

Annullamento di un'aggiudicazione provvisoria con escussione della relativa cauzione: il difetto di moralità professionale può essere desunto da un reato idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione coi principi della professione, indipendentemente da ogni altra valutazione delle peculiarità del caso concreto: il decreto penale di condanna (tale possibilità risulta ora già prevista dall'art. 38, comma 1 lettera c del decreto legislativo 163/2006 per il quale il decreto deve essere irrevocabile) , ai fini dell'esistenza del fatto da valutare come significativo dell'esclusione, va equiparato sentenze di condanna passate in giudicato e di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. (così come stabilito dall'art. 75, co. 1 lett. c), D.P.R. 554/1999)

In merito alla legittimità di un annullamento di un'aggiudicazione provvisoria, con escussione della relativa cauzione, a seguito di precedenti penali di un legale rappresentante di una ditta risulta interessante quanto sancito dal Consiglio di Stato con la decisione numero 7195 del 6 dicembre 2006:

<3.1. Correttamente la sentenza ha confermato l'esclusione per il solo decreto penale di condanna. Secondo la giurisprudenza della Sezione , il difetto di moralità professionale può essere desunto dal un reato idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione coi principi della professione, indipendentemente da ogni altra valutazione delle peculiarità del caso concreto. La motivazione del decreto - avere cagionato ad un operaio lesioni personali per inosservanza delle norma in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro - dà atto che l'esclusione è stata confermata dal Tar per le caratteristiche dell'appalto e le concrete modalità di commissione del reato. I lavori oggetto della gara comportavano infatti il verificarsi di circostanze analoghe a quelle che hanno dato origine alla condanna. Non è fondata l'omissione del prudente apprezzamento delle concrete ragioni preclusive all'affidamento dell'appalto. Il primo motivo è perciò infondato.

3.2. La sentenza va confermata sia per l'applicazione al decreto penale dell'art. 75, co. 1 lett. c), D.P.R. 554/1999 sia per l'incidenza del fatto contestato sull'affidabilità morale e professionale del contraente.

3.2.1. E' vero che l'art. 75, co. 1 lett. c) menziona le sentenze di condanna passate in giudicato e di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. e non il decreto penale di condanna fra le ipotesi incidenti sull'affidabilità morale e professionale del contraente. E' però altrettanto vero che il decreto penale di condanna va ad essi equiparato ai fini dell'esistenza del fatto da valutare come significativo dell'esclusione.

Anche se non produce gli stessi effetti della sentenza passata in giudicato, il decreto penale di condanna ha pur sempre valore decisorio dell'esistenza del fatto penalmente contestato.

L'art. 460 c.p.p. prescrive che il decreto debba contenere l'enunciazione del fatto, delle circostanze e delle disposizioni di legge violate nonché la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata. Una volta esecutivo, l'accertamento contenuto nel decreto è perciò suscettibile di essere utilizzato per tutte le valutazioni conseguenti, senza la possibilità di discussione del suo valore probatorio in analogia al giudicato esterno >

Ma vi è di più.

<Non porta a diversa conclusione la determinazione n. 13/2003 dell'Autorità di Vigilanza sull'influenza, ai fini dell'affidabilità morale e professionale, dei soli reati contro la p.a., l'ordine pubblico la fede pubblica e il patrimonio, se relativi a fatti la cui natura e contenuto siano idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con le stazioni appaltanti per la loro inerenza alle specifiche obbligazioni dedotte in precedenti rapporti con le stesse. Le ipotesi menzionate nella

determinazione hanno valore soltanto enunciativo e la stazione appaltante conserva ampia discrezionalità nel valutare in concreto la rilevanza o meno delle condanne penali, data la ratio sottesa all'art. 75, co. 1, lett. c), D.P.R. n. 554/1999 di prevenire fenomeni patologici destinati a pregiudicare il corretto svolgimento dell'attività amministrativa nel settore degli appalti pubblici>

risulta peraltro anche ampiamente giustificata l'escussione della cauzione provvisoria

<Non è ravvisabile la violazione dell'art. 10, co. 1 quater l. n. 109/94 per la segnalazione all'Autorità di Vigilanza che il decreto penale di condanna non era menzionato nella dichiarazione sostitutiva presentata in sede di gara e per l'incameramento della cauzione. E' infatti onere dell'aggiudicatore richiedere agli offerenti (in misura non inferiore al 10 per cento) di comprovare il possesso dei requisiti richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. E' altresì obbligo della stazione appaltante di escludere e partecipanti, con escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità, se la tale prova non sia fornita e se le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta non siano confermate.

