



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 Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 248 del 2014, proposto da:
Infrastrutture Societa' Cooperativa, rappresentata e difesa dagli avv.ti
Marco Faggiano e Mariacristina Sapone, con domicilio eletto presso il
primo in Torino, Via Drovetti, 37;

contro

Comune di Torino, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e
difeso dagli avv.ti Marialaura Piovano e Anna Maria Arnone, con
domicilio eletto presso la prima in Torino, Via Corte d'Appello, 16;

nei confronti di

Agrigarden S.r.l.;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale del Servizio Appalti Pubblici,
approvata il 27 gennaio 2014, cronologico n. 18, emanata nella
procedura aperta N. 33/2013 "lavori di viabilità ciclabile - anno 2012"
di "revoca della sospensione dell'efficacia del verbale di

aggiudicazione provvisoria del 18 settembre 2013 e contestuale revoca dell'aggiudicazione nei confronti della ditta Infrastrutture S.C. con conseguente esclusione dalla gara. Aggiudicazione al secondo classificato";

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva nell'interesse della seconda classificata Agrigarden s.r.l.;

- dell'art. 5 del Codice Etico del Comune di Torino;

nonché di ogni altro atto precedente, conseguente, presupposto, confermativo o comunque connesso anche non noto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Torino;

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 gennaio 2015 il dott. Giovanni Pescatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il ricorso in esame attiene alla procedura di gara per "*lavori di viabilità ciclabile, anno 2012, opere di manutenzione straordinaria e di completamento*" indetta dal Comune di Torino con delibera di Giunta del 2 ottobre 2012 n. 974 e determina dirigenziale del 18 dicembre 2012 n. 698.

2. La ditta Infrastrutture s.c. vi ha preso parte, presentando la necessaria documentazione amministrativa e, in particolare, una SOA del 20 settembre 2010 a scadenza triennale 19 settembre 2013.

3. Nella seduta pubblica del 18 settembre 2013, è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria a favore dell'odierna ricorrente.

4. Senonché, in data 2 ottobre 2013, durante le operazioni di un'altra procedura aperta, la n. 81/2013, riguardante i lavori di manutenzione straordinaria del verde pubblico, alla quale partecipava la stessa ditta Infrastrutture s.c., è emerso che nella nuova attestazione SOA della ditta, rilasciata in data 30 luglio 2013 e sostitutiva della precedente, era indicato, quale direttore tecnico, unitamente ad altro professionista, anche l'arch. Donato Maggiulli, dipendente della Città di Torino; viceversa, nella precedente attestazione, acquisita in data 12 giugno 2013 per la partecipazione alla gara in esame, compariva quale direttore tecnico esclusivamente l'ing. Renzo Patriarca.

Dunque, al momento dell'aggiudicazione provvisoria in questione, l'attestazione SOA posseduta dalla ditta Infrastrutture s.c. recava quale Direttore tecnico anche l'arch. Donato Maggiulli, dipendente a tempo pieno del Comune di Torino, inquadrato contrattualmente come alta professionalità e assegnato al Servizio Tecnico Suolo e Parcheggi presso il magazzino Buscaglioni.

Dalle verifiche condotte è risultato che tale dipendente era stato autorizzato dal Comune di Torino, ex art. 53 d.lgs. 165/2001, a svolgere presso Infrastrutture s.c., per il periodo 1 giugno 2013 – 31 dicembre 2013, un'attività di consulenza tecnica per lavori edili e di

restauro su beni immobili sottoposti a tutela.

Con nota del 9 ottobre 2013 l'amministrazione comunale ha chiesto chiarimenti circa i rapporti intercorrenti tra la ditta e il dipendente comunale anche alla luce delle norme del codice etico della Città di Torino, le quali non consentono alle imprese concorrenti alle gare d'appalto di esaminare e proporre opportunità d'impiego e/o commerciali che possano avvantaggiare i dipendenti a titolo personale.

