

Consiglio di stato, sezione III, sentenza n. 4333 del 15 luglio 2011

Valutazione dei requisiti ex art. 38 co. 1 del d.lgs. 163/06 – L'annotazione pregiudizievole nel casellario dell'AVCP non determina l'esclusione automatica dalla gara

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1811 del 2011, proposto da: Gemeaz Cusin S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv., con domicilio eletto presso ... in Roma,

contro

- il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro p.t.,
- il Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco di Napoli, in persona del Comandante p.t.,
rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

R.R. Puglia S.r.l., A.M. Food Service S.r.l., Sodexo Italia S.p.A. nonché l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Campania, Sede di Napoli, Sezione I, n. 28227 del 30 dicembre 2010, resa tra le parti, concernente l'esclusione dell'appellante dalla

procedura ristretta per l'affidamento triennale del servizio di ristorazione per il Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco di Napoli.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura Generale dello Stato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2011 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti l'avvocato e l'avvocato dello Stato

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La Gemeaz Cusin S.p.A ha partecipato alla gara per l'affidamento triennale del servizio di ristorazione presso il Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco di Napoli ed era stata esclusa, come risulta dal verbale di gara del 31 luglio 2009, per la mancanza del requisito dell'affidabilità morale previsto dall'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, "per le annotazioni pregiudizievoli in merito a provvedimenti pubblicati risultati dalla verifica dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori dalla cui notizia è scaturita una ricerca per la verifica dell'affidabilità dell'Operatore Economico Gemeaz Cusin s.p.a.";

La Gemeaz Cusin ha, quindi, impugnato davanti al TAR per la Campania il provvedimento di esclusione dalla gara nonché, per illegittimità derivata, il decreto di aggiudicazione definitiva intervenuto in favore della Sodexo Italia S.p.A. (a seguito dell'esclusione del raggruppamento temporaneo formato da R.R. Puglia S.r.l. e A.M. Food Service S.r.l. che era stato individuato quale aggiudicatario provvisorio).

2.- Il TAR per la Campania, Sede di Napoli, con la sentenza indicata in epigrafe, ha respinto il ricorso, ritenendo infondate le doglianze sollevate avverso l'atto di

esclusione dalla gara, ed ha in conseguenza respinto anche la domanda di risarcimento dei danni che era stata avanzata.

3.- La Gemeaz Cusin, dopo aver ricordato di aver partecipato alla gara per tutti i 74 Comandi provinciali dei Vigili del Fuoco in Italia e di essere stata esclusa solo dai Comandi provinciali di Napoli, Genova e Teramo (in quest'ultimo caso l'esclusione era stata peraltro annullata dal TAR per l'Abruzzo, con la sentenza n. 2 del 10 gennaio 2011), ha proposto appello contro la sentenza del TAR per la Campania, ritenendola erronea sotto diversi profili.

L'appellante ha dedotto che, contrariamente a quanto affermato dal TAR, la non ammissione alla gara è stata determinata esclusivamente dalla riscontrata annotazione pregiudizievole nel casellario informatico dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) di una precedente esclusione della società da una gara pubblica (indetta dal CSI Piemonte), e che è indimostrata l'affermata autonoma analisi, da parte della Stazione appaltante, della affidabilità dell'operatore e delle certificazioni del casellario giudiziale dei rappresentanti della società, tenuto anche conto della tardiva acquisizione (in data successiva al provvedimento di esclusione) della documentazione prodotta in giudizio.

In particolare, secondo l'appellante, la suddetta annotazione nel casellario informatico dell'Autorità di Vigilanza non poteva costituire ragione di automatica esclusione dalla gara, considerato che la stessa era stata determinata da una precedente esclusione da una gara (indetta nel 2008 dal CSI Piemonte) per una sentenza di applicazione della pena patteggiata, a carico di un ex amministratore cessato dalla carica nel 2007, per un reato dichiarato estinto già dal 2004; mentre, invece, il riferimento fatto nella sentenza appellata alle condanne risultanti dalle certificazioni del casellario giudiziale non può essere condiviso perché il provvedimento di esclusione non reca alcuna indicazione, né tanto meno alcuna valutazione, sulla rilevanza dei reati dichiarati estinti (e neppure di quelli risultanti

dalle altre certificazioni depositati dall'amministrazione nel corso del giudizio), con la conseguenza che il TAR ha "proceduto ad una inammissibile etero-integrazione della motivazione del provvedimento".

