

L'incidenza dei reati finanziari, sulla moralità professionale del soggetto che aspira ad essere parte di un contratto di appalto di servizi con l'Amministrazione pubblica, non è rimessa alla valutazione della stazione appaltante, ma è espressamente definita, a priori, dalla stesso legislatore, che ascrive alla particolare natura del reato, sotto l'aspetto sostanziale, una tale lesività degli interessi collettivi, da non consentire che il servizio sia affidato a coloro che li hanno commessi: è onere dei concorrenti rendere una dichiarazione veritiera, enunciando anche gli eventuali reati che non sono iscritti nel casellario giudiziale.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 1331 del 20 marzo 2007, in tema di mancata dichiarazione della presenza, in capo all'Amministratore delegato, di reati finanziari, ci insegna che:

<correttamente è stata individuata la riconducibilità del reato in questione (la condanna, con sentenza patteggiata risalente all'1 ottobre 1990 (pena sospesa), per violazione delle norme sulla repressione della evasione fiscale, a carico del Presidente del consiglio di amministrazione e procuratore della mandante) nell'ambito dei reati finanziari per i quali l'art. 12 lett. "b" del decreto legislativo n. 157/1995, prevede l'esclusione dalla gara, considerandosene l'incidenza, in concreto, sulla moralità professionale della concorrente, sia per la natura del reato ed alla sua commissione (non contestata) da parte di un organo della mandante (presidente del consiglio di amministrazione e procuratore) la cui moralità professionale è idonea a riflettersi direttamente sulla moralità professionale della mandante e, dunque, della ATI concorrente>

ma non solo

<Erroneo è il convincimento dell'appellante secondo cui i reati finanziari non costituirebbero che una esemplificazione dei reati che possono incidere sulla "moralità professionale" dell'appaltatore: essi al contrario, nella formulazione della norma della quale deve farsi applicazione, sono rivestiti di particolare configurazione in ragione della loro natura edittale e dalla specialità delle norme che li prevedono e sanzionano penalmente>

ed inoltre:

<Argomento a contrario non può trarsi dalla formulazione dell'art. 38 del nuovo codice dei contratti pubblici, non applicabile alla fattispecie, né dalla decisione della Sezione n. 349 del 31 gennaio 2006.

Il principio desunto dal precedente giurisprudenziale da ultimo citato è adattabile alla parte dell'art. 12, lett.b) che (come nel caso cui si riferisce la citata decisione, riguardante propriamente l'interpretazione ed applicazione dell'art. 75, lett. "b" D.P.R. n. 554/1999, in tema di appalto di opere pubbliche) manca di indicare, con parametri fissi e predeterminati, quali siano i reati che incidono sulla moralità professionale dell'appaltatore.

E' chiaro e condivisibile, in tali ipotesi, che la flessibilità operativa lasciata all'amministrazione al fine di un equo apprezzamento delle singole, concrete fattispecie, richieda anche una puntuale considerazione di tutti gli elementi che possono avere influenza sulla fiducia contrattuale.

Non è così, invece, per i reati finanziari per i quali, l'apprezzamento normativo è insito nella specificità della indicazione che implica una valutazione astratta di incidenza, compiuta direttamente dal legislatore con riferimento a reati aventi una particolare natura ed è vincolante per l'amministrazione.>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.3691 del 2006, proposto dalla ** s.p.a***

contro

- il COMUNE di BARI, in persona del Sindaco in carica, Dr. Michele Emiliano, rappresentato e difeso dall'Avv. Maria Petrocelli, con domicilio eletto in Roma, Via Cosseria n.2, presso il Dr. Alfredo Placidi;

- il DIRIGENTE della Ripartizione Contratti e Appalti del Comune di Bari

-non costituito -;

e nei confronti di

** s.r.l. società a direzione e coordinamento di ** s.p.a., con sede legale in Roma, (Cod. Fisc. n.02322600641 e REA n. 905977), in persona del legale rappresentante in carica, Ing. Robertino **, in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ***,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia - :Sezione I - n. 561/2006, del 22 febbraio 2006, resa tra le parti, concernente appalto servizio gestione impianto di pubblica illuminazione;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di:

