

N. 00002/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 00449/2009 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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 449 del 2009, proposto da:  
Soc.Gemeaz Cusin S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.  
Francesco Bellocchio, Giustino Ciampoli, Roberto Colagrande, con  
domicilio eletto presso dott. Fiorella Garufo in L'Aquila, Strada  
Vicinale di Paganica, 22/A;

***contro***

Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco di Teramo, Autorità per la  
Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture;  
Ministero dell'Interno, rappresentato e difeso dall'Avvocatura  
Distrettuale dello Stato, domiciliata per legge in L'Aquila, Portici S.  
Bernardino;

***per l'annullamento***

DEL PROVVEDIMENTO N.13519521414 IN DATA 4

AGOSTO 2009 DI ESCLUSIONE DELLA SOC. RICORRENTE DALLA PROCEDURA RISTRETTA PER L'AFFIDAMENTO TRIENNALE DEL SERVIZIO DI RISTORAZIONE; DEL SUCCESSIVO PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE DELLA GARA ALLA CONTROINTERESSATA.

Visti il ricorso e i relativi allegati, nonché i successivi motivi aggiunti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2010 il dott. Maria Abbruzzese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

La società ricorrente ha partecipato alla gara (procedura ristretta) per l'affidamento triennale del servizio di ristorazione presso il Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco di Teramo, bandita dal Ministero dell'Interno, e ne è stata esclusa con il provvedimento impugnato che tiene conto dell'esistenza di un'annotazione a carico della società in data 25.11.2008 sul casellario informatico "Annotazioni riservate" del sito internet Autorità Contratti Pubblici, dal quale risulterebbe che la società avrebbe reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara

risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei Lavori Pubblici.

Sostiene la ricorrente di aver partecipato alla gara per tutti i 74 Comandi provinciali in Italia e di essere stata esclusa solo per i Comandi provinciali di Teramo, Napoli e Genova; l'esclusione, secondo la prospettazione di parte ricorrente, è dipesa da una erronea, o comunque inesatta, lettura dell'annotazione presente che non comporterebbe comunque l'automatica esclusione ma eventualmente la valutazione discrezionale della gravità dei fatti annotati.

In effetti, l'annotazione in questione non recava alcuna motivazione dell'intervenuta esclusione in occasione della gara di appalto per il servizio di ristorazione aziendale bandita dal Consorzio per il sistema informativo Piemonte – CSI., comunque non imputabile affatto a falsa dichiarazione ma alla erronea valutazione del precedente penale a carico di un amministratore cessato dalla carica (sentenza di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. a carico di Roberto Cusin, per reato poi dichiarato estinto ex art. 445, comma 2, c.p.p. con ordinanza del Tribunale di Milano del 12.1.2004); peraltro, il precedente penale era stato ritualmente dichiarato in occasione della partecipazione alla gara bandita dal CSI, con la precisazione che si trattava di reato irrilevante, in quanto già estinto ai sensi dell'art 445 comma 2 c.p.p.; senonché, benché la ricorrente avesse, come detto, effettuato ritualmente la dichiarazione, il CSI aveva ritenuto che l'amministratore cessato dalla carica non avesse i requisiti di moralità

richiesti per la partecipazione alle gare pubbliche; inoltre l'annotazione era stata anche impugnata con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Il ricorso deduce: Violazione dell'art.38 del D.lgs. 163/2006. Eccesso di potere sotto il profilo dell'erroneità dei presupposti e del travisamento dei fatti. Difetto di istruttoria: l'esclusione è dipesa dall'erronea valutazione da parte della Stazione appaltante dell'annotazione nel Casellario informatico che, per quanto sopra riferito in fatto, non riguardava affatto una falsa dichiarazione e non comportava dunque l'automatica esclusione, come peraltro chiarito dalla stessa Autorità (cfr. comunicazione in data 22 aprile e 27 luglio 2009 in produzione di parte ricorrente); la stazione appaltante ha escluso la ricorrente sulla base di un'istruttoria lacunosa e carente, non avendo affatto verificato la consistenza della notizia iscritta nel casellario dell'Autorità di vigilanza, al fine di valutarne l'eventuale incidenza sulla gara in questione; in ogni caso il precedente che ha dato luogo all'iscrizione sarebbe irrilevante giacché relativo ad applicazione di pena patteggiata relativamente a reato estinto per decorso del tempo, come già statuito dal tribunale di Milano in data 12 gennaio 2004, e come del resto espressamente dichiarato dalla società ricorrente anche in sede di partecipazione alla gara per cui è causa.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso formulando anche istanza risarcitoria.

Con successivo atto per motivi aggiunti, la ricorrente impugnava l'atto con il quale la gara era stata aggiudicata alla controinteressata P.A.P. s.r.l..

Si costituiva il Ministero dell'Interno chiedendo il rigetto del ricorso.

Le parti depositavano memorie e documenti.

