

Nell'ambito delle dichiarazioni da rendere per la partecipazione a gare d'appalto, il Consiglio di Stato riconosce rilevanza anche alle condanne definitive intervenute dopo la cessazione della carica rivestita.

di Antonietta Spinelli

Data di pubblicazione: 23-11-2012

Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza 14 novembre 2012, n. 5757

Presidente Botto; Estensore Polito

E' illegittima l'ammissione ad una gara di appalto di una ditta che abbia reso la dichiarazione sostitutiva richiesta dall'art. 38, lett. b) e c) del [d.lgs. n. 163 del 2006](#), relativamente a soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando, attestando l'assenza di condanne fino al momento della cessazione dalla carica, laddove, devono altresì essere ritenute rilevanti, ai fini della dichiarazione in discorso, anche le condanne, connesse al pregresso rapporto con la società partecipante alla gara, che abbiano acquisito definitività in un momento successivo alla cessazione dalla carica rivestita.

REPUBBLICA ITALIANA
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 2130 del 2012, proposto da Manutencoop Facility Management s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Franco Mastragostino, Luigi Manzi, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

contro

A.S.L. 01 Avezzano/Sulmona/L'Aquila, rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Colagrande, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, viale Liegi, n. 35 B;

nei confronti di

La Cascina Global Service s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

Intini Source s.p.a.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA: SEZIONE I n. 00714/2011, resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva del servizio di pulizie sanificazione e disinfezione – risarcimento del danno

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della A.S.L 01 Avezzano/Sulmona/L'Aquila e della soc. La Cascina Global;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2012 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti l'avv. Reggio d'Acì, per delega di Manzi, Colagrande e Brugnoletti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto avanti al T.A.R. per l' Abruzzo la s.p.a. Manutencoop Facility Management - che aveva partecipato a gara indetta dall'Azienda sanitaria locale n. 1 di Avezzano – Sulmona - L'Aquila per l'affidamento quinquennale mediante il criterio dell' offerta economicamente più vantaggiosa del servizio di pulizia, sanificazione e disinfezione classificandosi al secondo posto relativamente al Lotto 1 (presidi di Sulmona ed Avezzano) – proponeva impugnativa, per dedotti motivi di legittimità, avverso:

- la delibera del Direttore generale n. 520 in data 5 aprile 2011, nella parte in cui dispone l'aggiudicazione definitiva in favore dell'a.t.i. La Cascina Global Service s.r.l. ed Intini Source s.p.a.;

- i verbali della commissione d'ufficio e della commissione giudicatrice, nella parte relativa all' ammissione ed alla successiva valutazione dell'offerta presentata dall'a.t.i. controinteressata; La società Manutencoop Facility Management formulava, altresì, domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, se ed in quanto stipulato, anche ai fini di conseguire l'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 124 cod. proc. amm., nonché di condanna dell'Azienda sanitaria convenuta al risarcimento del danno per equivalente;

L' intimata La Cascina Global Service s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituito raggruppamento, con ricorso incidentale chiedeva l'annullamento

- del verbale di gara in cui sono state registrate le operazioni di apertura delle buste concernenti la documentazione amministrativa, nei limiti in cui non si è disposta l'esclusione dalla gara della ricorrente principale Manutencoop Facility Management s.p.a.;

- del provvedimento con cui l'Azienda sanitaria locale n. 1 di Avezzano-Sulmona-L'Aquila ha aggiudicato la gara per l'affidamento del servizio di pulizia, nella parte in cui non ha disposto l'esclusione della ricorrente principale.

Con sentenza in forma semplificata n. 714 del 2011 il T.A.R. adito accoglieva il ricorso proposto in via incidentale e, per l'effetto, dichiarava improcedibile il ricorso principale per difetto di interesse.

Il T.A.R. in particolare qualifica irrituale la dichiarazione, ai sensi dell' art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 "resa dalla ricorrente principale circa l'assenza di condanne degli amministratori cessati dalla carica, senza alcuna rassegnata certezza di tale assenza (meramente presunta sulla base di quanto a conoscenza della dichiarante), e comunque senza alcun riguardo per i periodi successivi alle dimissioni (con conseguente disinteresse verso eventuali condanne sopravvenute alla cessazione dalla carica, anche per fatti commessi durante il periodo di militanza nella società)".

Avverso detta sentenza ha proposto appello la soc. Manutencoop Facility Management che ha

contrastato le conclusioni del T.A.R. ed ha riproposto il motivi di ricorso non esaminati nel merito dal primo giudice, stante la pronunzia in rito di improcedibilità del ricorso.

Resistono l'Azienda sanitaria locale n. 1 di Avezzano – Sulmona - L'Aquila e la soc. La Cascina Global Service, in proprio e quale mandataria del costituito raggruppamento con Intini Source s.p.a., e, con le rispettive memorie, hanno contraddetto i motivi di impugnativa e chiesto la conferma della sentenza impugnata.