- Comune di Bari

- ** s.r.l. in proprio e nella qualità;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 5 dicembre 2006, il Consigliere Chiarenza Millemaggi Cogliani;!Fine dell'espressione imprevista uditi, altresì, gli avvocati Sticchi Damiani, l'avv. Segato, su delega degli avv.ti Pascone e Annoni, l'avv. Cerceo, su delega dell'avv. Petrocelli e l'avv. Flascassovitti;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1.1. Con determinazione n. 2005/1145-20057100/0076 dell'11 marzo 2005, il dirigente della ripartizione contratti e appalti del Comune di Bari – a conclusione di apposito procedimento - ha disposto l'esclusione della attuale appellante dalla gara indetta ex art. 6, comma 1, lett."a", D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157, per l'affidamento del servizio integrato di gestione degli impianti di pubblica illuminazione della città di Bari, alla quale la costituenda ATI aveva partecipato, formulando l'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto a quella della attuale appellata (unica altra concorrente).

Con la medesima dirigenziale veniva disposta anche l'esclusione dell'unica altra concorrente (la ATI ** SO.L.E. ed altri) e la gara veniva dichiarata deserta.

Il provvedimento è stato impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia dalla ATI **_* che, successivamente, ha impugnato anche, con motivi aggiunti:

- a) le informative della Giunta comunale 18 e 21 giugno 2005, contenenti (con riferimento alla esigenza di ripetere la gara andata deserta) l'attestazione dell'organo di governo della maggiore convenienza, per l'Amministrazione, di scindere il servizio di gestione integrata degli impianti di pubblica illuminazione da quello di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti ed i relativi contratti, e di prevedere una durata inferiore per entrambi gli affidamenti (di cinque piuttosto che di dodici anni);

- b) il bando n. 43/2005 dell'11 luglio 2005 di indizione della gara per lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di pubblica illuminazione della città di Bari e frazioni per un periodo di anni uno;

- c) la determinazione dirigenziale del 10 maggio 2005 di approvazione e finanziamento del relativo progetto esecutivo ed autorizzazione ad esperire pubblico incanto.

La Sezione I del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, con la sentenza n. 561/2006, oggetto del presente giudizio di appello, ha respinto il ricorso principale ed i motivi aggiunti, condannando parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio nei confronti del Comune e della controinteressata.

1.2. La sentenza è impugnata, con l'appello in esame, dalla ricorrente in primo grado, che sottopone al controllo giurisdizionale di 2° grado il procedimento logico giuridico sulla cui base la sentenza perviene alle proprie conclusioni, sostenendone l'erroneità ed illegittimità in relazione alle singole censure proposte in primo grado.

Motivi ed argomenti difensivi possono essere così riassunti:

1°) il giudice di primo grado avrebbe erroneamente e falsamente disatteso l'omessa esplicitazione dell'iter logico che sorregge il provvedimento di esclusione, illegittimamente negando che, dal contesto dell'atto di esclusione, non sia dato comprendere se ad esso si sia pervenuti in base all'art. 12, comma 1, lett. "b" del D.Lgs. n. 157/1995 (in forza della emissione di sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. a carico del Presidente del C.d.A. e procuratore della mandante GEMMA Impianti) o degli artt. 75 e 76 del D.P.R. n. 445/2000. (per decadenza derivante da dichiarazione non veritiera);

- in ogni caso, indebitamente sarebbe stato negato che, nel caso in esame, non sarebbero configurabili né l'una né l'altra delle cause di esclusione; non la prima, perché, per il tempo trascorso, il reato patteggiato si sarebbe automaticamente estinto (restando una mera formalità la pronuncia giudiziaria di estinzione, costituente atto dovuto in assenza di commissione di ulteriori reati); non la seconda, in quanto non vi sarebbe stato alcun obbligo di dichiarare la condanna non menzionata nel certificato del Casellario giudiziario rilasciato alla parte;