In ogni caso, secondo l'appellante, nessuno dei reati annotati nei casellari giudiziali prodotti dall'Amministrazione in corso di causa poteva determinare l'esclusione della società ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) del d. lgs. n. 163 del 2006. Infatti, quattro dei sei certificati prodotti in giudizio (quelli relativi ai signori Roberto Cusin, Saudo Cappelli, Giovanni Sorte e Fabio Massimo Micaludi) riportano reati da tempo dichiarati estinti, che quindi, non potevano essere oggetto di valutazione da parte dell'Amministrazione, e le annotazioni relative ai due restanti soggetti erano assolutamente irrilevanti, riferendosi a meri procuratori e, quindi, a soggetti non contemplati dall'art. 38, comma 1, lett. c).

4.- Preliminarmente il collegio ritiene utile ricordare che l'art. 38, comma 1, lett. c) del d. lgs. n. 163 del 2006, prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici dei soggetti nei cui confronti sia stata emessa 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'art. 444 del c.p.p., per reati gravi che incidono sulla moralità professionale.

Tale disposizione è dettata al fine di evitare che l'Amministrazione contragga obbligazioni con soggetti che, per la gravità del reato commesso, non garantiscono il possesso di adeguata moralità professionale e il necessario affidamento (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3560 del 4 giugno 2010).

L'esclusione e il divieto opera se il decreto o la condanna sono stati emessi nei confronti di coloro che, nelle società a responsabilità limitata e per azioni, ricoprono la carica di amministratore con poteri di rappresentanza o di direttore tecnico, ed anche, secondo quanto stabilito dalla disposizione in vigore all'epoca

dei fatti in esame, nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara (mentre ora l'esclusione e il divieto operano nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel solo anno antecedente la data di pubblicazione del bando, per effetto della modifica disposta con il comma 2 dell'art. 4, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, con i limiti previsti dal comma 3 dello stesso articolo).

4.1.- Il collegio ritiene utile aggiungere che, per assicurare il rispetto della indicata disposizione, il comma 2 del citato art. 38 prevede che le imprese partecipanti alle gare pubbliche devono presentare apposita dichiarazione, ai sensi dell'art. 43 del D.P.R. n. 445 del 2000, nella quale devono indicare anche le eventuali condanne per le quali hanno beneficiato della non menzione.

Le stazioni appaltanti verificano poi sulla base delle dichiarazioni presentate e degli altri elementi di cui dispongono il possesso dei necessari requisiti di partecipazione e verificano, quindi, se le condanne riportate dagli amministratori con poteri di rappresentanza o dai direttori tecnici delle imprese partecipanti ad una gara pubblica, risultanti dalle dichiarazioni presentate in sede di partecipazione alla gara o da altri elementi di cui sono in possesso (come l'annotazione nel casellario dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di una precedente esclusione da una gara pubblica), abbiano una rilevanza effettiva (ed attuale) sulla gara tale da determinare l'esclusione dalla stessa delle imprese interessate.

4.2.- Fra gli elementi che costituiscono oggetto della valutazione sulla rilevanza delle condanne riportate dagli amministratori in carica, e dai soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara (ed oggi nell'anno precedente), si può citare l'adozione da parte dell'impresa, di atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata pur riportata dall'amministratore cessato dalla carica nel periodo di riferimento. Ha inoltre un sicuro rilievo, nella valutazione che deve compiere l'amministrazione,

anche il tempo trascorso dalla vicenda oggetto della condanna penale e il tempo trascorso dalla stessa condanna penale.