All'udienza del 19 ottobre 2012 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2. La sentenza del T.A.R. - che ha accolto il ricorso incidentale proposto dalla soc. La Cascina Global Service sull'illegittimità del procedimento di gara, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della soc. Manutencoop Facility Management, ed ha in conseguenza dichiarato inammissibile il ricorso principale da quest'ultima proposto per difetto di interesse all'impugnativa - merita conferma.

2.1. Per ragioni di ordine logico e di economia di giudizio va esaminato con carattere di priorità il motivo di appello che investe la statuizione del T.A.R., che ha riconosciuto irrituale la dichiarazione sostitutiva resa, agli effetti dell'art. 38, lett. b) e c) del d.lgs. n. 163 del 2006, dal procuratore speciale della soc. Manutencoop Facility Management relativamente a soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando, con la precisazione che "nei confronti di essi non sono state emesse condanne fino alla cessazione della carica, per le quali abbiano beneficiato della non menzione".

Il T.A.R. ha ritenuto indebita la limitazione temporale della dichiarazione circa il possesso dei requisiti di moralità agli effetti dell'ammissione al concorso, assumendo a tal fine rilievo anche le condanne, connesse al pregresso rapporto con la società partecipante alla gara, che abbiano acquisito definitività in un momento successivo alla cessazione alla carica rivestita.

Il collegio reputa di condividere detta conclusione.

L'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163 del 2006 – per ciò che interessa la presente controversia- seleziona, invero, i soggetti nei cui confronti va accertata l'assenza di mende e pregiudizi penali in relazione alla loro possibilità di influire, per la carica di amministratore munito di potere di rappresentanza o di direttore tecnico, sulla conduzione ed indirizzo societario .

Rilevano, quindi, le condotte sanzionate penalmente che si collegano al periodo durante il quale è intercorso il rapporto di amministrazione o di direzione tecnica con la società. Esse, infatti, qualificano il grado di affidabilità ed il rigore comportamentale dell'impresa ai fini dell'affidamento di appalti pubblici, indipendentemente dal fatto che, sul piano formale, la sentenza o il decreto penale che accerta l'illecito siano divenuti irrevocabili dopo la cessazione dalla carica dei soggetti interessati.

Del resto, come sottolineato dal giudice di prime cure, la limitazione della rilevanza delle condanne penali alle sole divenute definitive prima della cessazione della carica, darebbe ingresso a dimissioni "strategiche" proprio nell'imminenza della pronunzia del giudice penale, così da prevenire ogni possibile preclusione dell'accesso della società all'affidamento di pubblici appalti.

Le addotte difficoltà ed onerosità degli accertamenti, estesi al periodo successivo alla cessazione della carica degli amministratori, non possono condurre ad una applicazione restrittiva dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006. considerato il particolare rilievo dei valori presidiati dalla norma, che si identificano nella piena garanzia dell'idoneità morale e della sfera di affidabilità delle imprese partecipanti alle gare con riferimento ai soggetti che ne determinano l'indirizzo e sono abilitati ad assumere impegni all'esterno.

Quanto, infine, all'addotta impossibilità di porre in essere – onde prevenire la comminatoria di esclusione dalla gara – di "atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata", secondo quanto previsto dall'art. 38, comma 1, lett. c), essendo ormai gli amministratori cessati dalla carica, correttamente la resistente soc. La Cascina Global Service ha posto in rilievo che la dissociazione investe la condotta che ha assunto rilievo agli effetti penali, nei cui riguardi la compagine societaria può assumere azioni positive di carattere ripristinatorio, di eliminazione del vulnus arrecato, di cessazione di ogni rapporto che direttamente o indirettamente possa ricondursi all'illecito perpetrato.

La fondatezza dell'esaminato motivo di ricorso incidentale, che di per sé si risolve in condizione preclusiva per la partecipazione alla gara della soc. Manutencoop Facility Management, esime il collegio dall'esame di ogni altro motivo di impugnativa, che resta in conseguenza assorbito.

La sentenza gravata va, pertanto, confermata quanto all'accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla soc. La Cascina Global ed alla conseguente improcedibilità per difetto di interesse all'impugnativa, secondo l'indirizzo segnato dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, del ricorso principale proposto dalla soc. Manutencoop Facility Management.

In relazione ai profili della controversia spese ed onorari possono essere compensati fra le parti per i due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Botto, Presidente FF

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 14/11/2012

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La sentenza in questione del Consiglio di Stato attiene al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto, con particolare riguardo alla modalità e tipologia di dichiarazioni rese dalla società partecipante ex art. 38, comma 1, let. c) D. Lgs. n. 163/2006, attinente il possesso dei requisiti di moralità, rispondenti a rilevanti e supremi interessi generali

della collettività, con particolare riguardo ai soggetti cessati da cariche presso la società partecipante a gara.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Nell'ambito dell'argomentazione tracciata con la sentenza in commento, un ruolo di indubbia centralità riveste l'applicazione del **principio di tassatività**, in merito alle cause di esclusione dalle gare di appalto, mirante a garantire il *favor participationis* dei concorrenti alle gare medesime. Si tratta, infatti, dell'ennesima questione che si è posta la giurisprudenza a valle dell'introduzione del richiamato principio di cui all'art. 46, comma 1-s, del Codice dei contratti pubblici.