2°) altrettanto illogica sarebbe la sentenza impugnata nella parte in cui ha omesso di sindacare la mancata valutazione del grado di colpevolezza e quella della gravità e rilevanza del reato, in relazione alla sua incidenza sulla condotta professionale del concorrente, e la non considerazione delle ragioni giustificative dalla ATI a propria difesa, falsamente attestando la completezza della istruttoria e della valutazione;

3°) la norma di cui all'art. 12 del D.Lgs. n. 157/1995 non sarebbe applicabile nei casi di sentenza pateggiate anteriori alla data di entrata in vigore del decreto legislativo in questione; una differente interpretazione, contrariamente, a quanto ritenuto nella sentenza impugnata, renderebbe la norma sospetta di illegittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., cosicché, sul punto, gli atti andrebbero trasmessi alla Corte costituzionale per il relativo giudizio;

4°) parimenti illegittima ed erronea sarebbe la reiezione dei motivi aggiunti avverso gli atti sopravvenuti, che sarebbero da un lato viziati da illegittimità derivata e, d'altro lato, inficiati da autonomi profili di illegittimità, in quanto:

- poggerrebbe sull'erroneo presupposto (non utilizzabile in pendenza di giudizio impugnatorio) che la gara cui ha partecipato l'interessata fosse andata deserta;

- il frazionamento dell'oggetto della precedente gara in due tronconi evidenzerebbe la mancata e/o erronea valutazione dell'interesse pubblico alla ripetizione della gara.

In conclusione, la sentenza appellata andrebbe riformata nel senso dell'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti, con annullamento dei provvedimenti impugnati, la declaratoria del diritto della ricorrente all'aggiudicazione, e la consequenziale pronuncia di condanna al pagamento delle spese dei due gradi del giudizio del Comune e del controinteressato appellati.

1.3. Questi ultimi si sono costituiti in giudizio resistendo all'impugnazione.

Successivamente la causa, chiamata alla pubblica udienza del 5 dicembre 2006, è stata trattenuta in decisione.

2.1. L'appello è infondato.

2.2. In punto di fatto sembra opportuno precisare che l'esclusione dalla gara della attuale appellante consegue agli accertati precedenti penali a carico del Presidente del consiglio di amministrazione e procuratore della mandante soc. ** impianti (fra l'altro, sentenza di condanna ex artt. 444 c.p.p., per la commissione, di un reato finanziario non dichiarato estinto) di cui non era stata fatta menzione nella apposita dichiarazione resa all'atto della partecipazione alla gara, con la quale, al contrario, la concorrente aveva dichiarato l'insussistenza di alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 12 D.Lgs.157/1995.

Il provvedimento di esclusione, assunto a conclusione di un apposito subprocedimento (del cui avvio è stata data alla parte tempestiva comunicazione), è stato preceduto da accertamenti compiuti

dall'ufficio a seguito della favorevole verifica dell'anomalia dell'offerta della ATI appellante, classificatasi al primo posto.

Ed invero l'Ufficio, aveva invitato la ATI a far pervenire la documentazione propedeutica alla aggiudicazione ed-emerso (a seguito di acquisizione diretta d'ufficio del certificato del Casellario giudiziale presso la Procura della Repubblica di Bari) che a carico del Sig. Franco ** (presidente del Consiglio di amministrazione e procuratore della mandante ** Impianti s.p.a.) sussistevano un'ammenda, con pena sospesa, risalente al novembre 1968, per violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro ed una sentenza patteggiata, risalente all'1 ottobre 1990, con pena sospesa, per violazione delle norme sulla repressione dell'evasione fiscale – il dirigente della Ripartizione contratti e appalti del Comune di Bari aveva dapprima riservatamente invitato l'interessato a far pervenire copia della sentenza patteggiata nonché copia della eventuale sopravvenuta sentenza di estinzione del reato e/o riabilitazione e, successivamente, acquista la sentenza patteggiata (ma non anche formale dichiarazione di estinzione del reato o riabilitazione che l'interessato affermava essere stata richiesta, ed in via di emissione) aveva rilevato, dalla lettura dell'atto, che il Gemma aveva riportato condanne per utilizzo di fatture emesse da altre società per operazioni inesistenti, così incorrendo nel reato di cui all'art. 4 n. 5 L. n. 516/1982 e per avere, ai fini della evasione delle imposte, simulato, per effetto degli artifici di cui innanzi, nelle dichiarazioni dei redditi personali (negli anni 1982/1986) componenti negative di reddito tali da alterare gli imponibili in maniera rilevante, incorrendo nel reato di frode fiscale ex art. 4 n. 7 L. n. 516/1992.

