

N. 00930/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00622/2011 REG.RIC.



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 la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 622 del 2011, proposto da:

Moviter Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Bertazzolo,
Andrea Frigo e Elisa Toffano, con domicilio eletto presso Andrea
Frigo in Brescia, p.za Vittoria, 8;

contro

A2A Calore e Servizi Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vito
Salvadori e Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso Vito
Salvadori in Brescia, via XX Settembre, 8;

A2A Spa, non costituita in giudizio;

nei confronti di

P.G.S. Asfalti Spa, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. ACM/APP/TLR/053/2011/PO/FC del 24 marzo 2011 di sospensione del giudizio di idoneità relativo al sistema di qualificazione n. 01/2008;
- di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e conseguente; nonché per la condanna di A2A Calore & Servizi s.r.l. al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A2A Calore e Servizi Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2011 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Visto l'art. 120, sesto comma, e l'art. 60, dallo stesso richiamato, del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che consentono al giudice amministrativo, adito in sede cautelare, di definire il giudizio con "sentenza succintamente motivata", ove la causa sia di agevole definizione nel rito o nel merito e ritenuto di potere adottare tale tipo di sentenza, attesa la completezza del contraddittorio e il decorso di più di dieci giorni dall'ultima notificazione del ricorso, nonché la superfluità di ulteriore istruttoria;

2. Sentite le parti presenti, le quali non hanno manifestato l'intenzione di proporre motivi aggiunti, regolamento di competenza o di giurisdizione;

3. Considerato in fatto:

3.1. A seguito della pubblicazione, da parte di Aem Servizi e Calore s.p.a., del bando finalizzato alla qualificazione per l'inserimento nell'elenco delle imprese che possono essere invitate a procedure ristrette o negoziate per la realizzazione di reti di riscaldamento in Milano e Provincia per il periodo 20.5.2008-19.5.2011, la PGS Aslfati s.p.a. presentava la propria richiesta di partecipazione in raggruppamento temporaneo con la ditta Moviter s.r.l. (mandante al 40 %). Il procedimento si concludeva con esito positivo, comunicato il 23 giugno 2010 da A2A Calore & Servizi s.r.l., *medio tempore* subentrata per effetto della nascita della multiutility A2A s.p.a..

Il successivo 13 luglio 2010 la Moviter (e non anche la capogruppo PGS) riceveva una richiesta di informazioni con riferimento a notizie di stampa relative ad un presunto "amministratore di fatto" assoggettato ad un non meglio precisato provvedimento cautelare; il tutto con probabile specifico riferimento non alla qualificazione di cui sopra, ma a commesse affidate direttamente a Moviter.

Dopo il riscontro negativo di Moviter, che ha attestato l'assenza di deleghe a soggetti terzi rispetto all'Amministratore formalmente nominato, il 24 marzo 2011 la ricorrente riceveva l'impugnato provvedimento con cui A2A Calore e servizi ha sospeso il giudizio di

idoneità della costituenda A.T.I. con PGS Asfalti, a causa dell'insorgenza della causa di esclusione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. f) del d. lgs. n. 163 del 2006 a carico della Moviter.

3.2. Ritenendo illegittimo il provvedimento, Moviter srl lo ha impugnato deducendo:

a) violazione della legge n. 241/90 - quale norma di riferimento applicabile in tutti i procedimenti non diversamente disciplinati - in ragione della mancata comunicazione di avvio del procedimento stesso ex artt. 7 e 8 della legge n. 241/90. Non potrebbe, infatti, secondo la ricorrente, qualificarsi come tale la nota del 13 luglio 2010 con non conteneva specifiche indicazioni in tal senso e non si riferiva alla qualificazione sulle reti milanesi. Inoltre il provvedimento impugnato sarebbe privo di motivazione e non conterrebbe la risposta alle controdeduzioni fornite da Moviter (con conseguente violazione degli artt. 3 e 10), né il termine della sospensione, così violando l'art. 21 quater della legge 241/90;

b) falsa o erronea applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. f) del d. lgs. n. 163/2006, il quale prevede l'esclusione delle ditte che, "secondo motivata valutazione, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante": ipotesi che nel caso di specie non si sarebbe verificata;

c) violazione dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006, laddove si dovesse ritenere la sospensione come riferibile alla lettera c), in quanto non risulta provata né l'esistenza di un amministratore di fatto, né la tipologia di misura cui lo stesso sarebbe stato assoggettato, fermo restando che la norma sanziona solo la condanna di soggetti muniti di poteri di rappresentanza che, in ogni caso, non sarebbero stati conferiti a soggetti terzi rispetto all'Amministratore;

d) violazione degli artt. 228, 232 e 233 del codice dei contratti pubblici, in quanto il primo prevede che l'esclusione può essere disposta solo per ragioni fondate sui criteri di qualificazione di cui all'art. 232, nel rispetto dei principi e dei procedimenti di cui alla legge n. 241/90.

