



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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 236 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

S.R.L. Impresa Costruzioni Pubbliche Porcinari, rappresentata e difesa dagli avv. Lorenzo Santori, Francesco Camerini, con domicilio eletto presso Francesco Avv. Camerini in L'Aquila, via Garibaldi N. 62 (N.I.);

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero dell'Interno, U.T.G. - Prefettura di L'Aquila, rappresentati e difesi dall'Avvocatura, domiciliata per legge in L'Aquila, viale Fiamme Gialle N. 1 (G.D.F.);

nei confronti di

Comune di Barete;

per l'annullamento

PROVVEDIMENTO N. 2458 IN DATA 27.4.2010 DI NON ASSEGNAZIONE DEL CONTRATTO DI APPALTO PER LA RICOSTRUZIONE DELL'EDIFICIO SCOLASTICO SEDE DELLA SCUOLA DELL'INFANZIA DI BARETE...

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Ministero dell'Interno e di U.T.G. - Prefettura di L'Aquila;

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 8 giugno 2011 il dott. Paolo Passoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Si premette che la ricorrente conseguiva l'aggiudicazione provvisoria (come da verbale della commissione in data 7.4.2010) nella gara bandita dal provveditorato interregionale OOPP Lazio-Abruzzo-Sardegna per l'affidamento mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di tutte le opere e forniture necessarie per la demolizione e ricostruzione dell'edificio sede della scuola

dell'infanzia di Barete, danneggiata dal sisma del 6.4.09.

Il Provveditorato non procedeva all'approvazione dell'aggiudicazione ed alla sottoscrizione del contratto in seguito alla segnalazione in data 28.4.10 della prefettura di L'Aquila (deputata in prima battuta ad anticipare eventuali liberatorie antimafia alla stazione appaltante, in attesa della pronuncia definitiva della Prefettura del luogo di sede legale dell'impresa, in conformità alle procedure delineate dalle linee guida per la ricostruzione post sisma predisposte dal Ministero dell'Interno ex art. 16 del D.L. n. 39/2009). In particolare, da tale informativa provvisoria emergeva che:

-l'amministratore unico della ricorrente, sig. Armando Porcinari "risulta essere stato rinviato a giudizio nel gennaio 2009 per turbata libertà degli incanti, subappalto non autorizzato ed associazione a delinquere. Sempre a suo carico figurano deferimenti all'autorità giudiziaria per reati edilizi e contro il patrimonio";

-il direttore tecnico della ricorrente sig. Graziano Porcinari "risulta essere stato rinviato a giudizio nel gennaio 2009 per i suddetti reati contro la PA, nonché per il reato di riciclaggio, circostanza quest'ultima che rientra tra quelle considerate ostative dall'art. 10 comma 7 lettera a) del DPR 252/1998".

Sia il provvedimento negativo della stazione appaltante che la presupposta informativa antimafia sono stati gravati con ricorso introduttivo, ivi lamentando che la Prefettura aquilana avrebbe errato nel segnalare il rinvio a giudizio del sig. Porcinari per il reato di

riciclaggio. Tale equivoco –documentato con il certificato dei carichi pendenti- avrebbe così fuorviato la stazione appaltante, erroneamente convinta dell'esistenza delle condizioni ostative previste dall'art. 10 comma 7 lettera a) del DPR 252/1998 (che tra le situazioni presunte di infiltrazione mafiosa contempla per l'appunto giudizi anche pendenti per reati di riciclaggio ex artt. 648-bis e 648 ter del codice penale, e non invece per i reati di effettiva pertinenza dei responsabili societari –artt. 353 e 416 cp).

La domanda cautelare veniva respinta sia in primo grado che in appello.

Con un primo gruppo di motivi aggiunti veniva poi impugnato il provvedimento “di estremi ignoti”, con cui sarebbe stato confermato il diniego all'affidamento dei lavori alla ricorrente, con conseguente aggiudicazione dell'appalto in favore di altra ditta (parimenti ignota), mentre con un secondo gruppo di motivi -scaturiti da notizie e documenti resi in giudizio dall'avvocatura dello Stato- l'impugnativa veniva specificamente estesa all'aggiudicazione in capo alla seconda classificata ed alla sopravvenuta consegna dei lavori in favore di quest'ultima. Sulla base poi della nota del 13.8.10 della Prefettura di l'Aquila, con cui si è riconosciuta ex post l'assenza a carico della ricorrente di cause interdittive (come da allegata informativa della Prefettura di Teramo), veniva infine formulata un'articolata istanza risarcitoria, in considerazione della sopravvenuta esecuzione dell'appalto da parte della nuova ditta aggiudicataria.

Si costituiva in giudizio l'avvocatura distrettuale dello Stato in rappresentanza e difesa sia della stazione appaltante che della Prefettura aquilana, mentre alla pubblica udienza del'8.6.11 la causa veniva riservata a sentenza.

DIRITTO

Il ricorso (comprensivo dei suoi motivi aggiunti) è infondato.