Il rigore della stazione appaltante è giustificato nella ratio della disposizione dal comportamento dell'imprenditore al quale è sicuramente nota la condanna che non ha dichiarato per non sottostare alla sicura esclusione dalla gara.

Le conseguenze a cui il partecipante si espone con il suo atteggiamento omissivo non possono essere evitate con argomenti formali -sia pure apprezzabili- che doveva essere il bando a prevedere fra le cause di esclusione l'esistenza del decreto penale di condanna perché non espressamente contemplato dall'art. 75, co. 1, lett. c), D.P.R. n. 554/1999.

La norma è sufficientemente chiara per far percepire agli interessati l'obbligo di dichiarare i provvedimenti che incidono sull'affidabilità morale e professionale e le conseguenze del loro comportamento omissivo cui l'appellante non può sottrarsi>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 8402/2005, proposto da *** s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria dell'ATI *** Servizi s.r.l, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Liroso con elezione di domicilio in via Quattro Fontane n. 20 presso lo studio Gianni Orioni Grippo & Partners;

contro

la Provincia di Milano, in persona del presidente pro tempore della Giunta provinciale rappresentato e difeso dagli avv.ti Luciano Fiori e Piero d'Amelio con domicilio eletto presso il loro studio in Roma via della vite n. 7;

e, nei confronti di

**Isolamenti s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia Milano del 28 luglio 2005, n. 3454;

Visto l'appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio con appello della Provincia di Milano;

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

visti gli atti tutti di causa;

relatore alla pubblica udienza del 31 marzo 2006 il cons. Cesare Lamberti e uditi altresì gli avv.ti Lirosi e Sciarra, quest'ultimo per delega di Fiori;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. L'impresa *** s.r.l. ha impugnato al Tribunale amministrativo regionale della Lombardia la determinazione dirigenziale n. 1 del 14.02.2005, prot. 27424/05, del Direttore del Servizio appalti edilizia scolastica della Provincia di Milano che ha annullato l'aggiudicazione provvisoria in suo favore della gara per i lavori di rifacimento delle coperture, sostituzione dei serramenti esterni di facciata e rifacimento intonaci presso l'I.M. Rebora di Rho e la contestuale nuova aggiudicazione provvisoria ** S.p.A. terza classificata.

1.1 L'annullamento, ai sensi dell'art. 75 D.P.R. 554/99. trova causa nel decreto penale di condanna a carico del legale rappresentante e direttore tecnico di *** s.r.l. emerso dal certificato del Casellario giudiziale della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Padova per lesioni personali colpose ai sensi dell'art. 590 commi 2 e 3 e dell'art. 62 bis c.p. perché, in qualità di legale responsabile della ditta, cagionava al sig. Nalotto Giuseppe una lesione personale consistita in esiti di trauma cranico pneumotorace dx, fratture multiple, con incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni di durata superiore ai 40 gg.; per inosservanza delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, non avendo dotato la zona operativa dell'infortunato di idoneo parapetto o difesa equivalente atte ad evitare cadute accidentali.

1.3. La stazione appaltante ha escluso la ditta *** S.r.l. per violazione dell'art. 75 comma 1, lett. c) del D.P.R. 554/99, considerate la determinazione n. 13/2003 dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici e l'incidenza del fatto sull'affidabilità morale e professionale della *** S.r.l.: il precedente penale a carico del Sig. *** Giuseppe per inosservanza delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro si era verificato in un contesto simile a quello in cui l'impresa doveva operare, se vincitrice della gara.

