



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 166 del 2014, proposto da:

-OMISSIS-in proprio e quale mandataria della costituenda -
OMISSIS- rappresentata e difesa dagli avv.ti Sergio Fienga, Marco
Trevisan, Silvia Marzot e Alessandro Giadrossi, con domicilio eletto
presso lo studio del quarto, in Trieste, Via S. Caterina da Siena n. 5;

contro

Comune di Trieste, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Serena
Giraldi, con domicilio eletto presso gli uffici dell'Avvocatura
comunale, in Trieste, Via del Teatro Romano n. 7;

nei confronti di

-OMISSIS- rappresentato e difeso dagli avv.ti Gianni Zgagliardich,
Elisa Adamic e Giada Dal Mas, con domicilio eletto presso il loro
studio, in Trieste Via F. Filzi n. 8;

e con l'intervento di

ad opponendum:

-OMISSIS-, tutti rappresentati e difesi dall'avv. Orio De Marchi, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Trieste, Via Fabio Severo n. 20;

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecutorietà:

(A) della Determinazione dirigenziale n. 878 di data 19 marzo 2014, in parte qua, con cui il Comune di Trieste ha disposto l'esclusione -OMISSIS-dalla gara per l'affidamento dell'appalto di servizi inerenti interventi domiciliari per il periodo 1.05.2014-30.04.2018 ed ha disposto la segnalazione dell'esclusione -OMISSIS-;

(B) della nota prot. n. 52147 di data 27 gennaio 2014, con cui il Comune di Trieste ha comunicato -OMISSIS-l'esclusione dalla procedura pubblica nonché la relativa segnalazione -OMISSIS-;

(C) del verbale di aggiudicazione provvisoria di data 12 dicembre 2013;

(D) di tutti i verbali della procedura di gara e relativi allegati non comunicati alla ricorrente;

(E) di tutti gli atti, inclusi del bando di gara, del disciplinare di gara, nonché del capitolato speciale e dei relativi allegati;

(F) della nota di segnalazione prot. 24/1-10/2013 del 24 aprile 2014 inoltrata dal Comune di Trieste all'Autorità per la Vigilanza sui contratti Pubblici;

(G) della nota prot. 68656 di data 28 aprile 2014, comunicata -OMISSIS-il 29 aprile 2014, con cui il Comune ha richiesto il pagamento della garanzia, in esclusione della polizza a corredo dell'offerta;

per la declaratoria del diritto della ricorrente all'aggiudicazione della procedura e per l'effetto del diritto a sottoscrivere il relativo contratto; per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni arrecati al costituendo -OMISSIS- dagli atti amministrativi impugnati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Trieste e del -OMISSIS-

Visto l'atto di intervento ad opponendum di -OMISSIS-;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'articolo 52, commi 1 e 2, D.Lgs. 30.06.2003, n. 196;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2014 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La -OMISSIS-in proprio e quale mandataria -OMISSIS- costituenda con i soggetti compiutamente individuati in epigrafe, impugna, unitamente agli atti presupposti e conseguenti, l'esclusione della suddetta -OMISSIS- dalla procedura di evidenza pubblica bandita dal Comune di Trieste per l'affidamento dell'appalto del servizio di interventi domiciliari nel quadriennio 1°.05.2014-30.04.2018.

Esponde a tale fine di aver partecipato, per l'appunto quale mandataria

della suvvista costituenda -OMISSIS- alla precitata gara, unitamente ad -OMISSIS-due operatori economici e di essersi classificata al secondo posto. Espone altresì che, all'esito delle ordinarie verifiche disposte dalla stazione appaltante, tutti e tre i partecipanti risultavano carenti dei requisiti di ordine generale previsti dall'articolo 38 D.Lgs. n. 163/2006. Conseguentemente, l'Amministrazione comunale revocava l'aggiudicazione provvisoria a favore della prima classificata, escludeva dalla procedura aperta tutti e tre gli offerenti, dichiarava la gara infruttuosamente esperita, avvia l'incameramento delle cauzioni provvisorie e effettuava le segnalazioni alla Autorità di vigilanza.

Avverso l'esclusione dalla gara della propria -OMISSIS- insorge la società ricorrente, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare degli effetti. Ritiene invero la deducente che nessuna delle due cause di esclusione rilevate dalla stazione appaltante, né quella concernete -OMISSIS-, proprio presidente e legale rappresentante, né quella concernente-OMISSIS-, consigliere d'amministrazione senza poteri di rappresentanza della mandante -OMISSIS- Produce documentazione idonea a suffragare le proprie tesi.