Secondo la tesi sostenuta dal patrono ricorrente, in presenza dell'acclarato errore in cui sarebbe incorsa la prefettura aquilana nel riferire di un inesistente rinvio a giudizio del sig. Porcinari per riciclaggio (reato dal quale l'art. 10 comma 7 lettera a del DPR 252/98 desume ex lege tentativi di infiltrazione mafiosa ostativi alla conclusione del contratto di appalto), la stazione appaltante avrebbe prima proceduto in modo imprudente e frettoloso alla revoca dell'aggiudicazione, ignorando i documentati chiarimenti procedurali resi dall'interessato, e poi avrebbe perpetrato l'esposta illegittimità affidando l'appalto alla ditta seconda classificata, senza neanche prendere atto del riconoscimento dell'errore successivamente operato dalla stessa Prefettura aquilana. Da qui la richiesta di congruo risarcimento formalizzata con i secondi motivi aggiunti, una volta ormai ultimata l'esecuzione dei lavori da parte della nuova aggiudicataria.

Sempre secondo la ricorrente, non sarebbero inoltre condivisibili le motivazioni del tar espresse in sede cautelare a proposito di un

complessivo quadro non rassicurante di moralità soggettiva a carico dei responsabili societari, visto che nel giudizio in esame rileverebbe solo la presenza o l'assenza (recte, l'accertata assenza) di quella causa ostativa alla conclusione del contratto che la stazione appaltante ha erroneamente invocato a sostegno del diniego di aggiudicazione definitivo, fermo restando che nel caso di specie il rimanente contesto "preoccupante" al quale il tar si sarebbe riferito, avrebbe in realtà riguardato mere indagini penali non ancora definite con una condanna, con conseguente inapplicabilità in radice delle preclusioni delineate dall'articolo 38 del decreto legislativo 163/06.

Il collegio non condivide tali conclusioni.

Sul punto va premesso che –in disparte la notizia non fondata del rinvio a giudizio del sig. Graziano Porcinari per reato di riciclaggio– risultano tutte confermate e non contestate le altre informative rese dalla Prefettura di L'Aquila sull'amministratore unico sig. Armando Porcinari e sul direttore tecnico sig. Graziano Porcinari.

In particolare:

-quanto all'amministratore unico: rinvio a giudizio nel gennaio 2009 per turbata libertà degli incanti, subappalto non autorizzato, associazione a delinquere, nonché altri deferimenti all'AGO per reati edilizi e contro il patrimonio;

-quanto al direttore tecnico: condanne per guida in stato di ebbrezza (ammenda di 723.00 euro e sospensione patente di guida per mesi 1 e giorni 15) ed omicidio colposo art. 589 comma 2 cp (reclusione

mesi 4).

Ciò premesso, va in particolare disatteso l'assunto secondo cui l'aggiudicatario provvisorio sottoposto a verifica in vista di quella definitiva avrebbe comunque diritto al contratto (pur in pendenza di gravi procedimenti penali a suo carico) se nessuno di tali procedimenti è esitato a sentenza di condanna, e se nel contempo mancano i presupposti per una interdittiva antimafia di tipo oggettivo e vincolato.

In contrario, si osserva in primo luogo che la stazione appaltante mantiene una indiscussa discrezionalità nel decidere se denegare o meno l'aggiudicazione definitiva in presenza della cd. informativa atipica ex art. 1 septies D.L. n. 629/82, da intendere quale atto privo di autonoma portata lesiva ed unicamente diretto a fornire alla stazione appaltante indicazioni utili alla valutazione dei requisiti soggettivi dell'impresa, senza alcuna necessità di allegare, a sostegno di tale informativa (e del suo eventuale recepimento da parte della PA procedente), procedimenti penali e/o condanne previamente individuate dal legislatore (fra le tante, tar campania –NA- I sez. 1289/2007). Risulta così smentito l'assunto della ricorrente secondo cui possono rilevare all'interno della moralità soggettiva solo condanne già formalizzate e/o procedimenti penali contemplati all'interno delle interdittive tipiche.

Non solo, ma proprio le linee guida ex art. 16 del D.L. n. 39/2009 – nell'intento di instaurare un regime di controllo antimafia più severo

rispetto alle ordinarie procedure di appalto, in relazione alla delicatezza della ricostruzione e delle insidie malavitose che in essa si annidano- aggiungono alle situazioni tabellari previste dalle vigenti normative (art. 10 legge 575/1965 ed art. 10 comma 7 lett. a e b DPR 252/1998) alcune ulteriori figure di reato di possibile rilievo fin dalla fase delle indagini, prive di effetti preclusivi automatici ma sottoposte alla rigorosa attenzione della stazione appaltante; fra queste è esplicitamente previsto il reato di turbativa d'asta (art. 353 c.p.) per il quale il sig. Armando Porcinari risulta rinviato a giudizio per condotte piuttosto recenti tenutesi nel 2009. In buona sostanza, per gli appalti connessi alla ricostruzione abruzzese, l'informativa "atipica" –comunque rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante anche per fattispecie sintomatiche non predeterminate- può a maggior ragione ben comprendere quelle condanne e/o procedimenti penali che –come nel caso della turbativa d'asta- il normatore del 2009 ha inteso richiamare espressis verbis, raccomandando una speciale vigilanza alla committente per appalti post sisma.

