

Per evitare che la condanna inflitta al soggetto, che ha ricoperto cariche sociali, si ripercuota sulla società non è sufficiente la sola cessazione dalla carica sociale, per dimissioni o per allontanamento, “potendosi trattare di mera sostituzione di facciata”, ma occorre la dimostrazione che quest’ultima ha adottato “atti concreti e tangibili di dissociazione dalla condotta delittuosa, quale ad es. l’aver iniziato verso lo stesso azione di responsabilità sociale”

Merita di essere riportata la fattispecie sottoposta al Tar Lazio, Roma e discussa nella sentenza numero 6502 del 17 luglio 2007

Vediamo i fatti

Una società dichiara:

< “la Società, con delibera del Consiglio di amministrazione del 7 aprile 2005, si era dissociata dai comportamenti dell’ex consigliere ... Al fine di tutelare la società da eventuali possibili conseguenze pregiudizievoli nella partecipazione alle gare pubbliche, secondo quanto previsto dall’art. 75 D.P.R. n. 554 del 1999, il Consiglio di amministrazione della Società in data 22 dicembre 2005 ha deliberato quanto segue: preso atto della sentenza di patteggiamento nei confronti dell’ex consigliere ... il CdA conferma la precedente delibera del 7 aprile 2005 e manifesta la propria completa dissociazione dal comportamento dell’ex consigliere dando inoltre mandato al Presidente di trasmettere al dott... copia del presente atto comunicandogli formalmente di ritenerlo responsabile in caso di mancati inviti a gare di appalto e per eventuali danni che potranno derivare”.>

tale documento, secondo il Tar adito, non è sufficiente per dimostrare i necessari atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata in quanto:

< Non è, infatti, sufficiente dichiarare genericamente la dissociazione dell’impresa, ma occorre indicare e documentare le misure concretamente adottate, fra le quali assume rilievo primario il fatto di avere proposto azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (il che, nel caso di specie, non è accaduto), costituendo, questa, una condotta in grado di evidenziare la piena e totale volontà dell’impresa di dissociarsi dal comportamento dei medesimi. Dello stesso avviso si è detta l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (determinazione 5 dicembre 2001 n. 16/23), secondo la quale per evitare che la condanna inflitta al soggetto, che ha ricoperto cariche sociali, si ripercuota sulla società non è sufficiente la sola cessazione dalla carica sociale, per dimissioni o per allontanamento, “potendosi trattare di mera sostituzione di facciata”, ma occorre la dimostrazione che quest’ultima ha adottato “atti concreti e tangibili di dissociazione dalla condotta delittuosa, quale ad es. l’aver iniziato verso lo stesso azione di responsabilità sociale”.>

in pratica quindi

< Dunque nel caso all’esame del Collegio la decisione del Consiglio di amministrazione di intentare azioni nei confronti dell’ex consigliere nella sola ipotesi in cui, per effetto della sua condotta penalmente rilevante, la stessa Società avesse subito ricadute economiche, non può essere considerata sufficiente a concretizzare il presupposto richiesto dalla norma. Tale decisione si sostanzia, infatti, in un’azione futura ed incerta, ben diversa da quella attuale e concreta richiesta>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio

- Sezione Terza Ter -
N. Reg. Sent.
Anno 2007

N. 10268 Reg. Ric.

Anno 2006

composto dai Magistrati:

Italo Riggio Presidente

Maria Luisa De Leoni Consigliere

Giulia Ferrari Consigliere – Estensore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 10268/06, proposto dalla Cogeis s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria della costituenda associazione temporanea con le imprese Franco Giuseppe s.r.l. e Toelco s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Scuderi e Giovanni Mandolfo e con questi elettivamente domiciliata in Roma, via Gregorio VII n. 396, presso lo studio dell'avv. Antonio Giuffrida,

contro

l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (Enac), in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui Uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è per legge domiciliato, nonché

nei confronti

delle Società Costruzioni Edili Bonifiche Aeroporti Strade (Scebas), in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con la Cebat s.r.l. e di quest'ultima, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti Rita Ceccarelli e Lorenzo Grisostomi Travaglini,

per l'annullamento, previa sospensiva,

dei verbali di gara con cui l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile ha aggiudicato all'ATI Scebas - Cebal l'appalto dei lavori di realizzazione delle opere civili ed impiantistiche per l'adeguamento delle infrastrutture di volo dell'Aeroporto di Pantelleria al Regolamento per la Costruzione e l'Esercizio degli Aeroporti Enac; del provvedimento del 28 settembre 2006, con il quale la gara è stata aggiudicata all'ATI Scebas - Cebal, nonché di ogni altro provvedimento antecedente, successivo o comunque connesso, ivi compreso, ove adottato, il provvedimento di approvazione degli atti di gara, nonché

per il risarcimento

del danno subito per effetto dell'illegittima aggiudicazione della gara alla controinteressata ATI Scebas - Cebal.

