

N. 00265/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01032/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1032 del 2013, proposto da:
Solidale Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa dall'avv. Pasquale Di Iacovo, con domicilio eletto presso Fabio Alviggi in Catanzaro, via Madonna dei Cieli, 40;

contro

Comune di Corigliano Calabro, Comune di Corigliano Calabro -Settore Cultura, Servizi Sociali;

per l'annullamento

della determina n 101/13 con la quale veniva annullata la determinazione n 130/12 di aggiudicazione definitiva del servizio di refezione scolastica per il triennio 2012/2015

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2014 la dott.ssa Giuseppina Alessandra Sidoti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, notificato in data 30.07.2013 e depositato in data 01.08.2013, la Solidale Cooperativa Sociale esponeva che, espletate le operazioni di gara, il Comune di Corigliano, con determinazione del Responsabile del Settore Pubblica Istruzione e Cultura n.915 del 28/04/2006, le aggiudicava il servizio di refezione scolastica per la durata di tre anni a decorrere dall'anno scolastico 2006/2007.

In data 09/06/2006 veniva sottoscritto tra la ricorrente ed il Comune di Corigliano il relativo contratto.

Successivamente alla stipula ed all'avvio del servizio appaltato, in data 15/12/2008, la Capitaneria di Porto di Corigliano contestava alla ricorrente di avere somministrato durante il servizio di refezione scolastica il filetto di pangasio e la cotoletta di mare, a fronte del filetto di platessa in umido o gratinata e del filetto di pesce impanato, rispettivamente previsti per il venerdì della 2^a settimana e per il mercoledì della 4^a settimana secondo il menù redatto dall'ASP.

Con deliberazione di G.M. n.87 del 29/10/2009, il Comune rinnovava l'affidamento del suddetto servizio per la durata di tre anni a far data dall'anno scolastico 2009/2010. I relativi obblighi venivano regolati con contratto stipulato tra le parti in data 28/01/2010.

Con determina n.130 del 05/12/2012, veniva aggiudicato alla ricorrente il servizio di refezione scolastica per gli anni 2012/2013, 2013/2014, 2014/2015 per gli alunni della scuola dell'Infanzia e della Scuola Primaria.

In data 19/04/2013, il Comune di Corigliano comunicava l'avvio del procedimento amministrativo volto all'annullamento della determina di aggiudicazione definitiva n.130/2012, in conseguenza della verifica del casellario giudiziale del legale rappresentante della Solidale Cooperativa Sociale.

In data 02/05/2013, la ricorrente depositava presso l'Ente comunale una memoria difensiva ex art.10 L.n.241/90.

Con determina n.101 del 10/07/2013, il Comune di Corigliano, pur ritenendo la dichiarazione sostitutiva presentata (il 22/11/2012) in sede di gara dal legale rappresentante della ricorrente veritiera, poiché l'inserimento della condanna nel casellario giudiziale era avvenuto in data successiva e precisamente in data 01/12/2012, procedeva all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva del servizio di refezione scolastica, in quanto "*i reati di che trattasi sono attinenti al servizio di cui all'aggiudicazione in parola*".

Avverso tale provvedimento, la Solidale Cooperativa Sociale proponeva ricorso dinanzi a questo tribunale, chiedendone l'annullamento e contestualmente, in via cautelare, la sospensione dell'efficacia.

L'istanza cautelare veniva rigettata con ordinanza n. 441/2013 e successivamente accolta, a seguito di riforma di quest'ultima, con ordinanza del Consiglio di Stato n.4335/2013.

Infine, la causa nella pubblica udienza del 7 febbraio 2014 passava in decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe, parte ricorrente contesta eccesso di potere per difetto, incongruità, illogicità ed irragionevolezza della motivazione del provvedimento impugnato, nonché travisamento dei fatti. Contesta, altresì, violazione nonché erronea interpretazione ed applicazione dell'art.38 comma 1 lett.c) del D.Lgs.n.163/2006.

Assume, al riguardo, che "*il reato per il quale l'ex Legale Rappresentante dell'odierna ricorrente riportava sentenza di patteggiamento, non rientra tra quelli rispetto ai quali l'art. 38 comma 1 lett. C) del D. Lgv. 163/2006 prevede l'esclusione diretta dalle procedure di appalto, sicché al fine di stabilire la legittimità del provvedimento revocatorio dell' appalto, occorre effettuare - ai sensi dell'art. 38 comma 1 letto c) D. Lgv. 163/06 - una concreta valutazione rivolta alla verifica delle ragioni per le quali il reato oggetto di sentenza di patteggiamento rivesta i caratteri di "gravità e incidenza sulla moralità professionale", attraverso un apprezzamento discrezionale che, secondo ormai costante giurisprudenza di legittimità, deve anche essere adeguatamente motivato e rappresentativo, tra l'altro, della "disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato, della professionalità per come nel tempo si è manifestata" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 14/09/2010 n. 6694; Consiglio di Stato, Sez. V, 31/01/2006 n. 349; Consiglio di Stato, Sez. V, 28/04/2003 n 2129).*