Ne è conseguito il provvedimento di esclusione, motivato dall'essere la dichiarante incorsa nelle fattispecie di cui all'art. 12 D.Lgs. n. 157/1995 ed in quella di cui agli artt. 75 e 76 del D.P.R. 445/2000, preceduto da rituale comunicazione all'interessata di avvio del procedimento, e da apposita istruttoria che si è avvalsa, oltre che dell'apporto partecipativo della attuale appellante, dei circostanziati contributi consultivi dell'Avvocatura comunale, a ciò richiesta.

2.3. La lettura degli atti consente di smentire in radice che dal contesto del provvedimento di esclusione non sarebbe dato comprendere quale sia stata, in definitiva, la ragione posta a fondamento della esclusione (I motivo del ricorso di primo grado, prima parte) e che sia mancata, da parte del Comune, la valutazione del grado di colpevolezza e quella della gravità e rilevanza del reato, in relazione alla sua incidenza sulla condotta professionale del concorrente, nonché la considerazione delle ragioni giustificative dalla ATI a propria difesa, (III motivo di impugnazione).

Il provvedimento di esclusione, infatti, è esplicito e per nulla equivoco o perplesso nel definire la fattispecie di dichiarazione mendace in relazione agli effetti che ne vengono fatti derivare dalla norma regolatrice (artt. 75 e 76 del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445), con riferimento alla situazione concreta determinatasi nella gara in cui l'attuale appellante si era collocata in posizione utile per l'aggiudicazione, in ponderata correlazione al reato per il quale è intervenuto il patteggiamento (reato finanziario) automaticamente considerato, nella sua natura edittale, quale causa di esclusione a norma dell'art. 12, lett. "b" del D.Lgs. n. 157 del 1995.

Muovendo dalla premessa essenziale - costituita dalla clausola del bando che ha prescritto, a pena di esclusione, una dichiarazione sostitutiva ex D.P.R. n. 444/ 2000, con la quale il concorrente, assumendosene piena responsabilità doveva dichiarare, tra l'altro, l'insussistenza delle condizioni di cui all'art. 12, comma 1, del D. Lgs. n. 157/1995 – nessun addebito può essere mosso, per i profili in esame, al provvedimento con il quale:

- è messo in rilievo che tale dichiarazione é stata resa affermandosi l'insussistenza (senza eccezioni o precisazioni) di alcuna delle cause di esclusioni di cui alla disposizione normativa citata;

- è stato precisato come, al contrario, a seguito degli accertamenti esperiti dall'Amministrazione, all'esito della gara, dal Casellario giudiziario acquisito dall'Ufficio é risulta la condanna, con sentenza patteggiata risalente all'1 ottobre 1990 (pena sospesa), per violazione delle norme sulla repressione della evasione fiscale, a carico del Presidente del consiglio di amministrazione e procuratore della mandante;

- è stata individuata la riconducibilità del reato in questione nell'ambito dei reati finanziari per i quali l'art. 12 lett. "b" del decreto legislativo n. 157/1995, prevede l'esclusione dalla gara, considerandosene l'incidenza, in concreto, sulla moralità professionale della concorrente, sia per la natura del reato ed alla sua commissione (non contestata) da parte di un organo della mandante (presidente del consiglio di amministrazione e procuratore) la cui moralità professionale è idonea a riflettersi direttamente sulla moralità professionale della mandante e, dunque, della ATI concorrente;

- se ne è tratta, infine, la conclusione che, anche indipendente dalla natura del reato, non estinto al momento della partecipazione alla gara, la situazione penale del suddetto presidente e procuratore della mandante dovesse essere quanto meno dichiarata.