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (Enac);

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata ATI Scebas - Cebal;

Visti i motivi aggiunti notificati dall'ATI ricorrente il 29 dicembre 2006 ed il 2 gennaio 2007 e depositati il successivo 17 gennaio;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 5 luglio 2007 il Consigliere Giulia Ferrari; uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 3 novembre 2006 e depositato il successivo 13 novembre, l'ATI Cogeis impugna i verbali di gara con cui l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile ha aggiudicato all'ATI Scebas - Cebal l'appalto dei lavori di realizzazione delle opere civili ed impiantistiche per l'adeguamento delle infrastrutture di volo dell'Aeroporto di Pantelleria al Regolamento per la Costruzione e l'Esercizio degli Aeroporti Enac nonché il succitato provvedimento di aggiudicazione del 28 settembre 2006, e ne chiede l'annullamento.

Esponde, in fatto, di aver partecipato alla predetta gara da aggiudicare con il sistema del prezzo più basso determinato mediante ribasso percentuale sull'importo dei lavori posti a base di gara e di aver appreso da un giornale specializzato che la stessa era stata aggiudicata all'ATI Scebas - Cebal con il ribasso del 17,95%. La media delle offerte è scaturita dall'ammissione alla gara dell'ATI Cic, che avrebbe però dovuto essere esclusa. Ciò in quanto l'ex Presidente del suo Consiglio di amministrazione, cessato dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, nel 2005 aveva subito una condanna penale ex art. 444 cod. proc. pen. dal Tribunale di Milano per reati che incidono sulla sua affidabilità morale e professionale. Ove detto raggruppamento fosse stato correttamente escluso, in virtù del sistema della media delle offerte, la gara sarebbe stata aggiudicata alla ricorrente.

2. Avverso i predetti provvedimenti la ricorrente è insorta deducendo:

a) Violazione e/o falsa applicazione art. 75, primo comma, lett. c), D.P.R. n. 554 del 1999 - Difetto di istruttoria. Illegittimamente la Commissione non ha escluso dalla gara l'ATI Cic, per avere l'ex Presidente del Consiglio di amministrazione subito, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, condanna penale ex art. 444 cod. proc. pen. dal Tribunale di Milano per reati che incidono sulla sua affidabilità morale e professionale.

3. Con l'atto introduttivo del giudizio la ricorrente chiede altresì la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno subito per effetto dell'illegittima aggiudicazione della gara alla controinteressata ATI Scebas - Cebat.

4. Con motivi aggiunti, notificati il 29 dicembre 2006 ed il 2 gennaio 2007 e depositati il successivo 17 gennaio, l'ATI ricorrente censura gli atti di gara di cui assume di aver preso visione solo il 6 dicembre 2006. In particolare, oltre a reiterare i motivi già dedotti con l'atto introduttivo del giudizio avverso la mancata esclusione dell'ATI Cic, afferma che la stessa avrebbe dovuto essere esclusa anche perché i plichi contenenti la documentazione e l'offerta erano stati chiusi con nastro adesivo trasparente e non sigillati con ceralacca. Anche l'aggiudicataria ATI Scebas avrebbe dovuto essere esclusa perché il plico contenente l'offerta risultava privo dei sigilli sui lembi laterali della busta.

5. Si è costituito in giudizio l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (Enac), che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

6. Si è costituita in giudizio la controinteressata ATI Scebas - Cebat, che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità sia dell'atto introduttivo del giudizio che dei motivi aggiunti sotto diversi profili mentre nel merito ne ha sostenuto l'infondatezza.

7. Con memorie depositate alla vigilia dell'udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive.

8. Con ordinanza n. 562 dell'1 febbraio 2007 (confermata dalla VI Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 2378 dell'8 maggio 2007) è stata accolta l'istanza cautelare di sospensiva.