All'anzidetta richiesta il legale rappresentante della ditta interpellata, con nota dell'11 ottobre 2013 ha risposto che *"dal 30 luglio 2013 l'arch. D.M., ottenuta dal suo dirigente opportuna autorizzazione, mi affianca nella direzione tecnica di Infrastrutture. Collaborerà nel futuro, e ad oggi non lo ha ancora fatto, a fronte di un compenso lordo annuo di € 1.500, esclusivamente nell'ambito dei lavori di restauro edile afferente la categoria 002 ... Conosco l'arch. M dagli anni 90, ne sono amico e lo reputo tecnico capace ed onesto.."*

5. Dopo aver disposto la sospensione dell'efficacia del verbale di aggiudicazione provvisoria del 18 settembre 2013, con nota prot. 6507 del 17 dicembre 2013, il Comune di Torino ha avviato nei confronti della ditta Infrastrutture s.c. il procedimento per la revoca della aggiudicazione provvisoria e la contestuale esclusione dalla gara. Nel mentre, la ditta ha comunicato all'amministrazione di aver sostituito l'arch. Maggiulli con l'arch. Mario Chiavol nel ruolo di Direttore Tecnico.

6. Con la determina dirigenziale qui impugnata, del 27 gennaio 2014, il procedimento è stato definito con la revoca dell'aggiudicazione

provvisoria e la conseguente esclusione dalla gara di Infrastrutture s.c..

Le motivazioni della revoca fanno riferimento:

a) all'invalidità dell'attestazione SOA al momento dell'aggiudicazione provvisoria e della verifica dei requisiti, nel corso della quale è risultato quale direttore tecnico un dipendente comunale appartenente al Servizio Tecnico Suolo e Parcheggi, non legittimato a svolgere tale incarico. L'invalidità, in particolare, viene desunta da un'asserita incompatibilità della figura di direttore tecnico di un'impresa privata con lo *status* di dipendente pubblico,

b) alla violazione dell'art. 5 comma 3 del menzionato codice etico, ai sensi del quale "*Non è ... consentito esaminare o proporre opportunità di impiego e/o commerciali che possono avvantaggiare i dipendenti a titolo personale*"- e conseguente applicazione dell'art.8, in forza del quale "*... La violazione delle norme stabilite dal presente codice per una corretta e leale concorrenza nella gara d'appalto comporterà l'esclusione dalla gara ai sensi delle vigenti norme legislative*";

c) alla insanabile compromissione della garanzia di affidabilità dell'Impresa.

7. La gara è stata aggiudicata alla seconda impresa in graduatoria, la ditta Agrigarden s.r.l. di Torino.

8. Gli atti di revoca e nuova aggiudicazione sono stati impugnati nel presente giudizio sulla base delle seguenti censure:

I) La cooperativa ricorrente ritiene innanzitutto che, ai sensi dell'art.87 DPR 207/2010, il rapporto di impiego tra il Direttore

Tecnico ed il Comune non costituisca motivo di invalidità della SOA, in quanto "la validità dell'attestazione SOA deriva esclusivamente dalla completezza e correttezza delle certificazioni in essa contenute"; asserisce altresì che la disciplina sulle incompatibilità nel pubblico impiego di cui all'art. 60 DPR 3/57 non si applichi ai casi di società cooperative; si duole, ancora, della contraddittorietà e della carenza di motivazione insite nel provvedimento impugnato, desumibili dal fatto che l'assunzione del ruolo di direttore tecnico era giustificata dalla circostanza che il Dirigente del Comune di Torino aveva rilasciato in via preventiva "l'autorizzazione necessaria"; lamenta, infine, un travisamento dei fatti in quanto "la SOA sarebbe comunque valida, dal momento che l'ing. Patriarca possedeva da solo i requisiti tecnici relativi alla categoria dell'appalto in questione (OG3)".

II) In merito alle norme del codice etico, la ricorrente ne rileva la natura meramente regolamentare e la conseguente illegittimità nella parte in cui confliggono con le disposizioni di legge che consentono ai pubblici dipendenti di assumere cariche sociali all'interno di società cooperative; contesta la sussistenza di vantaggi personali per l'arch. Maggiulli, non potendosi qualificare come tale la retribuzione concordata e indicata nell'istanza di autorizzazione; rileva che prima di richiedere la collaborazione all'arch. Maggiulli, l'impresa aveva formulato uno specifico quesito alla AVCP, senza ottenere risposta; e che lo stesso professionista aveva richiesto e ottenuto regolare preventiva autorizzazione dal suo dirigente.

III) e IV) Con gli ultimi due motivi, la ricorrente evidenzia che, alla

luce dei rilievi che precedono, non può dirsi in alcun modo compromessa la garanzia di affidabilità dell'impresa, avendo questa agito in totale trasparenza e buona fede nei confronti dell'amministrazione comunale.

