presenza di un omicidio colposo aggravato in conseguenza del decesso di un lavoratore dipendente “in ragione della violazione della disciplina sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e precisamente dell’art. 11 D.P.R. n. 164/1956 e dell’art. 345 D.P.R. n. 547/1955, nonché dell’inosservanza delle disposizioni specifiche previste dal piano operativo di sicurezza e dal manuale di istruzioni e più in generale delle regole di prudenza e diligenza” ed ha altresì specificato sia il mancato rispetto della distanza minima della piattaforma che la mancata interruzione della tensione di linea, precauzioni, che, ove adottate, avrebbero potuto impedire il verificarsi del luttuoso evento. In base alle conclusioni cui si è pervenuto in ordine a tali profili di gravame, avente carattere autonomo e preclusivo di per sé all’ammissione alla gara della parte ricorrente, il ricorso va respinto, assorbiti gli ulteriori profili di censura

Le spese di giudizio, in base all'ordinario criterio della soccombenza,

sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento in favore dell'intimata Amministrazione comunale delle spese ed onorari del giudizio, liquidate nella complessiva somma di 2000 €, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Onorato, Presidente

Sabato Guadagno, Consigliere, Estensore

Ferdinando Minichini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/03/2011

IL SEGRETARIO

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