9. All'udienza del 5 luglio 2007 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, l'ATI Cogeis impugna l'aggiudicazione all'ATI Scebas - Cebat della gara bandita dall'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile per l'appalto dei lavori di realizzazione delle opere civili ed impiantistiche per l'adeguamento delle infrastrutture di volo dell'Aeroporto di Pantelleria.

Occorre preliminarmente esaminare i diversi profili di inammissibilità del ricorso, sollevati dalla controinteressata ATI Scebas - Cebat sia nei confronti dell'atto introduttivo del giudizio (con memoria del 5 dicembre 2006) che dei motivi aggiunti (con memoria del 17 gennaio 2007).

Principiando dalle eccezioni sollevate con la memoria del 5 dicembre 2006, priva di pregio è la prima eccezione di inammissibilità (reiterata anche con la successiva memoria del 17 gennaio 2007), dedotta sul rilievo che la ricorrente non avrebbe dimostrato che essa, ove l'ATI Cic fosse stata esclusa dalla gara, in virtù del sistema della media delle offerte si sarebbe aggiudicato l'appalto. Con la produzione documentale depositata in atti il 9 gennaio 2007 la ricorrente ha infatti

comprovato che si sarebbe aggiudicata la gara nel caso di esclusione sia di entrambi i raggruppamenti Cic e Scebas, sia di uno qualsiasi dei due.

Di non maggior pregio è la seconda eccezione di inammissibilità (reiterata anche con la successiva memoria del 17 gennaio 2007), avendo la ricorrente, con l'atto introduttivo del giudizio, impugnato l'aggiudicazione definitiva del 28 settembre 2006, anche se al buio perché conosciuta solo da notizie apprese da organi di stampa.

Anche la terza eccezione di inammissibilità è da disattendere, avendo la ricorrente correttamente, con l'atto introduttivo del giudizio, censurato al buio, non conoscendo ancora la relativa documentazione, la mancata esclusione dell'ATI Cic e avendo successivamente, a seguito dell'accesso ai documenti espletato il 6 dicembre 2006, ulteriormente approfondito i profili di illegittimità nella via dei motivi aggiunti.

Infine, la controinteressata eccepisce (anche con la successiva memoria del 17 gennaio 2007) l'inammissibilità del ricorso perché proposto da una sola impresa della costituenda ATI e non dal raggruppamento stesso, unico legittimato ad agire in giudizio per la tutela del proprio interesse all'aggiudicazione.

E' ben vero che con una recente ordinanza (6 marzo 2007 n. 1042 ma, prima ancora, 14 novembre 2006 n. 6677) la V Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia della Comunità europea la questione se l'art. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, debba essere interpretato nel senso che osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto possa essere proposto a titolo individuale da uno solo dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, che ha partecipato in quanto tale ad una procedura d'aggiudicazione di un appalto pubblico e non si è vista attribuire il detto appalto.

La fattispecie all'esame del Collegio è però diversa da quella esaminata dal giudice di appello, avendo la ricorrente soc. Cogeis dichiaratamente agito sia in proprio che nella qualità di mandataria della costituenda ATI e, quindi, non solo uti singuli.

2. Passando all'esame delle eccezioni sollevate, nei confronti dell'atto di motivi aggiunti, dalla controinteressata ATI Scebas - Cebat nella memoria del 17 gennaio 2007, priva di pregio è la prima eccezione con la quale si afferma l'inammissibilità dei motivi aggiunti sul rilievo che la ricorrente non avrebbe impugnato la propria esclusione conseguente al giudizio di anomalia della sua offerta, reso nella seduta del 21 luglio 2006. E' agevole infatti opporre che la predetta esclusione è stata determinata a seguito dell'individuazione della soglia di anomalia dell'offerta stessa ex art. 21, comma 1 bis, L. 11 febbraio 1994 n. 109 e che la stessa ATI Cogeis ha dimostrato che l'accoglimento di uno dei motivi di ricorso, proposti sia con l'atto introduttivo del giudizio che nella via dei motivi aggiunti, comportando l'esclusione dell'ATI Cic o dell'ATI Scebas (o di entrambe), avrebbe portato alla determinazione di una nuova soglia di anomalia e all'aggiudicazione della gara ad essa ricorrente.