In secondo luogo, il reclamato diritto al contratto risulta contraddetto dal più generale istituto che subordina il contratto di appalto già stipulato –almeno nelle amministrazioni statali- alla condicio iuris dell'approvazione di merito, prevista dall'art. 12 del codice. Ora, secondo criteri logici prima ancora che giuridici, resta ovvio che se l'amministrazione può esprimere a sostegno della

denegata efficacia del contratto considerazioni di opportunità indipendenti dalla legittimità delle procedure e finanche dai requisiti soggettivi del contraente, non si vede perché mai la stessa PA, in una fase ancora endoprocedimentale quale quella dell'aggiudicazione provvisoria, non possa operare una ponderata riflessione sull'affidabilità dell'aggiudicatario in presenza di gravi procedimenti penali a suo carico, solo perché tali procedimenti non sono ancora sfociati a sentenza, ovvero non risultano contemplati dal legislatore per una interdittiva antimafia automatica e vincolata.

Non è ovviamente in discussione il principio costituzionale di presunzione di colpevolezza –che opera su diversi piani, in primis quello dell'adeguatezza o meno di misure restrittive a carico della persona raggiunta da gravi indizi di colpevolezza (cfr. sul punto Corte cost. 164/2011 sul pacchetto sicurezza)- trattandosi nella specie di mere valutazioni prudenziali sull'affidabilità morale (e non solo tecnico-economica) dell'altro contraente che qualsiasi privato può esperire nell'ambito della sua autonomia negoziale, ed alle quali non potrebbe comunque sottrarsi la committente pubblica, con particolare riguardo almeno a quei procedimenti penali comunque muniti di un congruo fumus come nel caso di intervenuto rinvio a giudizio. Del resto, sul possibile rilievo di una fattispecie penalistica di turbativa d'asta all'interno di una procedura di evidenza pubblica così delicata ed emergenziale (per di più in relazione a condotte molto recenti) non sembra al collegio che sussista la necessità di

particolari approfondimenti.

A tal proposito va letta in modo orientato anche la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 81 del codice dei contratti, secondo cui "le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto". Trattasi infatti di una norma di chiusura che facoltizza comunque un vaglio ultimo della stazione appaltante (beninteso da poter sottoporre a verifica giudiziaria di adeguatezza e proporzionalità) circa la convenienza dell'offerta aggiudicataria a prescindere da profili di illegittimità della procedura, senza poter però escludere sindacati più ampi non limitati all'offerta in sé considerata, bensì estesi anche alla eventuale "non convenienza" di un accordo con soggetto dalle condotte non rassicuranti, secondo indici rilevatori qualificati e non arbitrariamente desunti.

Sulla base delle esposte considerazioni, le impugnate determinazioni della stazione appaltante, con le quali si è deciso di non approvare l'aggiudicazione provvisoria e di affidare l'appalto alla ditta seconda graduata, appaiono comunque confortate da equilibrio e proporzionalità, e ciò anche in assenza di quel procedimento penale di riciclaggio erroneamente prospettato dalla prima informativa della prefettura di L'Aquila (che avrebbe determinato più in radice una preclusione vincolata); in particolare, torna a ribadirsi che l'autorità prefettizia –oltre ad un carico pendente non proprio trascurabile di

associazione a delinquere- ha evidenziato a carico dell'amministratore unico un rinvio a giudizio per reato di turbativa d'asta, che ai sensi delle linee guida per la ricostruzione dal sisma aquilano del 2009 avrebbe dovuto comunque imporre alla PA procedente una particolare severità valutativa, nel quadro di una informativa atipica "rinforzata" nei sensi sopra specificati.

Nel delineato contesto gli oneri di motivazione avrebbero dovuto semmai riguardare l'ipotesi contraria di perfezionamento dell'accordo contrattuale con la ditta in questione, mentre i vizi procedurali allegati dal patrono ricorrente per presunte violazioni della legge 241/90 risultano non pertinenti alla vicenda di specie, non vertendosi in ordine ad una vera e propria misura di autotutela soggetta alle regole di garanzia per il soggetto inciso, e ciò in relazione alla natura ancora provvisoria dell'aggiudicazione "revocata", per il cui autoritativo la giurisprudenza univocamente afferma l'assenza delle regole procedurali, di contro necessarie nel solo caso di aggiudicazione definitiva.

In conclusione, il ricorso e gli allegati motivi aggiunti non possono trovare accoglimento.

Sussistono ragioni per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo (Sezione Prima) respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Paolo Passoni, Consigliere, Estensore

Alberto Tramaglini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/07/2011

IL SEGRETARIO

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