Nella descritta situazione, nessun addebito può essere mosso all'iter procedimentale (della cui correttezza fanno fede la preliminare richiesta riservata di documentazione al procuratore della mandante, la comunicazione di avvio del procedimento, l'accurata istruttoria svolta con l'intervento partecipativo della ATI interessata, la consulenza dell'avvocatura comunale appositamente richiesta ed al provvedimento, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, le cui conclusioni devono essere confermate anche nella parte, in cui è negata rilevanza alla buona fede della dichiarante in ordine alla intervenuta estinzione automatica del reato, per decorso del tempo, e della correlativa mancanza dell'obbligo di dichiarazione, con riferimento allo scarso spessore rappresentativo del soggetto sul quale gravava la condanna penale, nonché al fatto che la condanna non comparisse sul certificato del casellario giudiziario rilasciato alla parte.

Come sarà detto in prosieguo, si tratta di elementi che non incidono sulla validità della valutazione e che non necessitavano di puntuale confutazione in relazione alla particolarità della fattispecie, in quanto l'incidenza dei reati finanziari, sulla moralità professionale del soggetto che aspira ad essere parte di un contratto di appalto di servizi con l'Amministrazione pubblica, non è rimessa alla valutazione della stazione appaltante, ma è espressamente definita, a priori, dalla stesso legislatore, che ascrive alla particolare natura del reato, sotto l'aspetto sostanziale, una tale lesività degli interessi collettivi, da non consentire che il servizio sia affidato a coloro che li hanno commessi.

Erroneo è il convincimento dell'appellante secondo cui i reati finanziari non costituirebbero che una esemplificazione dei reati che possono incidere sulla "moralità professionale" dell'appaltatore: essi al contrario, nella formulazione della norma della quale deve farsi applicazione, sono rivestiti di particolare configurazione in ragione della loro natura edittale e dalla specialità delle norme che li prevedono e sanzionano penalmente.

Argomento a contrario non può trarsi dalla formulazione dell'art. 38 del nuovo codice dei contratti pubblici, non applicabile alla fattispecie, né dalla decisione della Sezione n. 349 del 31 gennaio 2006.

Il principio desunto dal precedente giurisprudenziale da ultimo citato è adattabile alla parte dell'art. 12, lett.b) che (come nel caso cui si riferisce la citata decisione, riguardante propriamente l'interpretazione ed applicazione dell'art. 75, lett. "b" D.P.R. n. 554/1999, in tema di appalto di opere pubbliche) manca di indicare, con parametri fissi e predeterminati, quali siano i reati che incidono sulla moralità professionale dell'appaltatore.

E' chiaro e condivisibile, in tali ipotesi, che la flessibilità operativa lasciata all'amministrazione al fine di un equo apprezzamento delle singole, concrete fattispecie, richieda anche una puntuale considerazione di tutti gli elementi che possono avere influenza sulla fiducia contrattuale.

Non è così, invece, per i reati finanziari per i quali, l'apprezzamento normativo è insito nella specificità della indicazione che implica una valutazione astratta di incidenza, compiuta direttamente dal legislatore con riferimento a reati aventi una particolare natura ed è vincolante per l'amministrazione.

Piuttosto, dalla citata, recente decisione della Sezione (n. 349 del 31 gennaio 2006) deve trarsi, in relazione al caso in esame, il differente e dirimente principio che astringe la stazione appaltante alla applicazione, in modo incondizionato, delle clau** inserite nella lex specialis, in ordine alle cause di esclusione dalla gara, in quanto da ciò discende l'obbligo del Comune di escludere dalla gara la ATI che ha ommesso di indicare nella dichiarazione la particolare situazione penale in cui versava il procuratore della mandante.