Deve poi tenersi conto, per quel che riguarda la fattispecie in esame, della eventuale avvenuta estinzione del reato ai sensi dell'art. 445, comma 2, del c.p.p.

Infatti, in proposito, si è di recente affermato che devono ritenersi irrilevanti (tra l'altro) le condanne penali estinte ai sensi dell'art. 445, comma 2 c.p.p., con la conseguenza che le stesse possono anche non essere indicate nelle dichiarazioni che le imprese devono presentare ai sensi dell'art. 38 lett. c) del d. lgs. n. 163 del 2006 (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 9324 del 21 dicembre 2010; sez. V, n. 4594 del 23 luglio 2009).

4.3.- Anche questa Sezione ha affermato che, nelle gare ad evidenza pubblica, se è legittima l'esclusione del concorrente che ometta di dichiarare una condanna ad una sentenza patteggiata (ex art 444 c.p.p.) nei confronti del legale rappresentante dell'impresa, non si può tuttavia procedere all'esclusione se ben prima del termine per la partecipazione alla gara sia stata dichiarata dal Giudice dell'esecuzione penale l'estinzione del reato, ai sensi del art. 445 c.p.p. Infatti tale successiva vicenda determina l'irrilevanza della relativa condanna anche in relazione alla causa di esclusione dettata dall'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1750 del 22 marzo 2011).

4.4.- Occorre peraltro precisare che, sia nel caso di sentenza penale patteggiata, sia nel caso di decreto penale di condanna, la successiva estinzione del reato, ai sensi degli articoli 445 e 460 del c.p.p., pur operando in presenza dei presupposti stabiliti, richiede comunque che l'esistenza di tali presupposti sia accertata con una pronuncia del giudice penale su istanza dell'interessato. Con la conseguenza che la condanna per un reato che incide sull'affidabilità morale e professionale di colui nei cui confronti è pronunciata può costituire causa di esclusione dalla gara se

manca tale pronuncia giudiziale (Consiglio Stato, sez. VI, n. 4243 del 5 luglio 2010; sez. VI, n. 9324 del 21 dicembre 2010 cit.).

5.- Per le ragioni esposte si deve quindi escludere che una eventuale annotazione pregiudizievole nel casellario dell'Autorità di vigilanza dell'Autorità di vigilanza sui Contratti pubblici (AVCP), salvo che non si tratti di una sospensione dalla partecipazione alle gare espressamente ed autonomamente disposta dall'Autorità, possa determinare automaticamente l'esclusione di una concorrente da una gara, ai sensi del predetto art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Infatti, l'iscrizione nel casellario dell'Autorità ha la sola finalità di rendere noto il fatto annotato, la cui valutazione ai fini dell'esclusione o meno dalla gara resta pur sempre demandata, come si è detto, alla singola stazione appaltante.

6.- Sulla base di tali principi è ora possibile passare all'esame delle doglianze sollevate dalla appellante Gemeaz Cusin avverso la sua esclusione dalla gara indetta dal Comando dei Vigili del Fuoco di Napoli (ed avverso la sentenza del TAR per la Campania che, respingendo il ricorso di primo grado, ha ritenuto legittima l'esclusione).

L'appellante sostiene che, contrariamente a quanto affermato dal TAR, la non ammissione alla gara è stata determinata esclusivamente dalla riscontrata annotazione pregiudizievole nel casellario informatico dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) di una precedente esclusione della società da una gara pubblica (indetta dal CSI Piemonte), e che è indimostrata l'affermata autonoma analisi, da parte della Stazione appaltante, della affidabilità dell'operatore e delle certificazioni del casellario giudiziale dei rappresentanti della società, tenuto anche conto della tardiva acquisizione (in data successiva al provvedimento di esclusione) della documentazione prodotta in giudizio.

Al riguardo, l'esame della vicenda, quale emerge dagli atti di causa, porta a ritenere che l'esclusione dell'appellante dalla gara in questione sia stata causata in modo

determinante (anche se non esclusivo) dalla annotazione nel casellario informatico dell'Autorità di vigilanza, della sua esclusione da una precedente gara.