Infine, priva di pregio è l'ultima eccezione di inammissibilità per mancata notifica del ricorso all'ATI Cic, di cui è chiesta l'esclusione. E' noto, infatti, che nelle controversie inerenti a gara d'appalto pubblico la posizione di controinteressato va riconosciuta soltanto all'impresa risultata aggiudicataria, essendo questa l'unico soggetto che dal provvedimento impugnato ricava un

beneficio diretto ed immediato e che, quindi, vanta un interesse specifico alla conservazione dell'assetto stabilito dall'atto di aggiudicazione. Data la premessa, può concludersi che il ricorso proposto per l'annullamento della delibera di aggiudicazione della gara non deve essere notificato al concorrente di cui si chiede l'esclusione ove questi non sia l'aggiudicatario.

3. Superate tutte le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla controinteressata ATI Scebas è possibile ora passare all'esame dell'unico motivo dedotto con l'atto introduttivo del giudizio e reiterato con il motivi aggiunti, con il quale si afferma che l'ATI Cic avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per avere l'ex Presidente del Consiglio di amministrazione subito, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, condanna penale ex art. 444 cod. proc. pen. dal Tribunale di Milano per reati (turbativa d'asta) che incidono sulla sua affidabilità morale e professionale.

Il motivo è fondato.

Ai sensi dell'art. 75, primo comma, lett. c), D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale; il divieto opera se la sentenza è stata emessa nei confronti del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso il divieto opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata ...".

Dal verbale della seduta del 19 luglio 2006 risulta che la Commissione ha ritenuto di non dover escludere l'ATI Cic dalla gara sul rilievo che "la Società, con delibera del Consiglio di amministrazione del 7 aprile 2005, si era dissociata dai comportamenti dell'ex consigliere ... Al fine di tutelare la società da eventuali possibili conseguenze pregiudizievoli nella partecipazione alle gare pubbliche, secondo quanto previsto dall'art. 75 D.P.R. n. 554 del 1999, il Consiglio di amministrazione della Società in data 22 dicembre 2005 ha deliberato quanto segue: preso atto della sentenza di patteggiamento nei confronti dell'ex consigliere ... il CdA conferma la precedente delibera del 7 aprile 2005 e manifesta la propria completa dissociazione dal comportamento dell'ex consigliere dando inoltre mandato al Presidente di trasmettere al dott... copia del presente atto comunicandogli formalmente di ritenerlo responsabile in caso di mancati inviti a gare di appalto e per eventuali danni che potranno derivare".

Il Collegio, seguendo un orientamento pressoché costante del giudice amministrativo (T.A.R. Lazio, Sez. III ter, 16 novembre 2006 n. 12512; T.A.R. Lazio, III Sez., 20 aprile 2004 n. 3386; T.A.R. Catania, I Sez., 24 marzo 2004 n. 742; T.A.R. Toscana 22 dicembre 2003 n. 6205), ritiene che la soc. Cic non ha adottato nei confronti del proprio amministratore condannato i necessari atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata. Non è, infatti, sufficiente dichiarare genericamente la dissociazione dell'impresa, ma occorre indicare e documentare le misure concretamente adottate, fra le quali assume rilievo primario il fatto di avere proposto azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (il che, nel caso di specie, non è accaduto), costituendo, questa, una condotta in grado di evidenziare la piena e totale volontà dell'impresa di dissociarsi dal comportamento dei medesimi. Dello stesso avviso si è detta l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (determinazione 5

dicembre 2001 n. 16/23), secondo la quale per evitare che la condanna inflitta al soggetto, che ha ricoperto cariche sociali, si ripercuota sulla società non è sufficiente la sola cessazione dalla carica sociale, per dimissioni o per allontanamento, “potendosi trattare di mera sostituzione di facciata”, ma occorre la dimostrazione che quest’ultima ha adottato “atti concreti e tangibili di dissociazione dalla condotta delittuosa, quale ad es. l’aver iniziato verso lo stesso azione di responsabilità sociale”.

Dunque nel caso all’esame del Collegio la decisione del Consiglio di amministrazione della soc. Cic di intentare azioni nei confronti dell’ex consigliere nella sola ipotesi in cui, per effetto della sua condotta penalmente rilevante, la stessa Società avesse subito ricadute economiche, non può essere considerata sufficiente a concretizzare il presupposto richiesto dalla norma. Tale decisione si sostanzia, infatti, in un’azione futura ed incerta, ben diversa da quella attuale e concreta richiesta.