2. Il Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, adito in prima istanza, ha respinto le cinque censure del ricorso proposto da *** S.r.l.. La sentenza è così motivata:

2.1. non concreta il difetto di motivazione sui presupposti dell'esclusione il generico richiamo all'art. 75, co. 1. D.P.R. 554/1999, per l'evidente applicazione della lett. c) deducibile dal rinvio al decreto penale di condanna (primo motivo);

2.2. non è stata confusa la posizione della ricorrente con l'impresa ***, anche esclusa dalla gara per una sentenza penale di condanna, data l'applicazione dell'art., 62-bis c.p. ad ambedue le fattispecie di esclusione (primo profilo del quarto motivo);

2.3. l'efficacia del decreto penale di condanna va equiparata alla sentenza penale di condanna ai fini dell'esclusione dalla gara in quanto attengono indistintamente all'affidabilità morale e professionale del concorrente (secondo motivo);

2.4. l'annullamento dell'aggiudicazione di specie deve essere inequivocabilmente ricondotto alla lett. c) dell'art. 75, co. 1. D.P.R. 554/1999 (terzo motivo);

2.5. l'istruttoria è stata completa ed esaustiva (secondo profilo del quarto motivo);

2.6. l'inadempimento dell'obbligo di segnalare il decreto penale di condanna in sede di autodichiarazione giustifica l'incameramento della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza (quinto motivo).

3. La sentenza è appellata da *** S.r.l. nel giudizio si è costituita la Provincia di Milano. La sentenza va confermata e l'appello che ripete tutti i motivi del primo grado va respinto.

3.1. Correttamente la sentenza ha confermato l'esclusione per il solo decreto penale di condanna. Secondo la giurisprudenza della Sezione (Cons. Stato, V 1 marzo 2003 n. 1145), il difetto di moralità professionale può essere desunto dal un reato idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione coi principi della professione, indipendentemente da ogni altra valutazione delle peculiarità del caso concreto. La motivazione del decreto - avere cagionato ad un operaio lesioni personali per inosservanza delle norma in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro - dà atto che l'esclusione è stata confermata dal Tar per le caratteristiche dell'appalto e le concrete modalità di commissione del reato. I lavori oggetto della gara comportavano infatti il verificarsi di circostanze analoghe a quelle che hanno dato origine alla condanna. Non è fondata l'omissione del prudente apprezzamento delle concrete ragioni preclusive all'affidamento dell'appalto. Il primo motivo è perciò infondato.

3.2. La sentenza va confermata sia per l'applicazione al decreto penale dell'art. 75, co. 1 lett. c), D.P.R. 554/1999 sia per l'incidenza del fatto contestato sull'affidabilità morale e professionale del contraente.

3.2.1. E' vero che l'art. 75, co. 1 lett. c) menziona le sentenze di condanna passate in giudicato e di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. e non il decreto penale di condanna fra le ipotesi incidenti sull'affidabilità morale e professionale del contraente. E' però altrettanto vero che il decreto penale di condanna va ad essi equiparato ai fini dell'esistenza del fatto da valutare come significativo dell'esclusione. Anche se non produce gli stessi effetti della sentenza passata in giudicato, il decreto penale di condanna ha pur sempre valore decisorio dell'esistenza del fatto penalmente contestato (T.A.R. Liguria, sez. II, 15 aprile 2002, n. 432). L'art. 460 c.p.p. prescrive

che il decreto debba contenere l'enunciazione del fatto, delle circostanze e delle disposizioni di legge violate nonché la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata. Una volta esecutivo, l'accertamento contenuto nel decreto è perciò suscettibile di essere utilizzato per tutte le valutazioni conseguenti, senza la possibilità di discussione del suo valore probatorio in analogia al giudicato esterno (Cass. civile, sez. lav., 9 giugno 1981, n. 3733; 27 aprile 1981, n. 2539).