9. Si è ritualmente costituita in giudizio, per resistere alle domande avversarie, la sola amministrazione intimata.

10. Questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare con ordinanza n. 143 del 21 marzo 2014. Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello sulla misura cautelare ai soli fini della sollecita trattazione del merito.

11. Il procedimento è quindi giunto a decisione all'udienza pubblica di discussione dell'8 gennaio 2015.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene di dover confermare la prognosi di infondatezza dell'impugnativa già enunciata in fase cautelare.

Alle censure formulate in ricorso resistono, infatti, almeno due delle tre ragioni addotte dall'amministrazione comunale a giustificazione dell'impugnato atto di autotutela.

2. Come esposto in premessa, le motivazioni della revoca dell'aggiudicazione provvisoria fanno riferimento:

a) all'invalidità dell'attestazione SOA al momento dell'aggiudicazione provvisoria; b) alla violazione dell'art. 5 comma 3 del codice etico richiamato dal bando di gara; c) al venir meno della garanzia di affidabilità dell'Impresa.

3. Quanto al primo profilo, pare condivisibile l'argomentazione di parte ricorrente secondo la quale l'attestazione SOA vale - ai sensi dell'art.

1, comma 3, d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 - quale condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria dell'impresa partecipante in gara (T.A.R. Catania, Sez. IV, 21 agosto 2009, n. 1479; Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2007, n. 5470), sicché non può ipotizzarsi, in capo alla stazione appaltante, alcuno spazio di autonomo accertamento circa la sussistenza in concreto dei profili di qualificazione tecnico-finanziaria attestati nella relativa certificazione (T.A.R. Sardegna, Sez. I, 10 novembre 2007, n. 2047).

Non è avallabile, pertanto, il provvedimento di autotutela nella parte in cui reca un'autonoma valutazione della validità della SOA, trattandosi di materia riservata, per specifica attribuzione, all'ente attestatore, e non rientrante nelle competenze della stazione appaltante

4. Paiono valide, invece, le ulteriori ragioni addotte dall'amministrazione a supporto della scelta di revocare l'affidamento.

In relazione all'asserita violazione del codice etico, occorre premettere che la legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), all'art. 1 comma 17, dispone che *“le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito, che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara”*.

4.1 La giurisprudenza ha riconosciuto che – sebbene nell'ordinamento italiano viga il principio della tassatività delle cause

di esclusione (v. art. 46, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 163/2006) – nondimeno, la previsione della specifica potestà di esclusione di cui all’art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012, non si pone in contrasto con detto principio, in quanto lo stesso art. 46, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 163/2006 considera legittime le esclusioni disposte in base alle leggi vigenti, quale è la L. n. 190/2012 (Cons. Giust. Amm. Sic., ord. 12 settembre 2014, n. 534; Id., 2 settembre 2014, n. 490).

4.2 In aggiunta alle considerazioni contenute nei richiamati precedenti giurisprudenziali, vale la pena osservare che la temuta lesione del principio di tassatività appare non giustificata se solo si considera che la disciplina dei pubblici appalti - una volta tipizzati i generali requisiti di ammissione alla gara - tende ad assegnare alla valutazione discrezionale della stazione appaltante il residuale giudizio di affidabilità professionale dell’impresa concorrente, predisponendo all’uopo clausole generali di contenuto indeterminato (si veda la formula della “grave negligenza o malafede”, di cui all’art. 38, comma 1, lett. f, d.lgs. 163/2006) affidate al ponderato apprezzamento della stessa parte pubblica.

4.3 Rispetto a questa impostazione, l’elencazione di condotte ritenute scarsamente affidabili e lesive del rapporto fiduciario con l’impresa, integra una condizione di maggiore garanzia per i soggetti concorrenti, poiché, per un verso, delinea *ex ante* e in modo trasparente i fatti potenzialmente ostativi al loro ingresso in gara; e, per altro verso, circoscrive il potere valutativo- discrezionale della stazione appaltante, confinandolo entro parametri relativamente

tipizzati.

4.4 Venendo al caso di specie, il Comune di Torino ha fatto applicazione della legge n. 190/2012 approvando un proprio codice etico e prevedendo, all'art. 1 comma 3 del regolamento comunale per la disciplina dei contratti, l'impegno all'osservanza del suddetto codice in ogni contratto sottoscritto fra la Città e l'appaltatore.

