



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 Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5164 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Coop Marisol Scarl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Francario, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via delle Mercede, 11;

***contro***

Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi D'Ottavi, domiciliata presso l'Avvocatura Capitolina in Roma, Via Tempio di Giove, 21;

***per l'annullamento***

della determina dirigenziale n. 1066 del 9 aprile 2014, nella parte in cui ha escluso la ricorrente dalla gara per l'affidamento dei servizi connessi alla balneazione sulle spiagge libere del litorale di Roma Capitale - Lotto 3;

di ogni suo atto preparatorio, presupposto, connesso o

conseguenziale, con particolare riferimento alla nota del 14 aprile 2014, che intima la riconsegna dell'arenile indicato come lotto 3 entro cinque giorni dal ricevimento della stessa;

nonché per l'annullamento, quanto al primo atto di motivi aggiunti, della determina dirigenziale n. 1295 del 13 maggio 2014 che, in esito a riesame a seguito dell'ordinanza cautelare n. 2018 del 7 maggio 2014, ha confermato l'esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento dei servizi connessi alla balneazione sulle spiagge libere del litorale di Roma Capitale – Lotto 3;

nonché per l'annullamento, quanto al secondo atto di motivi aggiunti, della disposizione dirigenziale prot. n. 80802 del 30 giugno 2014 che ha ordinato alla ricorrente cooperativa sociale di provvedere “nel termine di giorni cinque dalla notifica del presente atto ... allo sgombero del lotto indicato come n. 3 da persone e cose di proprietà e contestualmente al rilascio del medesimo tratto di spiaggia in favore dell'Amministrazione municipale”.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2015 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

Roma Capitale, premesso che con determinazione dirigenziale n. 325 del 4 febbraio 2014 è stato approvato il bando di gara per l'affidamento dei servizi connessi alla balneazione sulle spiagge libere del litorale, con determinazione dirigenziale n. 1066 del 9 aprile 2014, ha rappresentato che le verifiche espletate hanno evidenziato come alcune concorrenti, tra cui Marisol Società Cooperativa Sociale (concorrente per il lotto 3), “hanno presentato dichiarazioni non corrispondenti a quanto richiesto in sede di bando di gara, con particolare riferimento all’inesistenza, per il soggetto rappresentato, delle situazioni previste dall’art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.”, sicché ha escluso tali concorrenti dall’aggiudicazione, in relazione ai lotti specificati.

La Cooperativa Sociale Marisol, avverso detta esclusione, ha proposto i seguenti motivi di gravame:

*Violazione e falsa applicazione art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 per mancanza del presupposto del passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna.*

L’amministrazione avrebbe erroneamente ritenuto sussistente la causa di esclusione per il solo fatto che la ricorrente non avrebbe indicato la condanna riportata nel certificato dei carichi pendenti, non ancora passata in giudicato.

*Violazione e falsa applicazione art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 sotto il profilo della mancanza di una espressa previsione da parte della lex specialis di indicare l’esistenza di qualsiasi sentenza penale di condanna, anche*

*non passata in giudicato ed anche se per reati non gravi o on incidenti sulla moralità professionale.*

La rilevanza meramente formale e non sostanziale della mancata dichiarazione sarebbe comprovata dal fatto che la ricorrente gestisce il servizio dal 2004, senza che mai l'amministrazione, all'atto dei rinnovi o dell'espletamento della nuova gara nel 2012, abbia avuto nulla da dire sulla gravità o sulla moralità della condotta.

*Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241 del 1990 e s.m.i. Eccesso di potere per insufficienza, perplessità e inconferenza della motivazione. Difetto dei presupposti.*

La motivazione sarebbe stata resa senza alcun riferimento alle risultanze di un'istruttoria che avrebbe dovuto valutare se, nel caso di specie, le condotte tenute e ritenute illecite dal giudice penale assurgessero agli estremi della gravità e della incidenza negativa sulla moralità professionale.

L'istanza cautelare è stata accolta ai fini del riesame della posizione della ricorrente avuto riguardo a quanto rilevato in motivazione con la ordinanza di questa Sezione 8 maggio 2014, n. 2018, dal seguente tenore:

“Rilevato che il disciplinare di gara di cui trattasi chiede ai partecipanti la generica dichiarazione in ordine alla inesistenza delle situazioni previste dall'art. 38 del codice dei contratti, senza espressamente richiedere l'indicazione di “tutte” le condanne riportate;

Considerato che con riferimento a dette evenienze, la pretesa incompletezza della dichiarazione nella quale cioè non venga fatta

menzione, come nella specie, di tutti i procedimenti penali, recente giurisprudenza del Consiglio di Stato afferma che non ciò non potrebbe comportare ope legis l'esclusione dalla gara (Cons. Stato, V Sezione, 23 marzo 2011 n. 1795);

Rilevato che, nella specie, la disposta esclusione si fonda sul dato estrinseco della intervenuta produzione di dichiarazione non corrispondente a quanto richiesto in sede di bando con particolare riferimento all'inesistenza per il soggetto rappresentato delle situazioni previste dal citato art. 38, questo in particolare per aver parte ricorrente ommesso di indicare condanna patteggiata ex art. 444 c.p.p. con sentenza irrevocabile per reato di bancarotta fraudolenta, senza che tuttavia ciò sia specificamente rappresentato nel provvedimento impugnato come pure è omessa ogni dovuta valutazione in ordine al precedente non rappresentato ed alla sua incidenza sulla procedura de quo”.