All'uopo, alla luce dell'analisi effettuata dal Consiglio di Stato, rilevante è la natura restrittiva od estensiva da accordarsi all'art. 38, comma 1, lett. c) del D. Lgs. n. 163 del 2006, relativamente a dichiarazioni sui requisiti di moralità inerenti soggetti cessati da cariche all'interno dell'impresa partecipante alla gara d'appalto. In merito, infatti, l'art. 38, comma 1, lett. c) del D. Lgs. n. 163 del 2006, se da un canto attesta l'esclusione da una gara di appalto di un'impresa anche in caso di carenza di requisiti di moralità in capo a soggetti cessati da cariche, d'altro lato non chiarisce espressamente e pienamente a quali condotte (temporalmente parlando) accordare rilevanza. Sotto un primo aspetto, è indubbio che rilevano le condotte sanzionate penalmente e collegate al periodo in cui sussiste il rapporto di amministrazione o direzione tecnica con la società, dato che la norma richiamata seleziona soggetti, che, con i propri comportamenti, possono influire sulla conduzione ed indirizzo societario. Sotto altro aspetto, questione più controversa è stabilire se la norma accordi rilevanza alle sole condanne divenute definitive prima della cessazione della carica o anche alle statuizioni passate in giudicato in seguito alla stessa cessazione dal ruolo, ma sempre correlate a fatti commessi durante il periodo di militanza nella società. In merito, è chiaro che l'opzione interpretativa più cautelativa per le stazioni appaltanti è quella di considerare **estensivamente il disposto dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D. Lgs. n. 163 del 2006, alla luce dell'influenza sull'affidabilità e rigore comportamentale dell'impresa discendente da comportamenti posti in essere dai suoi legali rappresentanti mentre erano in carica; e ciò a prescindere dall'arco temporale in cui è intervenuta la condanna definitiva** (ossia prima o dopo rispetto alla cessazione della carica societaria, a nulla rilevando eventuali difficoltà ed onerosità correlate ai relativi accertamenti).

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

È, pertanto, indubbia la delicata *ratio* sottesa all'art. 38, comma 1, lett. c) del D. Lgs. n. 163/2006, mirante ad estendere l'indagine sulla moralità professionale dei partecipanti nei confronti di tutti gli amministratori e tecnici che della società hanno fatto parte.

Infatti, il giudizio di inidoneità morale degli imprenditori persone giuridiche poggia sulla convinzione che vi sia la presunzione che la condotta penalmente riprovevole di quelle persone fisiche che svolgono o abbiano svolto di recente un ruolo rilevante all'interno dell'impresa, abbia inquinato l'organizzazione aziendale.

All'uopo, tale presunzione è assoluta nel caso in cui il soggetto ancora svolga un ruolo all'interno dell'impresa stessa, mentre è relativa, consentendo così all'impresa di fornire **prova contraria**, nel caso di cessazione dalla carica.

In merito, onde prevenire la comminatoria di esclusione dalla gara, all'impresa non resta che dimostrare la completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata, tale dissociazione consistendo in **azioni positive di carattere ripristinatorio, di eliminazione del vulnus arrecato, ivi includendo azione risarcitoria**. Opzione, quella della prova contraria, che mitiga la restrittività dell'interpretazione inerente la norma in questione, anche alla luce del dettato del **D.L. n. 70/2011, che ha ridotto da tre anni ad uno la rilevanza del cessato dalla carica**.

È, dunque, evidente l'intento del legislatore (confermato dalla giurisprudenza), che ha inteso garantire il più possibile il principio del *favor participationis* e, allo stesso tempo, la tutela della verifica dell'idoneità morale ed affidabilità delle imprese che intendono contrattare con la pubblica amministrazione.

BIBLIOGRAFIA

- F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, parte III, cap. 11, Dike, ed. 2012
- A. GRAZIANO, *I requisiti di partecipazione alle gare di appalto ex art. 38 Codice dei Contratti nel decreto sullo sviluppo*" di Alfonso Graziano in www.giustizia-amministrativa.it
- S. CAEDDU, *I soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni dei requisiti generali dopo il Decreto Sviluppo*" in www.diritto24.com
- F. CARINGELLA e M. PROTTO, *Codice dei Contratti Pubblici*, sez. I, parte II, Dike, ed. 2012
- V. CAPUZZA, *"Le dichiarazioni in fase di gara sui provvedimenti di condanna dopo la L. 106/2011"* in www.treccani.it