3.2.2. Non porta a diversa conclusione la determinazione n. 13/2003 dell'Autorità di Vigilanza sull'influenza, ai fini dell'affidabilità morale e professionale, dei soli reati contro la p.a., l'ordine pubblico la fede pubblica e il patrimonio, se relativi a fatti la cui natura e contenuto siano idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con le stazioni appaltanti per la loro inerenza alle specifiche obbligazioni dedotte in precedenti rapporti con le stesse. Le ipotesi menzionate nella determinazione hanno valore soltanto enunciativo e la stazione appaltante conserva ampia discrezionalità nel valutare in concreto la rilevanza o meno delle condanne penali, data la ratio sottesa all'art. 75, co. 1, lett. c), D.P.R. n. 554/1999 di prevenire fenomeni patologici destinati a pregiudicare il corretto svolgimento dell'attività amministrativa nel settore degli appalti pubblici (Cons. Stato, V, 12 ottobre 2002, n. 5523).

3.2.3. Il secondo motivo va perciò respinto.

3.3. Non vi è contrasto fra il carattere particolarmente tenue del fatto sanzionato nel decreto penale e la natura particolarmente grave della sanzione applicata dalla stazione appaltante. Correttamente poi non è stato tenuto conto della prossima estinzione del reato ai sensi dell'art. 460, co. 5, c.p.p.. Al momento in cui *** S.r.l. ha partecipato alla gara (giugno 2004) mancava ancora un anno all'estinzione del reato: non hanno significato le considerazioni volte a dimostrare che il tempo trascorso ha attenuato la gravità dell'episodio; il decreto ha messo in evidenza il comportamento colposo dell'imprenditore nella verifica del fatto, dovuto all'assenza di protezioni idonee ed evitarlo. Non assumono importanza le certificazioni di qualità positive di cui l'appellante è in possesso per l'organizzazione e per l'esecuzione delle opere di sua competenza: la capacità dell'imprenditore nel realizzare le opere e l'accortezza che egli deve osservare in concreto nella prevenzione di incidenti non sono infatti elementi equiparabili.

3.3.1. Va perciò respinto il terzo motivo.

3.4. Non è ravvisabile la violazione dell'art. 10, co. 1 quater l. n. 109/94 per la segnalazione all'Autorità di Vigilanza che il decreto penale di condanna non era menzionato nella dichiarazione sostitutiva presentata in sede di gara e per l'incameramento della cauzione. E' infatti onere dell'aggiudicatore richiedere agli offerenti (in misura non inferiore al 10 per cento) di comprovare il possesso dei requisiti richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. E' altresì obbligo della stazione appaltante di escludere e partecipanti, con escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità, se la tale prova non sia fornita e se le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta non siano confermate. Il rigore della stazione appaltante è giustificato nella ratio della disposizione dal comportamento dell'imprenditore al quale è sicuramente nota la condanna che non ha dichiarato per non sottostare alla sicura esclusione dalla gara. Le conseguenze a cui il partecipante si espone con il suo atteggiamento omissivo non possono essere evitate con argomenti formali -sia pure apprezzabili- che doveva essere il bando a prevedere fra le cause di esclusione l'esistenza del decreto penale di condanna perché non espressamente contemplato dall'art. 75, co. 1, lett. c), D.P.R. n. 554/1999. La norma è sufficientemente chiara per far percepire agli interessati l'obbligo di dichiarare i provvedimenti che incidono sull'affidabilità morale e professionale e le conseguenze del loro comportamento omissivo cui l'appellante non può sottrarsi.

3.4.1. Il quarto motivo va perciò respinto.

3.5. Che l'operato della Provincia trovi esaustiva giustificazione nell'art. 75, co. 1, lett. c), D.P.R. n. 554/1999 implica, infine che sia superfluo esaminare se i provvedimenti impugnati trovino fondamento anche nell'art. 75, co. 1, lett. e), D.P.R. n. 554/1999.

3.5.1 Va perciò confermata la sentenza nella parte in cui ha omesso di esaminare la relativa censura, terza del ricorso introduttivo.

4. L'appello deve essere conclusivamente respinto e va confermata la sentenza di primo grado. Le spese di giudizio vanno, tuttavia, compensate data la complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando respinge l'appello e conferma la sentenza impugnata. Compensa le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Amministrazione.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 31 marzo e successivamente dell'11 aprile 2006
DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 6 dicembre 2006