4.4 Conformemente, nella gara in oggetto la *lex specialis* recava una previsione che faceva obbligo ai partecipanti alla gara di osservare il "Codice etico delle imprese concorrenti e appaltatrici degli appalti comunali allegato al Regolamento" (pag. 3).

4.5 Il richiamato codice etico, all'art. 5, 1° comma, riguardante i "Rapporti con gli Uffici Comunali", dispone che *"nel partecipare a gare d'appalto, nelle trattative e negoziazioni comunque connesse con appalti comunali e nella successiva esecuzione, la ditta si astiene da qualsiasi tentativo di influenzare impropriamente i dipendenti dell'ente che lo rappresentano ovvero trattano o prendono decisioni per conto del Comune di Torino"*; e, al 3° comma, aggiunge: *"Non è altresì consentito esaminare o proporre opportunità di impiego e/o commerciali che possono avvantaggiare i dipendenti a titolo personale"*.

La violazione di tale disposizione è sanzionata dal successivo art. 8, in forza del quale *"La violazione delle norme stabilite dal presente codice per una corretta e leale concorrenza nella gara d'appalto comporterà l'esclusione dalla gara ai sensi delle vigenti norme legislative ovvero, qualora la violazione sia riscontrata in un momento successivo, l'annullamento dell'aggiudicazione e la risoluzione del contratto..."*.

4.6 Ora, nel caso di specie pare essersi integrata la ragione escludente

connessa al divieto di “*esaminare o proporre opportunità di impiego e/o commerciali che possono avvantaggiare i dipendenti a titolo personale*” (art. 5 comma 3 cod. etico).

La disposizione, letta anche alla luce del 1° comma del citato art. 5, intende scongiurare ogni possibilità di coinvolgimento a titolo personale di dipendenti dell’ente pubblico appaltante nelle negoziazioni relative a gare d'appalto. E’ quindi preclusa qualsivoglia possibilità vuoi per le ditte partecipanti di influenzare impropriamente i soggetti che trattano o prendono decisioni per conto del Comune di Torino; vuoi, per l’ente comunale, di avallare operazioni che implicino posizioni di vantaggio, a titolo personale, per i propri dipendenti.

4.7 Il caso in esame pare inquadrabile nell’ultima delle suddette ipotesi, in quanto l’assunzione presso l’impresa privata dell’incarico (retribuito) di direttore tecnico, è circostanza foriera di una posizione di indebito vantaggio personale, imputabile al dipendente comunale, potendo questi indirettamente beneficiare dell’affidamento pubblico nel quale è chiamato a rendere la propria opera.

4.8 D’altra parte, dall’espressione “*avvantaggiare i dipendenti a titolo personale*” non pare potersi desumere un ambito applicativo della norma limitato alle sole ipotesi (assai improbabili) in cui il dipendente pubblico sia diretto contraente dell’amministrazione ovvero figure quale esclusivo beneficiario del rapporto contrattuale con essa. Al contrario, e in evidente coerenza con la *ratio* della norma, è del tutto plausibile ritenere che la posizione di vantaggio che rileva ai fini della

sussistenza del conflitto di interessi sia quella obiettivamente e chiaramente riferibile alla persona del dipendente: è pertanto sufficiente che questi - pur non negoziando con la p.a. in proprio, ma essendo inserito in una più ampia organizzazione d'impresa - sia *ex ante* individuabile come uno dei potenziali beneficiari degli effetti vantaggiosi della commessa pubblica. È quanto esattamente si è verificato nel caso di specie, posto che l'arch. Maggiulli ricopriva una specifica qualifica operativa all'interno dell'organigramma dell'impresa concorrente, e viepiù figurava quale titolare di un incarico professionale direttamente rilevante ai fini della esecuzione dell'opera, che certamente lo abilitava a rendere la propria prestazione anche in relazione alla gara *de qua*.

4.9 L'evidenza della criticità di tale stato di cose è riconosciuta dalla stessa parte ricorrente, nella misura in cui dà atto di essersi premunita di specifica autorizzazione del Comune di Torino, ex art. 53 d.lgs. 165/2001, al fine di legittimare la collaborazione in essere con l'arch. Maggiulli.