3.3. Si è costituita in giudizio A2A, dando conto, in primo luogo, delle vicende giudiziarie che hanno interessato Moviter, rappresentando come, in data 20-22 luglio 2010, A2A avesse ricevuto notizia, da parte del Giudice delle indagini preliminari, di un processo penale che vedeva coinvolti i coniugi Plona Annamaria (già amministratrice di Moviter e di soc. Locale) e Bianchi Davide (amministratore di Italnoleggi, poi ceduta a Moviter, anche in qualità di amministratore di fatto di Moviter) per reati commessi da Italnoleggi, Moviter e soc. Locale nei confronti del Comune di Brescia (maggior azionista di A2A) e A2A. Trattandosi di reati gravissimi, incidenti sui requisiti morali delle società, già contraenti di A2A, quest'ultima si è costituita parte civile nel processo penale ed

ha proceduto ad una serie di incontri con Moviter e PGS, cui ha fatto seguito, appreso dell'avvenuta condanna ex art. 444 del sig. Bianchi, peraltro impugnata in Cassazione, la trasmissione della nota in epigrafe.

Ciò premesso, essa ha eccepito l'infondatezza del ricorso.

4. Ritenuto in diritto:

4.1. La lettura degli atti depositati in giudizio evidenzia come sia il bando, che la lettera di invito, imponessero che i requisiti di cui all'art. 38 dovessero essere mantenuti per tutto il periodo di validità della prequalificazione, indipendentemente dall'avvenuta stipulazione di contratti. Proprio in considerazione di ciò e della specificità dei reati contestati (che arrivano sino alla truffa nei confronti del Comune, oltre a false dichiarazioni e gestione abusiva dei rifiuti), la scelta operata da A2A di ritenere che quanto accaduto avesse minato il rapporto di fiducia ed affidabilità che legittima la permanenza dell'elenco di imprese prequalificate appare conforme ai principi di ragionevolezza e logicità, oltre che alla *lex specialis* e alla normativa vigente.

4.2. Né potrebbe rilevare in senso contrario il fatto che sia stato sostituito l'amministratore di Moviter, considerato che il 50 % della proprietà della società è rimasto in mano alla stessa amministratrice, mentre l'Amministratore unico non ha alcuna partecipazione nella società: la situazione di fatto risulterebbe, quindi, incerta ed equivoca e comunque la sostituzione dell'Amministratore non sarebbe di per

sé sufficiente a dimostrare una condotta dissociativa da quella illecita dell'Amministratore uscente. Secondo la giurisprudenza costante, infatti, la *ratio* dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006 risiede nella esigenza di verificare la affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico che andrà a contrattare con la p.a. per evitare, a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, che quest'ultima entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale (in tal senso T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 04 marzo 2010, n. 962).

L'effetto preclusivo della permanenza nell'elenco delle imprese ritenute idonee a contrarre con l'Amministrazione può, quindi, ben scaturire anche dalla condanna comminata nei confronti di un soggetto cui è stato contestato di aver agito come amministratore di fatto e che, in relazione a tale attività, è incorso in violazioni incidenti sulla moralità e professionalità, da cui l'impresa in questione non risulta aver in concreto adottato specifici atti dissociativi, idonei a dimostrare la recuperata affidabilità della nuova compagine sociale (peraltro posseduta al 50 % ancora da quello stesso amministratore, la signora Plona, che ha consentito al sig. Bianchi di agire, in veste di amministratore di fatto, integrando le fattispecie di reato che ne hanno portato alla condanna).

4.3. Non potrebbe avere rilevanza nemmeno la mancata comunicazione di avvio del procedimento, atteso che è la legge stessa a prevedere l'esclusione (e, quindi, secondo parte ricorrente, una volta ottenuta la qualificazione, la sospensione) in caso di condanne

rilevanti ai sensi del già citato art. 38 e che, comunque, dovrebbe trovare applicazione l'art. 21 octies, in quanto l'Amministrazione non avrebbe potuto adottare un atto di contenuto diverso, a fronte della situazione di fatto in questione.

Peraltro la partecipazione al procedimento è stata ampiamente garantita dagli appositi incontri convocati con le due società riunite in ATI e, quindi, a maggior ragione deve ritenersi adeguatamente garantito il rispetto del principio riconosciuto dalla legge invocata.

4.4. Il provvedimento impugnato, infine, risulta essere frutto di un'adeguata istruttoria che si estrinseca in una motivazione che, seppur sintetica, deve ritenersi sufficiente.

5. Il ricorso in esame non può, quindi, trovare accoglimento.

6. Le spese del giudizio seguono l'ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio che liquida, a favore del Comune, in Euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre ad IVA, C.P.A. e rimborso forfetario delle spese.

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

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

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario

Mara Bertagnolli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/06/2011

IL SEGRETARIO

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