Si è costituito in giudizio il Comune di Trieste, rappresentando di aver assunto le decisioni qui contestate sulla scorta delle risultanze del casellario giudiziale e delle dichiarazioni degli interessati. Conclude pertanto per il rigetto del ricorso avversario.

Si è costituito in giudizio il -OMISSIS-costituata che è l'attuale gestore del servizio di cui alla gara in esame, opponendosi alla prospettazione della ricorrente e chiedendo conseguentemente il rigetto dell'azione

da questa esperita.

Sono intervenuti in giudizio ad opponendum i soggetti componenti il costituendo -OMISSIS-, sempre con capogruppo -OMISSIS-, che ha partecipato alla procedura selettiva per cui è causa classificandosi al primo posto, prospettando il proprio interesse alla riedizione della gara. Instano quindi per il rigetto del ricorso introduttivo del presente giudizio siccome infondato.

Questo Tribunale con ordinanza n. 63/2014, non appellata, accoglieva la domanda cautelare proposta dalla ricorrente, ordinando, tuttavia all'Amministrazione di dare esecuzione al dictum giudiziale garantendo al contempo la continuità nelle more del servizio de quo.

Successivamente la ricorrente, la controinteressata e gli intervenienti hanno depositato memorie difensive nelle quali sostanzialmente sollevano eccezioni in ordine alle facoltà processuali esercitate dalle controparti, replicano alle eccezioni contro di essi proposte, e argomentano ulteriormente le proprie tesi con riguardo al merito del thema decidendum.

All'udienza del 17 dicembre 2014 la causa è trattenuta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente il Collegio deve farsi carico dell'eccezione di nullità sollevata nella camera di consiglio cautelare dalla difesa di parte ricorrente in ordine alla mancata sottoscrizione da parte del legale officiato dell'atto di intervento.

L'eccezione è infondata.

La sottoscrizione del difensore risulta regolarmente apposta

sull'originale dell'atto di intervento e un tanto è sufficiente a renderlo perfettamente valido, divenendo per tale ragione irrilevante l'omessa sottoscrizione delle copie notificate e/o depositate (cfr., T.A.R. Sicilia – Catania, Sez. IV[^], sentenza n. 27/2013).

Seguendo l'ordine logico delle questioni il Collegio deve ora esaminare l'ulteriore eccezione preliminare sollevata dalla difesa di parte ricorrente circa l'inammissibilità dell'intervento dei soggetti componenti l'-OMISSIS- costituendo che ha partecipato alla gara in discussione, perché avrebbero dovuto svolgere autonomo ricorso.

L'eccezione è infondata.

E' indubbio che gli intervenienti fossero titolari di un autonomo interesse a opporsi alla propria esclusione dalla gara e agli atti conseguenti della stazione appaltante, interesse che dunque li rendeva legittimati a proporre autonomo ricorso. Tuttavia, il Collegio, pur essendo consapevole dell'esistenza di una giurisprudenza di segno contrario, ritiene che nel caso in esame non si ponga una questione di elusione del termine decadenziale di esercizio dell'azione di annullamento, posto che l'intervento non é ad adiuvandum, ma ad opponendum. Gli intervenienti non chiedono, infatti, l'annullamento degli atti impugnati, ma, al contrario, la loro conservazione al fine di poter beneficiare della (eventuale) riedizione della gara: e tale bene della vita viene messo in discussione solamente nel momento in cui la legittimità e la validità dell'atto di dichiarazione di gara deserta sono state contestate giudizialmente. Né, d'altro canto, può essere agli intervenienti addebitato di non aver tempestivamente proposto

autonomo ricorso, posto che essi aspirano a vedere riconosciuta la legittimità degli atti ex adverso impugnati, ma il nostro ordinamento non conosce un'azione di accertamento della legittimità degli atti amministrativi.

In conclusione, l'intervento dei partecipanti alla gara non può essere ritenuto inammissibile per la ragione che essi avrebbero dovuto esperire autonoma azione. Si tornerà nel prosieguo sulla natura dell'interesse che questi soggetti fanno valere.

Deve, invece, convenirsi con la ricorrente in ordine all'insussistenza di un interesse a partecipare al giudizio in capo all'-OMISSIS- gestore uscente del servizio in discussione. E, tuttavia, va considerato come sia stata la stessa ricorrente a ingenerare nella controparte l'erronea convinzione di essere stata evocata in giudizio.