4.10 Nondimeno, detta autorizzazione è irrilevante ai fini del superamento dei rilievi sollevati dall'amministrazione, in quanto attiene allo svolgimento di un'attività - consulenza tecnica per lavori edili e di restauro su beni immobili sottoposti a tutela - diversa, per contenuto ed oggetto specifico, da quella di direzione tecnica che viene in rilievo nel caso di specie.

4.11 Né vale invocare da parte ricorrente, al fine di superare le ragioni sottese al provvedimento di revoca, la normativa di settore che

consente ai pubblici dipendenti di assumere cariche sociali all'interno di società cooperative: le disposizioni invocate dal Comune di Torino, infatti, non limitano, né altrimenti incidono su tali facoltà partecipative di carattere generale, ma intervengono sulla diversa e speciale materia dei requisiti di ammissione alla gara delle ditte che si avvalgano dell'opera di dipendenti pubblici. Pertanto, non sussistendo coincidenza oggettiva tra gli ambiti normativi posti a confronto, non è possibile predicarne il contrasto di contenuti.

5. Traslando la disamina sul terzo motivo posto a base dell'atto di revoca, resta da osservare che - anche a prescindere dai profili di legittimità della *causa excludendi* invocata nell'atto impugnato - le circostanze di fatto sin qui evidenziate valevano comunque a legittimare sul piano della mera opportunità e dell'interesse pubblico l'esercizio del potere di autotutela, nell'ambito del quale va inquadrato l'atto di revoca dell'aggiudicazione.

5.1 In materia di appalti pubblici, infatti, vige il principio generale per cui è riconosciuta all'Amministrazione appaltante la possibilità di revocare l'aggiudicazione, in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, del quale occorre dare atto nella motivazione del provvedimento di autotutela. L'esercizio di tale potere, peraltro, tenuto conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse che lo giustificano, non è subordinato al ricorrere di ipotesi tipiche, tassativamente predeterminate dal legislatore, ma è rimesso alla valutazione ampiamente discrezionale della stazione appaltante, e può quindi esplicarsi attraverso un giudizio sia sulla capacità di

gestione del servizio, sia sull'affidabilità della ditta prescelta, che deve necessariamente connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico. E la valutazione espressiva di tale sintetico giudizio discrezionale è sindacabile in sede di legittimità solo per manifesta illogicità delle scelte operate (*ex multis* T.A.R. Napoli, sez. I, 10 settembre 2013, n. 4216).

5.2 Nel caso di esame, il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, mediato da un giudizio di non affidabilità della ditta prescelta, appare fedele ai criteri di indirizzo del potere attivato, in quanto, a motivazione della ritenuta cessazione del rapporto fiduciario, adduce ragioni di inopportunità fondate su circostanze oggettive, connesse alla anomala e sconveniente posizione del dipendente pubblico, riconosciute come tali dalla stessa parte ricorrente (cfr. pag. 4 mem. ricorr. 27.12.2014), oltre che rispondenti ad un principio generale di trasparenza e imparzialità sotteso a tutta la normativa in materia di appalti pubblici.

5.3 Lo stesso criterio di opportunità insito nella determina impugnata risulta consacrato dall'amministrazione resistente attraverso il varo di una specifica norma regolamentare in tema di prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione: la codificazione di tale canone di "legalità", al quale l'amministrazione si è impegnata a conformare il suo operato, fornisce ulteriore riscontro del corretto esercizio del potere discrezionale di autotutela, sotto i profili della sua imparzialità, coerenza e adeguata motivazione.

5.4 Ad ulteriore convalida della logicità e della coerenza del giudizio di inaffidabilità espresso dall'amministrazione, rileva la circostanza che i fatti anomali posti a base dell'atto di revoca non siano stati direttamente evidenziati dall'impresa interessata, nel corso della procedura selettiva - come pure avrebbero imposto i generali principi di buona fede e di correttezza - ma siano emersi casualmente e in un contesto diverso da quello della gara in questione; sicché anche sotto questo profilo pare essere stata infranta la regola di lealtà cui devono essere improntati i rapporti reciproci tra pubblica amministrazione e contraente privato (cfr. art. 2 codice etico).

Per tutte le ragioni esposte il ricorso non può trovare accoglimento.

La peculiarità e relativa novità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima)

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

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Silvana Bini, Consigliere

Giovanni Pescatore, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/01/2015

IL SEGRETARIO

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