2.4. Chiariti tali aspetti, non può che essere condivisa la tesi su cui poggiano il provvedimento impugnato e la sentenza di primo grado, in ordine alla irrilevanza del mero decorso del tempo per potersi ritenere estinto il reato oggetto di patteggiamento.

L'estinzione del reato che ha costituito oggetto di sentenza di patteggiamento, in conseguenza del verificarsi delle condizioni previste dall'art. 445 comma 2 c.p.p. (cioè la mancata commissione nel termine previsto - cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione - di un delitto ovvero di una contravvenzione della stessa indole) non opera "ipso iure", ma richiede una formale pronuncia da parte del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 676 c.p.p..

In questo senso è chiaro l'insegnamento della Suprema Corte di Cassazione (per tutte, Cass. penale, Sez. IV, 27 febbraio 2002, n. 11560, citata anche nella sentenza appellata), dalla quale la Sezione non ha ragione di discostarsi con riferimento al caso in esame;

La Sezione, del resto, sia pure esaminando il differente caso di reato espunto dall'ordinamento per depenalizzazione, ha avuto modo di precisare che ad esso non consegue automaticamente l'estinzione della condanna, occorrendo, all'uopo uno specifico provvedimento del giudice competente, con la conseguenza che, nel caso in cui detto provvedimento interviene quando la procedura concorsuale è già conclusa, esso non incide sulla sussistenza dei requisiti, che dovevano essere posseduti al momento della presentazione delle offerte, in ossequio al principio della parità delle condizioni dei concorrenti (Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2003, 3241).

2.5. La non menzione nel casellario giudiziale rilasciato ad istanza di parte non rileva, per quanto riguarda il caso in esame, in cui deve tenersi conto della tassatività della clausola del bando che non ha richiesto, ai concorrenti, un qualsiasi atto notorio o dichiarazione sostitutiva del certificato del casellario giudiziale, bensì la formale e **nne dichiarazione che, con i connotati della dichiarazione sostitutiva ex D.P.R. n. 444/2000 (comportante assunzione di piena responsabilità del dichiarante)

espressamente affermasse l'insussistenza delle condizioni di cui all'art. 12, comma 1, del D. Lgs. n. 157/1995.

Il principio secondo cui non rende false dichiarazioni sulle condizioni rilevanti per la partecipazione a gare di appalto il concorrente che produce il certificato del casellario giudiziale rilasciatogli ai sensi dell'art.689 c.p.p., anche ove dal certificato integrale rilasciato all'amministrazione ai sensi dell'art. 688 c.p.p. emergano ulteriori reati che l'amministrazione ritenga incidenti sulla moralità e professionalità dell'impresa, cui si riferisce l'appellante, non è applicabile al caso in esame, in cui il bando di gara ha prescritto, specificamente, la produzione di una dichiarazione (formale e ***ne, con assunzione di responsabilità) in ordine alla insussistenza di reati incidenti sulla moralità e professionalità del concorrente.

Tale specifica ipotesi è stata risolta, da questo giudice di appello, nel senso che, in tal caso, è onere dei concorrenti rendere una dichiarazione veritiera, enunciando anche gli eventuali reati che non sono iscritti nel casellario giudiziale (sul punto, è esplicita e condivisibile la decisione Sez. VI, 14 ottobre 2003 , n. 6279).

Deve dunque ritenersi corretta l'affermazione contenuta in sentenza, secondo cui la sentenza patteggiata doveva essere dichiarata indipendentemente dalla sua annotazione nel certificato del casellario giudiziale rilasciato a richiesta dell'interessato.

2.6. Parte appellante sostiene ancora che la disposizione contenuta nell'art. 12 del decreto legislativo n. 157/1995 non potrebbero trovare applicazione al caso in esame, in quanto non ancora in vigore al tempo della commissione del reato da parte del procuratore della soc. Gemma, né alla data del patteggiamento: se il soggetto in questione avesse saputo dell'incidenza del reato patteggiato sulla moralità professionale dell'appaltatore, non avrebbe patteggiato. In difetto la norma sarebbe sospettabile di illegittimità costituzionale sotto il profilo della violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione.