Data la premessa la conseguenza è che l’ATI Cic avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara e quest’ultima, per effetto della rideterminazione della media delle offerte, essere aggiudicata alla ricorrente.

Il ricorso deve pertanto essere accolto, ritenendosi il Collegio dispensato dall’esame degli altri motivi in ragione del carattere assorbente di quello ora esaminato e definito positivamente.

4. Nell’ultima memoria depositata il 28 giugno 2007 la ricorrente reitera la richiesta di risarcimento danni ex art. 7 L. n. 1034 del 1971.

Ritiene però il Collegio che tale richiesta non possa trovare accoglimento. In mancanza di prova contraria - che la ricorrente non ha offerto - deve ritenersi che l’accoglimento, da parte di questo Tribunale, dell’istanza di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati, nonché il rigetto dell’appello proposto dall’Enac avverso la relativa ordinanza, abbia precluso alla stazione appaltante di far svolgere alla controinteressata i lavori, che in mancanza di fatti ostativi, allo stato non esplicitati, potranno pertanto essere affidati alla ricorrente.

Quanto alle spese di giudizio, può disporsi l’integrale compensazione fra le parti costituite in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione III Ter,

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, annulla gli atti impugnati.

Respinge la domanda di risarcimento danni.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 5 luglio 2007.

Italo Riggio Presidente

Giulia Ferrari Componente - Estensore

Il Presidente

L' Estensore

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio

- Sezione Terza Ter -
N. Reg. Sent.
Anno 2007

N. 10268 Reg. Ric.

Anno 2006

composto dai Magistrati:

Italo Riggio Presidente

Maria Luisa De Leoni Consigliere

Giulia Ferrari Consigliere – Estensore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 10268/06, proposto dalla Cogeis s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria della costituenda associazione temporanea con le imprese Franco Giuseppe s.r.l. e Toelco s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Scuderi e Giovanni Mandolfo e con questi elettivamente domiciliata in Roma, via Gregorio VII n. 396, presso lo studio dell'avv. Antonio Giuffrida,

contro

l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (Enac), in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui Uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è per legge domiciliato, nonché

nei confronti

delle Società Costruzioni Edili Bonifiche Aeroporti Strade (Scebas), in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con la Cebat s.r.l. e di quest'ultima, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti Rita Ceccarelli e Lorenzo Grisostomi Travaglini,

per l'annullamento, previa sospensiva,

dei verbali di gara con cui l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile ha aggiudicato all'ATI Scebas - Cebat l'appalto dei lavori di realizzazione delle opere civili ed impiantistiche per l'adeguamento delle infrastrutture di volo dell'Aeroporto di Pantelleria al Regolamento per la Costruzione e l'Esercizio degli Aeroporti Enac; del provvedimento del 28 settembre 2006, con il quale la gara è stata aggiudicata all'ATI Scebas - Cebat, nonché di ogni altro provvedimento antecedente, successivo o comunque connesso, ivi compreso, ove adottato, il provvedimento di approvazione degli atti di gara, nonché

per il risarcimento

del danno subito per effetto dell'illegittima aggiudicazione della gara alla controinteressata ATI Scebas - Cebat.

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (Enac);

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata ATI Scebas - Cebat;

Visti i motivi aggiunti notificati dall'ATI ricorrente il 29 dicembre 2006 ed il 2 gennaio 2007 e depositati il successivo 17 gennaio;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 5 luglio 2007 il Consigliere Giulia Ferrari; uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 3 novembre 2006 e depositato il successivo 13 novembre, l'ATI Cogeis impugna i verbali di gara con cui l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile ha aggiudicato all'ATI Scebas - Cebat l'appalto dei lavori di realizzazione delle opere civili ed impiantistiche per l'adeguamento delle infrastrutture di volo dell'Aeroporto di Pantelleria al Regolamento per la Costruzione e l'Esercizio degli Aeroporti Enac nonché il suddetto provvedimento di aggiudicazione del 28 settembre 2006, e ne chiede l'annullamento.

