

Non sussistendo previsioni specifiche idonee ad impedire ad una impresa versante nella situazione individuata dall'art. 15 del d. lgs. 231/2001 (non così per la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) già compresa, quale causa di esclusione e di annullamento di aggiudicazione nell'articolo 38 del codice dei contratti pubblici) di partecipare a gare pubbliche, il mancato invito dell'amministrazione alla trattativa privata per l'affidamento del servizio già espletato dalla stessa società con il contratto precedente, si rivela illegittimo, in quanto privo di elementi di logicità e lesivo della concorrenza, anche in considerazione della già provata idoneità della stessa impresa alla gestione del servizio

IL Consiglio di Stato con la decisione numero 4415 del 13 luglio 2006 merita di essere segnalata per due importanti principi in essa contenuti:

1. <Con riferimento alla partecipazione a procedure di gara come quella in questione da parte dell'impresa ricorrente, alla luce delle dimensioni di quest'ultima e della circostanza che la società è stata costituita anche per ottenere l'affidamento di servizi del genere di cui si tratta, va ritenuto che detta attività deve essere considerata come di ordinaria amministrazione. In tal senso la giurisprudenza ha già rilevato che, in tema di attività d'impresa, il criterio per distinguere gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione non può essere quello del carattere "conservativo" o meno dell'atto posto in essere (criterio valido, invece, di regola, per l'amministrazione del patrimonio degli incapaci), in quanto quella imprenditoriale è attività che presuppone necessariamente il compimento di atti di disposizione di beni, con la conseguenza che l'indicata distinzione va fondata sulla relazione in cui l'atto si pone con la gestione "normale" (e quindi "ordinaria") del tipo d'impresa di cui si tratta ed alle dimensioni in cui essa viene esercitata
2. la circostanza della sottoposizione a procedimento penale non è ostativa, di per sé, per gli operatori economici, alla partecipazione a procedure di gara, visto, tra l'altro, che l'art. 12 del d. lgs. 157/95 prevede, tra le cause generali di esclusione dalle gare, soltanto l'emissione di una sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero di una sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per qualsiasi reato che incide sulla loro moralità professionale o per delitti finanziari>

attenzione però.....

nell'emergente sentenza si parla solo delle sanzioni di cui all'articolo 15 del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 - Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300

ma non dobbiamo dimenticarsi che esiste anche la possibilità, da parte di una Società sottoposta alla stessa normativa, di perdere la capacità giuridica di sottoscrivere i contratti con la pubblica amministrazione.

Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231

Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300

SEZIONE II - Sanzioni in generale

Art. 9. Sanzioni amministrative

1. Le sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato sono:

- a) la sanzione pecuniaria;
- b) le sanzioni interdittive;
- c) la confisca;
- d) la pubblicazione della sentenza.

2. Le sanzioni interdittive sono:

- a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività;
- b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
- c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;**
- d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi;
- e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi

è bene inoltre ricordarsi che tale possibilità è già stata contemplata nell'articolo 38 del decreto legislativo 163/2006

DECRETO LEGISLATIVO 12 aprile 2006, n. 163

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI, FORNITURE

(Gazzetta Ufficiale n. 100 del 2 maggio 2006, s.o. n. 107)

(...)

Art. 38. (Requisiti di ordine generale)

(art. 45, direttiva 2004/18; art. 75, d.P.R. n. 554/1999; art. 17, d.P.R. n. 34/2000)

1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori,

forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

m) nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione.

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

decisione

Sul ricorso n. 7685/05 R.G. proposto dalla *** s.c.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dal Prof. Avv. Ernesto Sticchi Damiani, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di questi, in Roma, Via Bocca di Leone n. 78;

CONTRO

- Azienda Unità Sanitaria Locale BR/1, in persona del Direttore Generale pro tempore, non costituita;
e nei confronti di

- Consorzio Ciclat, in persona del legale rappresentante p.t., non costituito;

PER LA RIFORMA

della sentenza resa dal T.A.R. per la Puglia, Lecce, Sezione Seconda, n. 3929/05, pubblicata in data 3 agosto 2005.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie prodotte dall'appellante a sostegno delle proprie ragioni;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il Consigliere Michele Corradino;

Udito alla pubblica udienza del 21.2.2006 l'avv. E. Sticchi Damiani, come da relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con sentenza n. 3929 del 3 agosto 2005 il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Lecce, sezione seconda, dichiarava inammissibile il ricorso della *** s.c.r.l. per l'annullamento della deliberazione n. 1470 del 4 maggio 2005 con cui il Direttore Generale dell'A.U.S.L. BR/1 disponeva di non rinnovare o prorogare, se non per il periodo massimo di due mesi, il contratto di appalto riguardante il servizio di pulizia e sanificazione presso il P.O. "Perrino" di Brindisi, stipulato fra le parti il 25 marzo 2000 e scaduto il 30 aprile 2005 e di procedere nel contempo a trattativa privata per l'affidamento del medesimo servizio ad imprese diverse dalla ricorrente, nelle more dell'indizione della procedura di evidenza pubblica; della nota di trasmissione del predetto provvedimento, n. 23857 del 25 maggio 2005; di ogni altro atto presupposto, connesso, consequenziale, ivi compreso l'eventuale provvedimento di affidamento ad altre imprese del servizio.