La tesi è insostenibile sotto vari profili e il dubbio di illegittimità costituzionale manifestamente inammissibile.

Alle pubbliche gare si applicano le norme vigenti al tempo della loro indizione, secondo le regole generali.

Nel caso in esame, si applica, prima ancora dell'art. 12, del decreto legislativo n. 157 del 1995, la disposizione contenuta nelle legge speciale di gara che faceva espresso obbligo di rendere la dichiarazione nei termini sopra specificati, cosicché, la lesione della sfera giuridica derivante dalla esclusione deve essere ricondotta in via immediata e diretta alla regola concorsuale che non è stata fatta oggetto di impugnazione.

Ne consegue che, come è stato osservato nella sentenza di primo grado, la soluzione del dubbio prospettato (ove anche favorevole alla tesi dell'appellante), non sarebbe risolutivo della controversia, che trova, nella dichiarazione mandace, una delle ragioni di esclusione dalla gara.

2.7. L'appello deve dunque essere respinto in relazione al complesso dei motivi che ripropongono censure ed argomenti del ricorso principale di primo grado, in relazione alla negativa decisione di rigetto.

Maggior pregio non hanno i motivi che investono i capi della sentenza appellata che decidono i motivi aggiunti.

Esclusa in radice l'illegittimità derivata degli atti con i quali l'Amministrazione si è determinata a frazionare il servizio, e ad indire una nuova gara per una sola parte delle prestazioni già ricomprese nel precedente bando, stante la confermata reiezione del ricorso principale, deve esser ulteriormente precisato che:

- l'impugnazione giurisdizionale non incide sulla esecutività ed efficacia del provvedimento amministrativo impugnato, fintanto che non vengano sospese in sede cautelare, cosicché la pendenza del ricorso avverso l'esclusione dalla gara non vizia i successivi provvedimenti assunti sul presupposto che la precedente gara fosse andata deserta, né tale effetto invalidante può farsi derivare dalla mancata menzione, nei suddetti provvedimenti successivi, della pendenza dell'impugnazione;

- l'eventualità dell'accoglimento del ricorso giurisdizionale assume rilevanza in termini di rischi che l'amministrazione è disposta a correre, ma non può bloccare le scelte operative, né richiede alcuna specifica motivazione la scelta di procedere (malgrado il rischio che il ricorso sia accolto);

- in linea di principio appartiene alla insindacabile discrezionalità dell'amministrazione la scelta di comprendere in un unico appalto o scindere in separati lotti un complesso di prestazioni, da conferire mediante pubblica gara, ancorché riconducibili ad un interesse pubblico unitario;

- nel caso in esame, non si vede sotto quale profilo l'appellante possa ritenersi titolare di una posizione qualificata che la legittimi a sindacare la scelta dell'organo di governo, che in ogni caso non appare né illogica né irrazionale, alla stregua delle motivazioni addotte;

- del tutto priva di fondamento è infine la pretesa della comunicazione dell'avvio del procedimento, volto alla indizione di una nuova gara, non potendosi riconoscere, al tale fine, alcuna posizione di interesse - rilevante, differenziato e meritevole di tutela - nel soggetto escluso da una precedente gara, che non abbia ottenuto tutela cautelare avverso il provvedimento di esclusione, ancorché sia pendente il giudizio principale di impugnazione di tale provvedimento.

3. In definitiva, l'appello deve essere respinto.

A carico dell'appellante ed in favore dei resistenti devono porsi le spese del presente grado del giudizio, che si liquidano in dispositivo

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando, respinge l'appello;

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado del giudizio che liquida complessivamente in €3.000,00, in favore dei resistenti, da ripartirsi in €1.500,00 in favore del Comune di Bari ed €1500,00 in favore della controinteressata A.T.I.;

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 5 dicembre 2006, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di consiglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - il 20 marzo 2007