Espone, in fatto, di aver partecipato alla predetta gara da aggiudicare con il sistema del prezzo più basso determinato mediante ribasso percentuale sull'importo dei lavori posti a base di gara e di aver appreso da un giornale specializzato che la stessa era stata aggiudicata all'ATI Scebas - Cebat con il ribasso del 17,95%. La media delle offerte è scaturita dall'ammissione alla gara dell'ATI Cic, che avrebbe però dovuto essere esclusa. Ciò in quanto l'ex Presidente del suo Consiglio di amministrazione, cessato dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di

gara, nel 2005 aveva subito una condanna penale ex art. 444 cod. proc. pen. dal Tribunale di Milano per reati che incidono sulla sua affidabilità morale e professionale. Ove detto raggruppamento fosse stato correttamente escluso, in virtù del sistema della media delle offerte, la gara sarebbe stata aggiudicata alla ricorrente.

2. Avverso i predetti provvedimenti la ricorrente è insorta deducendo:

a) Violazione e/o falsa applicazione art. 75, primo comma, lett. c), D.P.R. n. 554 del 1999 - Difetto di istruttoria. Illegittimamente la Commissione non ha escluso dalla gara l'ATI Cic, per avere l'ex Presidente del Consiglio di amministrazione subito, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, condanna penale ex art. 444 cod. proc. pen. dal Tribunale di Milano per reati che incidono sulla sua affidabilità morale e professionale.

3. Con l'atto introduttivo del giudizio la ricorrente chiede altresì la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno subito per effetto dell'illegittima aggiudicazione della gara alla controinteressata ATI Scebas - Cebat.

4. Con motivi aggiunti, notificati il 29 dicembre 2006 ed il 2 gennaio 2007 e depositati il successivo 17 gennaio, l'ATI ricorrente censura gli atti di gara di cui assume di aver preso visione solo il 6 dicembre 2006. In particolare, oltre a reiterare i motivi già dedotti con l'atto introduttivo del giudizio avverso la mancata esclusione dell'ATI Cic, afferma che la stessa avrebbe dovuto essere esclusa anche perché i plichi contenenti la documentazione e l'offerta erano stati chiusi con nastro adesivo trasparente e non sigillati con ceralacca. Anche l'aggiudicataria ATI Scebas avrebbe dovuto essere esclusa perché il plico contenente l'offerta risultava privo dei sigilli sui lembi laterali della busta.

5. Si è costituito in giudizio l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (Enac), che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

6. Si è costituita in giudizio la controinteressata ATI Scebas - Cebat, che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità sia dell'atto introduttivo del giudizio che dei motivi aggiunti sotto diversi profili mentre nel merito ne ha sostenuto l'infondatezza.

7. Con memorie depositate alla vigilia dell'udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive.

8. Con ordinanza n. 562 dell'1 febbraio 2007 (confermata dalla VI Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 2378 dell'8 maggio 2007) è stata accolta l'istanza cautelare di sospensiva.

9. All'udienza del 5 luglio 2007 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, l'ATI Cogeis impugna l'aggiudicazione all'ATI Scebas - Cebat della gara bandita dall'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile per l'appalto dei lavori di realizzazione delle opere civili ed impiantistiche per l'adeguamento delle infrastrutture di volo dell'Aeroporto di Pantelleria.

Occorre preliminarmente esaminare i diversi profili di inammissibilità del ricorso, sollevati dalla controinteressata ATI Scebas - Cebat sia nei confronti dell'atto introduttivo del giudizio (con memoria del 5 dicembre 2006) che dei motivi aggiunti (con memoria del 17 gennaio 2007).

Principiando dalle eccezioni sollevate con la memoria del 5 dicembre 2006, priva di pregio è la prima eccezione di inammissibilità (reiterata anche con la successiva memoria del 17 gennaio 2007), dedotta sul rilievo che la ricorrente non avrebbe dimostrato che essa, ove l'ATI Cic fosse stata esclusa dalla gara, in virtù del sistema della media delle offerte si sarebbe aggiudicato l'appalto. Con la produzione documentale depositata in atti il 9 gennaio 2007 la ricorrente ha infatti comprovato che si sarebbe aggiudicata la gara nel caso di esclusione sia di entrambi i raggruppamenti Cic e Scebas, sia di uno qualsiasi dei due.