In particolare, la ricorrente depositava il parere n.7445 del 21 ottobre - 23 dicembre 2009 reso dal Consiglio di Stato, sez.I, in sede di procedimento di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto avverso l'annotazione nel casellario che aveva dato causa, nello specifico, all'esclusione, ed il successivo decreto presidenziale, che statuivano nel senso della erroneità ed incompletezza dell'annotazione, stante l'intervenuta estinzione del reato e l'inapplicabilità dell'art. 38, comma 1 lett.c) del D.lgs. 163/2006 nel caso di specie; l'Autorità di Vigilanza aveva peraltro dato esecuzione alla pronuncia cancellando l'annotazione in questione dal Casellario Informatico.

All'esito della pubblica udienza del 15 dicembre 2010, il Collegio riservava la decisione in camera di consiglio pubblicando in termini il dispositivo di sentenza.

## DIRITTO

La ricorrente è stata esclusa dalla procedura ristretta per l'affidamento triennale del servizio di ristorazione presso il Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco di Teramo sulla base della ritenuta ostatività di un'annotazione a suo carico all'epoca risultante nel

casellario Informatico dell'Autorità di Vigilanza sui contratti Pubblici, relativa all'intervenuta esclusione da diversa gara d'appalto "secondo quanto disposto dall'art. 38, comma 1 lettera c) D.lgs. 163/06 e s.m.i."

La ricorrente sostiene l'illegittimità della disposta esclusione che non sarebbe effetto vincolato della annotazione che comunque è stata poi cancellata in esecuzione di pronuncia resa in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica; l'agire della stazione appaltante sarebbe dunque viziato per difetto e carenza di istruttoria in relazione alla incidenza dell'annotazione sulla gara de qua e comunque per violazione di legge in relazione al disposto della sopra richiamata norma.

Mette conto osservare che l'art. 38 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n.163/2006) stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi i soggetti, per quanto rileva nella presente fattispecie, "nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode,

riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citato all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti del titolare e del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale" (cfr. art. 38, c.1, lett.c) d.lgs. cit.).

A sua volta, il citato art. 445, comma 2, c.p.p., statuisce che "il reato è estinto, ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole. In questo caso si estingue ogni effetto penale, e se è stata applicata una pena pecuniaria o una sanzione sostitutiva, l'applicazione non è

comunque di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena”.

Il riferimento alla disposizione di cui all'art. 38, c.1., lett. c) contenuta nell'annotazione non determina dunque automaticamente l'esclusione, ma impone alla stazione appaltante di verificare se le diverse tipologie di condanna nella norma previste incidano effettivamente ed attualmente sulla gara in questione; invero, nel caso di condanne riportate dai “soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara” occorre invero verificare se l'impresa abbia adottato “atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata”, caso per il quale la condanna, pur riportata dall'amministratore cessato dalla carica nel periodo di riferimento, diventa irrilevante ai fini della gara de qua; e comunque occorre considerare, nell'ipotesi di condanna risalente nel tempo, se il reato non sia estinto per decorso del tempo a termini del ripetuto art. 445, comma 2, del c.p.p.

Nel caso di specie, l'annotazione ritenuta ostativa (inserita in data 26.11.2008) non reca alcuna motivazione dell'intervenuta esclusione ad eccezione del riferimento normativo al ripetuto art. 38, c.1, lett.c) del Codice; e tanto imponeva di per sé un supplemento di istruttoria in capo alla stazione appaltante quantomeno per verificare l'attualità e la persistente rilevanza dell'annotazione, o meglio del fatto originante l'annotazione e, in ipotesi, indicativo della mancanza dei requisiti di moralità richiesti al contraente con una P.A.

Tale supplemento di istruttoria avrebbe avuto quale risultato l'acquisizione dei dati relativi alla condanna pretesamente ostativa e in particolare della circostanza dell'intervenuta cessazione della carica dell'ex-amministratore interessato da sentenza patteggiata ex art. 444 c.p.p., della risalenza della condanna (pronunciata nell'anno 1994), della successiva estinzione del reato (pronunciata dal tribunale di Milano in data 12.1.2004); dati, peraltro, che la società ricorrente non aveva ommesso in sede di domanda di partecipazione alla gara (cfr. punto 4) della domanda di partecipazione, riferito appunto alle persone cessata dalla carica nel triennio precedente la data di pubblicazione del bando).

Per quanto precede, è senz'altro fondato il rilievo svolto in ordine alla erronea interpretazione dell'annotazione contenuta nel casellario, dipendente da carente istruttoria, non affatto imponente, in via vincolata, la esclusione dalla gara, ma al contrario avente la sola finalità di evidenziare alle stazioni appaltanti una notizia "utile affinché (...) esaminino, a loro discrezione, se tale notizia sia o meno rilevante per la partecipazione dell'O.e. segnalato alla procedura di gara bandita", così come la stessa Autorità per la vigilanza ha dichiarato (cfr. note del 22 aprile 2009 e del 27.7.2009, docc. n.4 e 5 in produzione di parte ricorrente).