L'appellante contrasta le argomentazioni del giudice di primo grado.

Non si sono costituiti l'Azienda Unità Sanitaria Locale BR/1 ed il Consorzio Ciclat.

Con memorie depositate in vista dell'udienza l'appellante ha insistito nelle proprie conclusioni.

Alla pubblica udienza del 21.2.2006 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione, come da verbale.

D I R I T T O

L'appellante censura la sentenza impugnata solo nel capo relativo alla pronuncia di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, non sussistendo più le ragioni per coltivare la doglianza relativa alla prorogabilità del rapporto, dichiarata, del pari, inammissibile dal giudice di primo grado per difetto di giurisdizione.

Sostiene l'impresa ricorrente che il T.A.R. avrebbe errato nel considerarla non abilitata a partecipare alla trattativa privata in questione in quanto priva del possesso di apposita autorizzazione del G.I.P., come previsto dall'ordinanza di quest'ultimo con cui venivano applicate le misure di interdizione ex lege 231/91. Invero, afferma l'appellante, la partecipazione ad una procedura di gara da parte di una impresa non può essere ritenuta come atto di straordinaria amministrazione, e quindi non era necessaria, ai sensi della citata ordinanza, alcuna specifica autorizzazione.

Il rilievo merita accoglimento.

Il giudice penale, nell'applicare alla società ricorrente la misura cautelare dell'interdizione dall'esercizio dell'attività, ai sensi del d. lgs. 231/2001, ha attribuito al Commissario contestualmente nominato il potere di compiere gli atti di ordinaria amministrazione, subordinando all'autorizzazione dello stesso giudice soltanto gli eventuali atti di straordinaria amministrazione.

Con riferimento alla partecipazione a procedure di gara come quella in questione da parte dell'impresa ricorrente, alla luce delle dimensioni di quest'ultima e della circostanza che la società è stata costituita anche per ottenere l'affidamento di servizi del genere di cui si tratta, va ritenuto che detta attività deve essere considerata come di ordinaria amministrazione. In tal senso la giurisprudenza ha già rilevato che, in tema di attività d'impresa, il criterio per distinguere gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione non può essere quello del carattere "conservativo" o meno dell'atto posto in essere (criterio valido, invece, di regola, per l'amministrazione del patrimonio degli incapaci), in quanto quella imprenditoriale è attività che presuppone necessariamente il compimento di atti di disposizione di beni, con la conseguenza che l'indicata distinzione va fondata sulla relazione in cui l'atto si pone con la gestione "normale" (e quindi "ordinaria") del tipo d'impresa di cui si tratta ed alle dimensioni in cui essa viene esercitata (cfr. Cass. Civ., sez. I, 18 ottobre 1997, n. 10229).

Pertanto, contrariamente a quanto stabilito dal giudice di primo grado, il ricorso della ricorrente va considerato ammissibile, in quanto l'impresa non aveva l'onere di dimostrare il possesso dell'autorizzazione giudiziale a partecipare alla procedura in esame.

Ciò posto, va esaminata la censura con cui l'appellante sostiene l'illegittimità della determinazione dell'amministrazione intimata di non invitarla alla trattativa privata per l'affidamento del servizio dalla stessa già esercitato, in considerazione, evidentemente, delle vicende penali che hanno coinvolto la medesima società.

La doglianza è fondata.

Il Collegio osserva, anzitutto, che la circostanza della sottoposizione a procedimento penale non è ostativa, di per sé, per gli operatori economici, alla partecipazione a procedure di gara, visto, tra l'altro, che l'art. 12 del d. lgs. 157/95 prevede, tra le cause generali di esclusione dalle gare, soltanto l'emissione di una sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero di una sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per qualsiasi reato che incide sulla loro moralità professionale o per delitti finanziari.

Ne deriva che, non sussistendo previsioni specifiche idonee ad impedire ad una impresa versante nella situazione individuata dall'art. 15 del d. lgs. 231/2001 di partecipare a gare pubbliche, il mancato invito da parte dell'amministrazione nei confronti della ricorrente alla trattativa privata per l'affidamento del servizio già espletato dalla stessa società con il contratto precedente, si rivela illegittimo, in quanto privo di elementi di logicità e lesivo della concorrenza, anche in considerazione della già provata idoneità della stessa impresa alla gestione del servizio.

Alla luce delle suesposte considerazioni, l'appello va pertanto accolto, con conseguente accoglimento del ricorso di primo grado nei sensi di cui in motivazione.

3. Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione V) accoglie l'appello in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado nei sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 21.2.2006,
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 13 luglio 2006