Al riguardo va infatti considerato che sia -OMISSIS- che -OMISSIS- eccepiscono l'inammissibilità del ricorso avversario per mancata notifica ad almeno uno dei controinteressati, sostenendo altresì che la loro costituzione in giudizio non sanerebbe il vizio.

Ora, il Collegio ritiene di poter prescindere dalla legittimazione dei deducenti a sollevare l'eccezione, perché gli uni (-OMISSIS-) priva di interesse a partecipare al giudizio, e gli -OMISSIS-(-OMISSIS-) perché priva del potere di estendere o alterare il thema decidendum (cfr., C.d.S., Sez. IV[^], sentenza n. 1810/2014), trattandosi di questione, quella della corretta instaurazione del contraddittorio, rilevabile anche d'ufficio.

A tale fine è necessario considerare:

1) -OMISSIS-

2) -OMISSIS-

3) che nell'epigrafe del ricorso viene indicato come controinteressati--
OMISSIS-

In sostanza nell'epigrafe del ricorso sono indicati una parte (ma non tutti) dei componenti -OMISSIS- e tutti i componenti del-OMISSIS-.

Va ulteriormente sottolineato che tanto nel-OMISSIS-, quanto nel-
OMISSIS- capogruppo è -OMISSIS-

Fatte queste premesse, l'eccezione è infondata, per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, il Collegio, nell'ottica che il processo deve tendere non a una decisione qualunque, ma a una decisione di merito, ritiene di valorizzare la circostanza che, da un lato, sia -OMISSIS- che quella costituenda hanno partecipato al giudizio, esercitando appieno il proprio diritto di difesa, e, dall'altro lato, che la notifica del ricorso è stata effettuata, in proprio dal difensore officiato, -OMISSIS-

Orbene, nel caso di una -OMISSIS- è sufficiente la notifica del ricorso alla mandataria, "quale punto di riferimento unitario e d'imputazione giuridica dei rapporti afferenti a quest'ultima, sì da rendere operativa l'instaurazione del giudizio nei confronti di tutte le imprese associate" (cfr., C.d.S., Sez. III[^], sentenza n. 4423/2012).

Inoltre, l'effetto non sanante della costituzione in giudizio, oltre il termine per la notifica del ricorso, del contraddittore pretermesso è limitato alle ipotesi di notifica totalmente mancante e non si estende alle ipotesi di notifica irregolare (cfr., C.d.S., Sez. VI[^], sentenza n.

5852/2013), quale può al più essere considerata la notifica effettuata dalla società ricorrente. Va dunque riconosciuto come la notifica alla capogruppo abbia in definitiva raggiunto lo scopo al quale era preordinata.

In secondo luogo, il Collegio esclude che in assenza di aggiudicazione (a seguito, nel caso di specie, dell'annullamento in autotutela da parte della stazione appaltante) sussista un controinteressato in senso tecnico rispetto all'impugnazione della esclusione dalla gara (cfr., C.d.S., Sez. IV[^], sentenza n. 4494/2014). In assenza dell'aggiudicazione, infatti, gli -OMISSIS-partecipanti non sono titolari di un interesse giuridicamente protetto, ma di una mera aspettativa di fatto alla riedizione della gara (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II[^], sentenza n. 2550/2014).

Contrariamente a quanto sostiene la difesa di parte ricorrente, non è vero che gli intervenienti non abbiano interesse alla riedizione della gara, perché che la partecipazione sarebbe loro preclusa dalla persistenza della causa di esclusione rilevata nella gara qui in esame. La tesi, invero, si basa su un presupposto (la persistenza della causa di esclusione) del tutto ipotetico, indimostrato, e la cui verifica non può comunque che essere differita al momento in cui assume rilievo (quello della futura ipotetica nuova gara).

Ma è vero che questo interesse non è giuridicamente tutelabile.

Superate le eccezioni preliminari, può ora passarsi all'esame dei motivi di impugnazione.