Di non maggior pregio è la seconda eccezione di inammissibilità (reiterata anche con la successiva memoria del 17 gennaio 2007), avendo la ricorrente, con l'atto introduttivo del giudizio, impugnato l'aggiudicazione definitiva del 28 settembre 2006, anche se al buio perché conosciuta solo da notizie apprese da organi di stampa.

Anche la terza eccezione di inammissibilità è da disattendere, avendo la ricorrente correttamente, con l'atto introduttivo del giudizio, censurato al buio, non conoscendo ancora la relativa documentazione, la mancata esclusione dell'ATI Cic e avendo successivamente, a seguito dell'accesso ai documenti espletato il 6 dicembre 2006, ulteriormente approfondito i profili di illegittimità nella via dei motivi aggiunti.

Infine, la controinteressata eccepisce (anche con la successiva memoria del 17 gennaio 2007) l'inammissibilità del ricorso perché proposto da una sola impresa della costituenda ATI e non dal raggruppamento stesso, unico legittimato ad agire in giudizio per la tutela del proprio interesse all'aggiudicazione.

E' ben vero che con una recente ordinanza (6 marzo 2007 n. 1042 ma, prima ancora, 14 novembre 2006 n. 6677) la V Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia della Comunità europea la questione se l'art. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, debba essere interpretato nel senso che osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto possa essere proposto a titolo individuale da uno solo dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, che ha partecipato in quanto tale ad una procedura d'aggiudicazione di un appalto pubblico e non si è vista attribuire il detto appalto.

La fattispecie all'esame del Collegio è però diversa da quella esaminata dal giudice di appello, avendo la ricorrente soc. Cogeis dichiaratamente agito sia in proprio che nella qualità di mandataria della costituenda ATI e, quindi, non solo uti singuli.

2. Passando all'esame delle eccezioni sollevate, nei confronti dell'atto di motivi aggiunti, dalla controinteressata ATI Scebas - Cebat nella memoria del 17 gennaio 2007, priva di pregio è la prima eccezione con la quale si afferma l'inammissibilità dei motivi aggiunti sul rilievo che la ricorrente non avrebbe impugnato la propria esclusione conseguente al giudizio di anomalia della sua offerta, reso nella seduta del 21 luglio 2006. E' agevole infatti opporre che la predetta esclusione è stata determinata a seguito dell'individuazione della soglia di anomalia dell'offerta stessa ex art. 21, comma 1 bis, L. 11 febbraio 1994 n. 109 e che la stessa ATI Cogeis ha dimostrato che l'accoglimento di uno dei motivi di ricorso, proposti sia con l'atto introduttivo del giudizio che nella via dei motivi aggiunti, comportando l'esclusione dell'ATI Cic o dell'ATI Scebas (o di entrambe),

avrebbe portato alla determinazione di una nuova soglia di anomalia e all'aggiudicazione della gara ad essa ricorrente.

Infine, priva di pregio è l'ultima eccezione di inammissibilità per mancata notifica del ricorso all'ATI Cic, di cui è chiesta l'esclusione. E' noto, infatti, che nelle controversie inerenti a gara d'appalto pubblico la posizione di controinteressato va riconosciuta soltanto all'impresa risultata aggiudicataria, essendo questa l'unico soggetto che dal provvedimento impugnato ricava un beneficio diretto ed immediato e che, quindi, vanta un interesse specifico alla conservazione dell'assetto stabilito dall'atto di aggiudicazione. Data la premessa, può concludersi che il ricorso proposto per l'annullamento della delibera di aggiudicazione della gara non deve essere notificato al concorrente di cui si chiede l'esclusione ove questi non sia l'aggiudicatario.

3. Superate tutte le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla controinteressata ATI Scebas è possibile ora passare all'esame dell'unico motivo dedotto con l'atto introduttivo del giudizio e reiterato con il motivi aggiunti, con il quale si afferma che l'ATI Cic avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per avere l'ex Presidente del Consiglio di amministrazione subito, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, condanna penale ex art. 444 cod. proc. pen. dal Tribunale di Milano per reati (turbativa d'asta) che incidono sulla sua affidabilità morale e professionale.

Il motivo è fondato.

Ai sensi dell'art. 75, primo comma, lett. c), D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale; il divieto opera se la sentenza è stata emessa nei confronti del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso il divieto opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata ...".