Con determinazione dirigenziale n. 1295 del 13 maggio 2014, Roma Capitale ha confermato la determinazione dirigenziale n. 1066 del 9 aprile 2014 in relazione alla disposta esclusione della Cooperativa Marisol, “giusta la valutata incidenza delle condotte criminose non dichiarate sui requisiti posti a presidio della normativa richiamata nel bando di gara”.

Tale provvedimento è stato impugnato dalla Cooperativa Marisol con i seguenti motivi aggiunti:

*Violazione e falsa applicazione art. 38, comma 1, lett. c, sotto il profilo della motivazione insufficiente e del difetto dei presupposti. Eccesso di potere.*

La motivazione dell'esclusione per l'esistenza di precedenti penali dovrebbe essere esaustiva e specifica e, quindi, dovrebbe fare riferimento non solo al fatto dell'esistenza di una condanna astrattamente considerata, ma anche alle concrete caratteristiche dell'appalto ed alle concrete modalità di commissione del reato.

La motivazione, invece, continuerebbe ad essere generica e stereotipa, senza alcun concreto riferimento alle caratteristiche dell'appalto ed alle modalità di commissione del reato.

Non basterebbe l'esistenza di precedenti penali per escludere il concorrente dalla gara pubblica, ma sarebbe necessario che l'amministrazione dimostri, dandone conto nella motivazione del provvedimento, che per le concrete caratteristiche dell'appalto e per le concrete modalità di commissione del reato la condotta già ritenuta illecita dal giudice penale sia di gravità tale da escludere l'assunzione di un pubblico appalto come quello di specie.

Il Municipio Roma X (ex XIII) di Roma Capitale, in data 27 maggio 2014 – premesso che il Tar Lazio ha accolto la domanda di sospensione del provvedimento impugnato con ordinanza cautelare n. 2018 del 2014 e considerata l'esigenza che sulle spiagge è necessario garantire la sorveglianza, la pulizia e la salvaguardia della sicurezza alla balneazione – ha affidato alla Cooperativa Marisol, “fino al pronunciamento definitivo del TAR”, i servizi connessi alla balneazione sulle spiagge libere del litorale di Roma Capitale – lotto n. 3.

Con successivo atto del 30 giugno 2014, lo stesso Municipio X –

rilevato, da un lato, come le disposizioni di carattere provvisorio dettate con la precedente nota del 27 maggio 2014 siano limitate alla fase interinale del procedimento giurisdizionale che, in ogni caso, risulta ampiamente superata con l'adozione della determinazione dirigenziale n. 1295 notificata in data 13 maggio 2014 e successivamente depositata in giudizio, dall'altro, che con tale ultimo provvedimento, che ha confermato l'esclusione di Marisol dall'aggiudicazione, si è esaurita la fase cautelare, con ogni conseguenza sull'affidamento provvisorio dei servizi da espletarsi sul lotto in oggetto – ha disposto che, nel termine di cinque giorni dalla notifica, la Marisol provveda allo sgombero del lotto indicato come n. 3 da persone e cose di proprietà e, contestualmente, provveda al rilascio del medesimo tratto di spiaggia, in favore dell'amministrazione municipale con oneri e spese a carico, in caso di mancata spontanea esecuzione.

Tale provvedimento è stato impugnato dalla Società ricorrente con un secondo atto di motivi aggiunti, con cui ha dedotto:

*Eccesso di potere per manifesta illogicità e contraddittorietà con la determina 65689 del 27 maggio 2014. Violazione e falsa applicazione degli artt. 55 e ss. del c.p.a. e dei principi processuali generali in materia di pronunce cautelari del giudice amministrativo. Violazione dell'art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990 e s.m.i. e dei principi generali in tema di revoca degli atti amministrativi.*

L'impugnato provvedimento del 30 giugno 2014 sarebbe contraddittorio con la precedente determina del 27 maggio 2014, adottata in costanza della determina n. 1295 del 13 maggio 2014 che

aveva confermato l'esclusione della ricorrente.

L'amministrazione avrebbe espresso la volontà di affidare provvisoriamente il servizio almeno per la stagione balneare 2014, dal momento che la determina fa esplicito riferimento "al definitivo pronunciamento del TAR".