Con il primo motivo di impugnazione, rubricato "*Violazione e/o falsa*

applicazione della lex specialis ed in particolare del disciplinare di gara – Violazione e falsa applicazione dell’art. 38 del D.Lgs. 163/2006 in relazione alla sig. Annarosa Villa – Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 - Eccesso di potere per illogicità manifesta, carenza di istruttoria, contraddittorietà, sviamento”, la ricorrente sostiene non sussistere la causa di esclusione legata alle condanne penali a suo tempo subite dal proprio legale rappresentante, in quanto essendo stati dichiarati estinti i reati, esse, come prescritto dalla lex specialis di gara e dal cd. Codice dei contratti pubblici, non andavano dichiarate. La doglianza è fondata.

Risulta, invero, per tabulas, che -OMISSIS- è stata condannata con sentenza del Pretore di Biella di applicazione della pena su richiesta di parte, divenuta irrevocabile in data 24.03.1993, per due reati ritenuti commessi in continuazione tra loro, e con decreto penale del GIP del Tribunale di Vercelli, divenuto esecutivo in data 8.07.1993, per un terzo reato pure questo avvinto dal vincolo di continuazione con i primi due.

Risulta, altresì, sempre per tabulas, che il Giudice dell’esecuzione del Tribunale di Vercelli con ordinanza del 25.05.2003 abbia dichiarato estinti ai sensi degli articoli 445, comma 2, e 676, ultimo comma, Cod. proc. pen., i reati di cui alla sentenza di applicazione della pena su richiesta di parte del Pretore di Biella, e abbia parimenti dichiarato estinto ai sensi dell’articolo 167, comma 1, Cod. pen., il reato di cui al decreto penale del GIP del Tribunale di Vercelli.

Ne consegue che, poiché il disciplinare di gara, conformemente a

quanto dispone l'articolo 38, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006, sottraeva dall'obbligo di dichiarazione i reati dichiarati estinti, correttamente la concorrente non ha fatta menzione nella documentazione che accompagnava l'offerta delle condanne subite oltre vent'anni prima dal-OMISSIS-.

Né può condividersi la tesi degli intervenienti e della capogruppo del-OMISSIS- secondo cui l'esenzione dall'obbligo dichiarativo varrebbe soltanto per i reati estinti ai sensi 445, comma 2, Cod. proc. pen., estendendosi in tale caso l'estinzione anche agli effetti penali della condanna, e non anche per il reato estinto ai sensi dell'articolo 167, comma 1, Cod. pen., non operando in tale ipotesi estinzione degli effetti della condanna.

Va, infatti, in primo luogo considerato che l'articolo 38, comma 2, D.lgs. n. 163/2006, testualmente riportato nel disciplinare di gara, parla di estinzione del reato senza distinguere a seconda che questa sia o meno accompagnata dall'estinzione anche degli effetti penali della condanna.

Va poi ulteriormente considerato che il reato per il quale non è stata pronunciata l'estinzione, anche, degli effetti della condanna, è stato punito con decreto penale di condanna pronunciato in data 7.06.1993, di conseguenza, come motivato anche dal Giudice dell'esecuzione del Tribunale di Vercelli che si è pronunciato sulla domanda presentata dal-OMISSIS-, a esso non era applicabile la modifica successivamente intervenuta dell'articolo 460, comma 5, Cod. proc. pen., che ora ammette in siffatte ipotesi anche l'estinzione degli effetti penali della

condanna. Trattandosi, invero, di norma processuale e non di norma sostanziale, soggiace al principio del tempus regit actum.

In -OMISSIS-termini, l'interessata non ha beneficiato dell'estinzione anche degli effetti della condanna non perché non ne sussistessero i presupposti, ma perché non prevista all'epoca nella quale venne condannata. E', pertanto, da rifiutarsi un'interpretazione sistematica delle norme, che conduca ad -OMISSIS-uire perpetuo rilievo a una condanna, per di più per un reato minore (potendo la pena essere solo di tipo pecuniario), solo perché molto risalente nel tempo. Osta, invero, a tale conclusione è l'evidente aporia del sistema cui essa darebbe luogo, ma ancor più l'inevitabile e ingiustificata disparità di trattamento fra operatori economici, a fronte di una identica situazione di reato estinto, per di più a detrimento di coloro che potrebbero aver subito una condanna meno grave.

Parimenti fondato è il secondo motivo di impugnazione, rubricato *“Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis ed in particolare del disciplinare di gara – Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 in relazione -OMISSIS– Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 - Eccesso di potere per illogicità manifesta, carenza di istruttoria, contraddittorietà, sviamento –Violazione dei principi in materia di giusto procedimento – Violazione e/o falsa applicazione della L. 241 del 1990 – Violazione del principio del favor participationis”*.