Si tratta dunque di una forma di pubblicità-notizia, a scopo collaborativo nei confronti delle Stazioni appaltanti, dalla quale, nel caso che ne occupa, non discende, per espresso dato normativo,

alcun effetto automaticamente sospensivo ovvero ostativo alla partecipazione alle gare.

Come ha ritenuto il Consiglio di Stato (cfr. parere n.7445/2009 della sezione I emesso nel procedimento di ricorso straordinario proposto dalla stessa ricorrente avverso l'esclusione), l'annotazione nel casellario discende dalla mera comunicazione di intervenuta esclusione da parte delle stazioni appaltanti che, "stante la sua genericità", ha un oggetto più ampio di quello cui ha riguardo l'art. 38 citato, giacché l'esclusione da una gara può discendere non solo dall'assenza dei requisiti generali indicati da detta norma, ma anche, di volta in volta, dall'apprezzamento negativo della stazione appaltante circa il possesso dei requisiti di idoneità professionale, della necessaria qualificazione ad eseguire determinati lavori ovvero della capacità economica, finanziaria, tecnica e professionale, elementi questi più strettamente correlati alla specificità dell'appalto e, pertanto, idonei a fornire solo un'indicazione di massima ai fini della valutazione delle altre stazioni appaltanti".

Detta valutazione, in presenza dell'annotazione predetta, rimane comunque necessaria ai fini della ipotizzabilità di un effetto ostativo (derivante dalle ragioni dell'esclusione da cui era derivata l'annotazione), invero arduo da ipotizzare in relazione a condanna risalente nel tempo (1994) a carico di amministratore cessato dalla carica, e peraltro in relazione a reato estinto e dichiarato tale in epoca essa stessa risalente rispetto alla indizione della gara de qua (2004).

Giova aggiungere che l'esito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (che ha deciso nel senso dell'annullamento dell'annotazione) conferma la tesi della ricorrente in relazione alla non automaticità dell'esclusione e comunque alla doverosa disamina delle ragioni della predetta annotazione.

Ha statuito in proposito il Consiglio di Stato che "l'annotazione in concreto apposta, facendo richiamo sic et simpliciter ad una esclusione secondo quanto disposto dall'art. 38, comma 1 lett.c), d.lgs. 163/2006," appare, per un verso erronea, per altro, incompleta. Ed infatti, le esclusioni contemplate dalla norma citata non comprendono, in quanto fatte espressamente salve, le ipotesi in cui gli effetti della condanna patteggiata, per uno dei reati ivi previsti, risultino estinti ai sensi dell'art. 445, comma 2, c.p.p, ove la norma stessa non poteva essere indicata, nel caso concreto, come presupposto del provvedimento annotato. Ne consegue che l'Autorità, nel disporre l'annotazione della comunicazione avrebbe dovuto correttamente formularla, precisando che il Consorzio aveva escluso la ricorrente da una gara di appalto per il servizio di ristorazione aziendale, in quanto, pur avendo preso in considerazione la circostanza che il reato per il quale era intervenuta sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p.( ritualmente dichiarata dalla concorrente) era stato dichiarato estinto, ai sensi dell'art. 445, comma 2, di detto codice, aveva ritenuto ugualmente, sulla base di una propria autonoma valutazione,

che fosse incisa la moralità professionale in relazione all'oggetto dell'appalto".

Valutazione che, per quanto sopra detto, comunque incombeva alla Stazione appaltante che aveva preso cognizione dell'annotazione predetta.

Il ricorso va dunque accolto con l'annullamento della impugnata esclusione e di tutti gli atti ad esso succedanei (ivi compresa l'eventuale comunicazione della stessa ai fini della relativa annotazione all'Autorità).

Risulta dagli atti di causa che la gara è stata aggiudicata in via definitiva alla controinteressata P.A.P. s.r.l., con provvedimento del 6 ottobre 2009, il che, in assenza di specifica domanda di subentro della ricorrente, osta all'accoglimento della domanda risarcitoria in forma specifica e alla dichiarazione di inefficacia del contratto a termini dell'art.122 del Codice del processo.

Va dunque esaminata la domanda risarcitoria per equivalente, proposta in via subordinata dalla ricorrente, senza tuttavia che sia stata allegato alcun elemento sulla base del quale apprezzare la entità del danno medesimo, che andrebbe tuttavia limitato alla mera perdita di chances, esse stesse non apprezzabili dal Collegio neppure risultando in atti elemento alcuno dal quale far discendere la piena legittimazione della ricorrente alla partecipazione alla gara una volta annullata la disposta esclusione.

La relativa domanda va dunque respinta, non risultando prova alcuna

circa il danno subito.

Le spese di giudizio possono compensarsi, posto che la condotta che ha originato il contenzioso, pur derivando da fatto imputabile alla Stazione appaltante, ha trovato causa, come detto, anche nell'imprecisa formulazione dell'annotazione del casellario informatico, come statuito dal Consiglio di Stato, con espressa declaratoria di irripetibilità del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo – L'AQUILA, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate e contributo unificato irripetibile.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Paolo Passoni, Consigliere

Maria Abbruzzese, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/01/2011

IL SEGRETARIO

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