Tale annotazione (inserita nel Casellario dell'Autorità in data 26 novembre 2008) era stata determinata dalla esclusione della Gemeaz Cusin da una gara bandita dal Consorzio per il sistema informativo Piemonte (CSI) che aveva ritenuto rilevante il precedente penale della sentenza di applicazione della pena, ex art. 444 c.p.p., a carico di Roberto Cusin (amministratore cessato dalla carica) per un reato poi dichiarato estinto, ex art. 445, comma 2, c.p.p., con ordinanza del Tribunale di Milano del 12 gennaio 2004.

Come emerge dagli atti, l'annotazione non recava tuttavia alcuna motivazione sulla causa dell'intervenuta esclusione della appellante dalla precedente gara, ma si limitava a far riferimento all'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice.

6.1.- Sulla base di tali elementi (e di quelli indicati dalla stessa appellante nella dichiarazione presentata ai sensi dell'art. 38), l'amministrazione, facendo applicazione dei principi che si sono su ricordati, non poteva disporre l'esclusione della appellante dalla gara.

Certamente non poteva trarre elementi sufficienti dalla indicata annotazione nel casellario informatico, in relazione alla quale, fra l'altro, l'interessata aveva proposto ricorso straordinario al Capo dello Stato che, a seguito di parere reso dalla Sezione I di questo Consiglio di Stato (n. 7445 del 2009), è stato poi accolto con D.P.R. del 4 febbraio 2010 (in data peraltro successiva all'adozione del provvedimento di esclusione oggetto del presente ricorso) con la rettifica dell'iscrizione.

In tale parere si è affermato che l'annotazione in concreto apposta, facendo richiamo esclusivamente all'art. 38, comma 1 lett. c), del d. lgs. 163 del 2006, risultava erronea e comunque incompleta. Infatti, le esclusioni contemplate dal citato art. 38 "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.», con la conseguenza che la stessa non poteva essere indicata, nel caso concreto, come presupposto dell'annotazione. Mentre l'Autorità, nel disporre l'annotazione della comunicazione avrebbe dovuto correttamente formularla precisando che la Gemeaz Cusin era stata esclusa da una gara di appalto per il servizio di ristorazione aziendale sulla base di una autonoma valutazione della stazione appaltante effettuata in relazione all'oggetto dell'appalto.

6.2.- La predetta annotazione, risultante nel casellario informatico dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, non imponeva quindi alla Stazione appaltante di provvedere alla esclusione dell'appellante dalla nuova gara, ma richiedeva un supplemento di istruttoria quantomeno per verificare l'attualità e la persistente rilevanza del fatto che l'aveva determinata.

E tale istruttoria non risulta compiuta in modo esaustivo dalla stazione appaltante o comunque di essa non vi è prova adeguata.

L'amministrazione si è, infatti, limitata a richiamare nell'atto di esclusione l'esistenza della annotazione nel casellario informatico, a seguito della quale sostiene di aver effettuato una verifica dell'affidabilità dell'operatore economico Gemeaz Cusin. Ma, come sostenuto dall'appellante, l'amministrazione non ha fornito alcuna indicazione sul rilievo dato agli (ulteriori) elementi acquisiti e quindi agli altri elementi che erano stati indicati dalla stessa appellante nella dichiarazione presentata per la partecipazione alla gara (mentre le certificazioni del casellario giudiziale depositate in giudizio risultano acquisite in data successiva al provvedimento impugnato).

6.3.- Considerata l'intervenuta cessazione della carica dell'amministratore interessato dalla sentenza patteggiata ex art. 444 c.p.p. (causa della annotazione nel casellario informatico), la risalenza della condanna (pur grave) che lo riguardava (pronunciata nell'anno 1994), e soprattutto la successiva intervenuta (da tempo)

estinzione del reato (pronunciata dal tribunale di Milano in data 12 gennaio 2004), nonché la risalenza nel tempo delle altre condanne indicate, l'amministrazione avrebbe dovuto invece dare adeguata considerazione, nella valutazione dei richiesti requisiti di moralità del contraente, anche all'attualità ed alla persistente rilevanza sia del fatto che aveva determinato l'annotazione nel casellario dell'Autorità di vigilanza, sia delle altre condanne che la stessa impresa aveva indicato nella sua dichiarazione.