Sostiene, condivisibilmente, la società ricorrente che, ancorché il -OMISSIS-abbia effettivamente riportato la condanna penale indicata dal Comune nel provvedimento di esclusione dalla gara, essa

comunque non andasse dichiarata.

Risulta, infatti, dalla visura camerale in atti che il -OMISSIS-è consigliere di amministrazione di una delle cooperative del costituendo raggruppamento, privo tuttavia di poteri di rappresentanza. Il disciplinare di gara, coerentemente con la disciplina di settore, limita l'obbligo dichiarativo ai soli amministratori muniti di potere di rappresentanza: erroneamente è stato inserito anche il -OMISSIS-nell'elenco dei soggetti per i quali è stata resa la dichiarazione di non trovarsi in alcuna delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alla gara di cui all'articolo 38 D.Lgs. n. 163/2006. Né può condividersi la tesi del -OMISSIS-, secondo cui, da un lato, la falsità della dichiarazione, ancorché, non dovuta, mina l'affidabilità del dichiarante, e dall'altro lato, la invalidità di una parte si propaga alle altre parti della dichiarazione, in quanto resa in forma cumulativa. Invero, non può trascurarsi come la tendenza evolutiva della disciplina dei pubblici appalti sia quella di garantire la massima partecipazione possibile alle procedure di selezione del contraente dell'Amministrazione, attraverso una tipizzazione esaustiva delle cause di esclusione (articolo 46, comma 1 bis, D.Lgs. n. 163/2006), e una dequotazione dei vizi formali dell'offerta rispetto a quelli sostanziali (articolo 38, comma 2 bis, D.Lgs. n. 163/2006).

In questa ottica, il Giudice non può che optare che per la conservazione della dichiarazione nella parte che è veritiera, ritenendo irrilevante la non veridicità di quella parte della dichiarazione che non doveva essere resa. D'altro canto, così facendo non viene in alcun

modo alterata la par condicio dei concorrenti, dato che il requisito di partecipazione preesiste alla dichiarazione e sussiste indipendentemente da essa.

Nell'epigrafe del ricorso la società ricorrente chiede, oltre alla caducazione degli atti impugnati, la declaratoria del proprio diritto all'aggiudicazione e la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento dei danni.

Tali domande non sono riportate tuttavia nelle conclusioni del ricorso.

Il Collegio ritiene, nondimeno, di poter prescindere dalla questione della rituale proposizione delle stesse, risultando non meritevoli di accoglimento.

Infatti, la caducazione dell'esclusione dalla gara e degli -OMISSIS-atti impugnati, combinata con la tutela cautelare accordata da questo Tribunale, è assolutamente sufficiente a garantire piena soddisfazione dell'interesse della ricorrente, vieppiù tenuto conto dell'efficacia conformativa della pronuncia del Giudice amministrativo.

Spetta alla stazione appaltante riattivare la procedura di gara, assumendo le conseguenti decisioni anche in ordine alla aspettativa della società ricorrente di vedersi aggiudicato l'appalto per cui è causa.

Il che, altresì, esclude allo stato di dar luogo al risarcimento per equivalente, ben potendo le aspirazioni della deducente all'esecuzione del contratto ancora trovare piena attuazione (cfr., T.A.R. Sardegna, Sez. I[^], sentenza n. 62/214).

In definitiva il ricorso va accolto nei termini sopra specificati.

Il Collegio ritiene, tuttavia, di compensare integralmente le spese di giudizio tra le parti, tenuto conto che il Comune di Trieste è stato fuorviato, senza colpa, dalla incompletezza del certificato del casellario giudiziale del-OMISSIS- e dall'erroneità della dichiarazione resa dall'interessato in relazione -OMISSIS-, e tenuto altresì conto del fatto che le altre parti private che hanno preso parte al giudizio sono state indotte a tanto dalla stessa ricorrente, che ha notificato il ricorso anche alla capogruppo dei due raggruppamenti.

A tutela della riservatezza delle persone fisiche menzionate nella pronuncia occorre ordinare, ai sensi dell'articolo 52 D.Lgs. n. 196/2003, che in caso di riproduzione del presente provvedimento in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, vadano omesse le generalità e gli -OMISSIS-dati identificativi degli stessi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla Autorità amministrativa.

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Manuela Sinigoi, Primo Referendario

Alessandra Tagliasacchi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/01/2015

IL SEGRETARIO

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