Dal verbale della seduta del 19 luglio 2006 risulta che la Commissione ha ritenuto di non dover escludere l'ATI Cic dalla gara sul rilievo che "la Società, con delibera del Consiglio di amministrazione del 7 aprile 2005, si era dissociata dai comportamenti dell'ex consigliere ... Al fine di tutelare la società da eventuali possibili conseguenze pregiudizievoli nella partecipazione alle gare pubbliche, secondo quanto previsto dall'art. 75 D.P.R. n. 554 del 1999, il Consiglio di amministrazione della Società in data 22 dicembre 2005 ha deliberato quanto segue: preso atto della sentenza di patteggiamento nei confronti dell'ex consigliere ... il CdA conferma la precedente delibera del 7 aprile 2005 e manifesta la propria completa dissociazione dal comportamento dell'ex consigliere dando inoltre mandato al Presidente di trasmettere al dott... copia del presente atto comunicandogli formalmente di ritenerlo responsabile in caso di mancati inviti a gare di appalto e per eventuali danni che potranno derivare".

Il Collegio, seguendo un orientamento pressoché costante del giudice amministrativo (T.A.R. Lazio, Sez. III ter, 16 novembre 2006 n. 12512; T.A.R. Lazio, III Sez., 20 aprile 2004 n. 3386; T.A.R. Catania, I Sez., 24 marzo 2004 n. 742; T.A.R. Toscana 22 dicembre 2003 n. 6205), ritiene che la soc. Cic non ha adottato nei confronti del proprio amministratore condannato i necessari atti o

misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata. Non è, infatti, sufficiente dichiarare genericamente la dissociazione dell'impresa, ma occorre indicare e documentare le misure concretamente adottate, fra le quali assume rilievo primario il fatto di avere proposto azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (il che, nel caso di specie, non è accaduto), costituendo, questa, una condotta in grado di evidenziare la piena e totale volontà dell'impresa di dissociarsi dal comportamento dei medesimi. Dello stesso avviso si è detta l' Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (determinazione 5 dicembre 2001 n. 16/23), secondo la quale per evitare che la condanna inflitta al soggetto, che ha ricoperto cariche sociali, si ripercuota sulla società non è sufficiente la sola cessazione dalla carica sociale, per dimissioni o per allontanamento, "potendosi trattare di mera sostituzione di facciata", ma occorre la dimostrazione che quest'ultima ha adottato "atti concreti e tangibili di dissociazione dalla condotta delittuosa, quale ad es. l'aver iniziato verso lo stesso azione di responsabilità sociale".

Dunque nel caso all'esame del Collegio la decisione del Consiglio di amministrazione della soc. Cic di intentare azioni nei confronti dell'ex consigliere nella sola ipotesi in cui, per effetto della sua condotta penalmente rilevante, la stessa Società avesse subito ricadute economiche, non può essere considerata sufficiente a concretizzare il presupposto richiesto dalla norma. Tale decisione si sostanzia, infatti, in un'azione futura ed incerta, ben diversa da quella attuale e concreta richiesta.

Data la premessa la conseguenza è che l'ATI Cic avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara e quest'ultima, per effetto della rideterminazione della media delle offerte, essere aggiudicata alla ricorrente.

Il ricorso deve pertanto essere accolto, ritenendosi il Collegio dispensato dall'esame degli altri motivi in ragione del carattere assorbente di quello ora esaminato e definito positivamente.

4. Nell'ultima memoria depositata il 28 giugno 2007 la ricorrente reitera la richiesta di risarcimento danni ex art. 7 L. n. 1034 del 1971.

Ritiene però il Collegio che tale richiesta non possa trovare accoglimento. In mancanza di prova contraria - che la ricorrente non ha offerto - deve ritenersi che l'accoglimento, da parte di questo Tribunale, dell'istanza di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati, nonché il rigetto dell'appello proposto dall'Enac avverso la relativa ordinanza, abbia precluso alla stazione appaltante di far svolgere alla controinteressata i lavori, che in mancanza di fatti ostativi, allo stato non esplicitati, potranno pertanto essere affidati alla ricorrente.

Quanto alle spese di giudizio, può disporsi l'integrale compensazione fra le parti costituite in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione III Ter,

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Respinge la domanda di risarcimento danni.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 5 luglio 2007.

Italo Riggio Presidente

Giulia Ferrari Componente - Estensore

Il Presidente

L' Estensore