Il provvedimento impugnato, quindi, revocherebbe immotivatamente ed illogicamente l'affidamento provvisorio già concesso nelle more della decisione di merito.

*Invalidità derivata dai vizi già dedotti con il ricorso principale e con i primi motivi aggiunti.*

L'atto sarebbe viziato in via derivata per le ragioni già dedotte con i precedenti motivi aggiunti, formulati avverso l'atto confermativo dell'esclusione.

Roma Capitale ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del gravame.

Le istanze cautelari proposte con il primo e secondo atto di motivi aggiunti sono state respinte da questa Sezione con ordinanza 1° agosto 2014, n. 3610, con la seguente motivazione:

“Considerato che, ad una prima delibazione, l'azione di annullamento proposta con il secondo atto di motivi aggiunti non appare assistita da adeguato fumus boni iuris in quanto l'impugnata comunicazione del 30 giugno 2014 non appare qualificabile come atto di revoca del precedente provvedimento del 27 maggio 2014, con cui l'amministrazione aveva affidato alla ricorrente “fino al pronunciamento definitivo del TAR” i servizi connessi alla

balneazione del lotto 3, essendosi limitata a precisare che le disposizioni di carattere provvisorio di cui al detto atto sono limitate alla fase interinale del procedimento giurisdizionale;

Considerato che, ad una prima delibazione, l'azione di annullamento proposta con il primo atto di motivi aggiunti non appare assistita da adeguato fumus boni iuris in quanto l'impugnato provvedimento del 13 maggio 2014, con cui l'amministrazione ha confermato l'esclusione della ricorrente dalla gara, sembra congruamente motivato dando conto in maniera esaustiva dell'iter logico giuridico, relativo anche all'incidenza dei procedimenti penali sui requisiti di moralità professionale presidiati dalla normativa applicabile, per il quale è stata disposta l'esclusione".

All'udienza pubblica del 21 gennaio 2015, la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. L'azione di annullamento della determina dirigenziale n. 1066 del 9 aprile 2004 proposta con l'atto introduttivo del giudizio è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

La determina dirigenziale n. 1295 del 13 maggio 2014, impugnata con il primo atto di motivi aggiunti, costituisce una conferma provvedimentale, essendo stata adottata a seguito di una più ampia istruttoria ed essendo supportata da una più articolata motivazione, dell'atto di esclusione dalla gara della Cooperativa Marisol.

Ne consegue che, essendo il rapporto disciplinato dal nuovo provvedimento, in data 13 maggio 2014, nessuna utilità la ricorrente

potrebbe trarre dall'eventuale annullamento del provvedimento di esclusione adottato in data 9 aprile 2014.

Di qui, la sopravvenuta carenza di interesse all'azione.

2. L'azione di annullamento della determina dirigenziale n. 1295 del 13 maggio 2014, proposta con il primo atto di motivi aggiunti, è infondata e va di conseguenza respinta.

Roma Capitale, con determinazione dirigenziale n. 1295 del 13 maggio 2014, ha confermato il provvedimento del 9 aprile 2014 in relazione alla disposta esclusione della Cooperativa Marisol, giusta la valutata incidenza delle condotte criminose non dichiarate sui requisiti posti a presidio della normativa richiamata nel bando di gara.

La lettura dell'atto è assolutamente convincente nei sensi appena esposti.

La motivazione del provvedimento di esclusione è ampia ed articolata ed indica chiaramente le ragioni di fatto e di diritto per le quali la stazione appaltante ha provveduto all'esclusione della Cooperativa Marisol.

In particolare, l'amministrazione ha ritenuto applicabile alla fattispecie la preclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del codice dei contratti pubblici, secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alla procedure di affidamento i soggetti "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”.

L'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, nel prevedere i requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare, ha tipizzato una serie di fattispecie di esclusione, per la verifica della sussistenza delle quali, la stazione appaltante, in taluni casi, deve ricorrere ad un mero accertamento tecnico pervenendo ad un risultato certo e non opinabile (come, ad esempio, la verifica dello stato di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o di concordato preventivo di cui alla lett. a), mentre, in altre ipotesi, tra le quali quella di cui alla lett. c), deve esercitare discrezionalità tecnica, ricorrendo all'ausilio di parametri non certi, ma opinabili.

In altri termini, nel caso di specie, in presenza del presupposto previsto dalla norma, la stazione appaltante deve escludere il concorrente dalla gara, ma l'individuazione del presupposto postula l'esercizio di discrezionalità tecnica in quanto la norma fa riferimento a concetti giuridici indeterminati (incidenza sulla moralità professionale).