Tale mancata valutazione (e comunque la mancanza di motivazione sul punto) rende illegittima la disposta esclusione della appellante dalla gara in questione.

7.- Deve peraltro aggiungersi che, come sostenuto dall'appellante, i reati annotati nei certificati del casellario giudiziario prodotti dall'Amministrazione in corso di causa, non sembrano tali da integrare, a carico della società, la possibile esclusione per il difetto dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del d. lgs. n. 163 del 2006.

Infatti, quattro dei sei certificati prodotti in giudizio (quelli relativi ai signori Roberto Cusin, Saudo Cappelli, Giovanni Sorte e Fabio Massimo Micaludi) riportano reati da tempo dichiarati estinti che, quindi, per quanto su esposto, non potevano più essere oggetto di valutazione da parte dell'Amministrazione, mentre le annotazioni relative ai due restanti soggetti devono ritenersi irrilevanti, riguardando meri procuratori e, quindi, soggetti che non possono ritenersi contemplati fra quelli indicati nell'art. 38, comma 1, lett. c).

Si è, infatti, in proposito di recente affermato che i procuratori speciali della società muniti di poteri di rappresentanza non rientrano nel novero dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive finalizzate alla verifica del possesso dei requisiti di moralità (Consiglio di Stato, sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513).

Infatti, i procuratori speciali (o ad negotia), benché possano essere muniti di poteri di rappresentanza, non possono essere considerati alla stregua degli amministratori

(ai quali si riferisce la disposizione dettata dall'art. 38) in quanto sono soggetti dotati di poteri gestionali limitati che eseguono direttive fornite dagli amministratori ai quali rispondono del loro operato.

8.- Per tutte le ragioni esposte si deve ritenere illegittima l'esclusione della appellante dalla procedura di gara in questione e l'appello deve essere quindi accolto.

9. Non può tuttavia riconoscersi alla appellante il risarcimento del danno richiesto. Occorre in proposito ricordare che, ai fini dell'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno a carico della Pubblica amministrazione, non è sufficiente il solo annullamento del provvedimento lesivo, ma è altresì necessaria la prova del danno subito e la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo ovvero della colpa. Si deve quindi verificare se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi, con la conseguenza che il giudice amministrativo può affermare la responsabilità dell'amministrazione per danni conseguenti a un atto illegittimo quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimento normativo e giuridico tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato e negarla quando l'indagine presupposta conduca al riconoscimento dell'errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1983 del 31 marzo 2011; Consiglio di Stato, Sez. V n. 8229 del 25 novembre 2010).

9.1- Considerato che, nella fattispecie, l'appellante non ha dato alcuna dimostrazione circa la rilevanza del danno subito e che l'azione dell'amministrazione (ritenuta illegittima) non risulta determinata da colpa grave (né tantomeno dal dolo), tenuto conto dello svolgersi della vicenda determinata da

una imprecisa formulazione di una annotazione nel casellario informatico nel casellario dell'Autorità (solo successivamente modificata) e tenuto anche conto della novità della questione giuridica riguardante l'irrilevanza (nella valutazione della moralità dell'impresa) delle condanne penali dichiarate estinte, che solo di recente la (citata) giurisprudenza ha risolto.

10.- Le spese di giudizio, data la difficoltà delle questioni trattate, vanno integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello e, per l'effetto, annulla la sentenza impugnata e per l'effetto, in accoglimento del ricorso originario, annulla il provvedimento di esclusione dell'appellante dalla gara per l'affidamento triennale del servizio di ristorazione del Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco di Napoli.

Dispone la compensazione integrale fra le parti delle spese e competenze del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2011

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/07/2011

IL SEGRETARIO

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