Roma Capitale, in disparte la valutazione delle altre condotte criminose, ha ritenuto, con giudizio plausibile ed esente da qualunque vizio di legittimità, che il reato di bancarotta fraudolenta, per il quale il legale rappresentante di Marisol ha ricevuto una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti a due anni di reclusione e sospensione condizionale, incide sulla moralità professionale del soggetto, soprattutto se posta in relazione all'oggetto della procedura di gara indetta per l'affidamento di servizi da rendere in favore della

collettività e da svolgersi su bene demaniale.

In proposito, giova rammentare che le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, in sede di ricorso ex art. 362 c.p.c. avverso una sentenza del Consiglio di Stato, con sentenza 17 febbraio 2012, n. 2312, con riferimento ad una fattispecie di esclusione dalla procedura di gara ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006, hanno avuto modo di rilevare che il giudice amministrativo non può ingerirsi nella valutazione compiutamente discrezionale riservata all'amministrazione in ordine al requisito dell'affidabilità dell'impresa e che il sindacato sulla motivazione formulata dalla stazione appaltante deve mantenersi "sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti come ragioni del rifiuto", non potendo il giudice ricorrere, ai fini della valutazione dell'eccesso di potere, "a criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa".

In definitiva, una volta ritenuto con una valutazione del tutto plausibile che i precedenti penali del legale rappresentante della Cooperativa incidono sulla moralità professionale del concorrente e sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante, Roma Capitale ha correttamente e doverosamente escluso dalla procedura di gara Marisol ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006.

3. L'azione di annullamento proposta con il secondo atto di motivi aggiunti è parimenti infondata.

Nel precisare che i vizi di invalidità derivata dell'atto impugnato sono da ritenere infondati per l'infondatezza dei vizi proposti con il primo

atto di motivi aggiunti avverso il provvedimento di conferma dell'esclusione in data 13 maggio 2014, il Collegio ritiene che non sia persuasiva la censura con cui la ricorrente ha prospettato il vizio proprio dell'atto impugnato.

Marisol ha dedotto che il provvedimento del 30 giugno 2014 sarebbe contraddittorio con la precedente determina del 27 maggio 2014, avendo revocato immotivatamente ed illogicamente l'affidamento provvisorio già concesso nelle more della decisione di merito.

Il Municipio Roma X – premesso che il TAR del Lazio ha accolto la domanda di sospensione del provvedimento impugnato con ordinanza cautelare n. 2018 del 2014 e considerata l'esigenza che sulle spiagge è necessario garantire la sorveglianza, la pulizia e la salvaguardia della sicurezza alla balneazione – ha affidato alla Cooperativa Marisol, “fino al pronunciamento definitivo del TAR”, i servizi connessi alla balneazione sulle spiagge libere del litorale di Roma Capitale – lotto n. 3.

Lo stesso Municipio X – rilevato come le disposizioni di carattere provvisorio dettate con la nota del 27 maggio 2014 siano limitate alla fase interinale del procedimento giurisdizionale che, in ogni caso, risulta ampiamente superata con l'adozione della determinazione dirigenziale n. 1295 del 13 maggio 2014 di conferma dell'esclusione della Marisol dall'aggiudicazione – ha disposto che, nel termine di cinque giorni dalla notifica dell'atto, la Cooperativa Marisol provveda allo sgombero del lotto indicato come n. 3 da persone e cose di proprietà e, contestualmente, al rilascio del medesimo tratto di

spiaggia, in favore dell'amministrazione municipale, con oneri e spese a carico, in caso di mancata spontanea esecuzione.

Il Collegio rileva che l'impugnato atto del 30 giugno 2014 non è qualificabile come revoca del precedente atto del 27 maggio 2014, atteso che si limita a precisare, con una sorta di interpretazione autentica, il significato della frase "fino al pronunciamento definitivo del TAR" contenuta nella precedente nota, precisando che la stessa dovesse essere intesa con riferimento alla fase interinale del procedimento giurisdizionale.

Tale precisazione si rivela plausibile anche alla luce di quanto indicato nella stessa nota del 30 giugno 2014 in cui l'amministrazione ha rappresentato che la determinazione del 27 maggio 2014 è stata adottata a seguito della diffida della Società all'affidamento temporaneo del servizio connesso alla balneazione, sul lotto n. 3, "... nelle more della decisione del TAR adito sulla istanza di sospensione".

4. Le spese del giudizio, considerata l'articolazione della vicenda processuale che ha visto l'accoglimento ai fini del riesame dell'istanza cautelare proposta con l'atto introduttivo del giudizio, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, così provvede sul ricorso in epigrafe:

dichiara improcedibile l'azione di annullamento proposta con l'atto introduttivo del giudizio;

respinge l'azione di annullamento proposta con il primo atto di motivi aggiunti;

respinge l'azione di annullamento proposta con il secondo atto di motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Filoreto D'Agostino, Presidente

Silvia Martino, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/02/2015

IL SEGRETARIO

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