Rileva, quindi, come la determina comunale impugnata si sia limitata a motivare l'annullamento con l'astratta attinenza del reato in questione all' oggetto dell' appalto, omettendo tuttavia completamente di valutare l'ulteriore condizione prevista dall' art. 38 citato per la legittima revoca dell' appalto, ossia la gravità della condotta oggetto di condanna rispetto alla quale è stata altresì omessa qualsivoglia disamina degli ulteriori concreti elementi individuati dalla giurisprudenza.

2. La doglianza è da condividere.

2.1. Ed invero, l'art. 38 comma 1 lett. c) del Codice dei contratti pubblici, al di là dell'elenco dei reati per i quali è prevista "comunque" l'esclusione, impone alla stazione appaltante di eseguire una specifica valutazione del precedente penale oggetto di dichiarazione, in relazione alla sussistenza di due autonomi e concorrenti elementi: la *gravità* del reato e la sua *incidenza* sulla moralità professionale.

L'assenza di uno dei due suddetti elementi, quindi, rende privo di effetto, per i fini considerati, l'eventuale sussistenza dell'altro e, al contempo, ognuno di essi necessita, ai fini dell'esclusione dell'impresa dalla gara, di una puntuale ed adeguata valutazione da parte della stazione appaltante.

In altri termini, la sola gravità non è di per sé sufficiente ad integrare la causa di esclusione prevista dal richiamato art.38 del Codice, laddove il reato commesso sia insuscettibile di incidere sulla moralità professionale del concorrente e, di converso, l'astratta incidenza sulla moralità professionale non integra la suddetta causa, quando il reato medesimo non risponda al requisito della oggettiva gravità.

Non v'è dubbio, peraltro, che l'amministrazione nel valutare tali elementi, pur non potendo prescindere dalla vincolatività della sentenza quanto ai fatti accertati dal giudice penale, debba comunque acclarare in via autonoma la sussistenza della gravità e della incidenza del reato commesso.

Il giudice penale, invero, accerta i fatti per sussumerli in una fattispecie astratta di reato ai fini dell'applicazione della pena, mentre la stazione appaltante deve valutare il precedente penale ai fini di salvaguardare l'esigenza di non avere rapporti contrattuali con appaltatori inaffidabili, che non garantiscano, cioè, una adeguata moralità professionale (Consiglio di Stato, V, 21.10.2013 n.5122).

2.2. Tanto premesso in via generale, osserva il Collegio come nella specie l'amministrazione, nell'annullare la determinazione n.130 del 5/12/2012 di aggiudicazione definitiva del servizio di refezione scolastica per il triennio 2012/2015 alla Ditta Cooperativa Sociale, abbia ommesso di effettuare in modo autonomo ed esaustivo quella specifica e circostanziata valutazione in ordine alla sussistenza della gravità e della incidenza del reato commesso dall'allora rappresentante legale.

L'Amministrazione con la determinazione impugnata, infatti, dopo avere concordato con la memoria difensiva presentata dall'impresa Solidale Cooperativa Sociale, ai sensi dell'art.10 della Legge n.241/90, "*relativamente alla condizione che la dichiarazione sostitutiva presentata in sede di gara dal legale rappresentante in data 22.11.2012 era veritiera poiché l'inserimento della irrevocabile condanna nel casellario giudiziale è avvenuto in data successiva e precisamente l'1.12.2012*", si è poi limitata ad annullare l'aggiudicazione definitiva del servizio in questione sulla base della sostanzialmente acritica considerazione "*che i reati di che trattasi sono attinenti al servizio di cui all'aggiudicazione*", senza esprimere al riguardo alcuna autonoma e specifica valutazione né sulla gravità, né sull'incidenza del reato sulla moralità professionale, come viceversa imposto dal richiamato art.38 del Codice dei contratti pubblici.

La semplice attinenza, invero, è un dato astratto che nasce dal raffronto tra titolo del reato ed oggetto dell'appalto, mentre l'incidenza è un dato concreto che esplicita se ed in quale misura l'attività sanzionata incida effettivamente sulla moralità professionale del condannato.

Così l'attinenza del reato rispetto all'oggetto dell'appalto, se è il presupposto necessario della incidenza del reato stesso sulla moralità professionale del condannato, certamente non la esaurisce né con questa si identifica.

In altri termini, l'attinenza non è di per sé elemento sufficiente per poter oggettivamente ritenere che il reato commesso sia incidente sulla moralità professionale, né tanto meno di effettiva gravità (Consiglio di Stato, V, 21.10.2013 n.5122).

Né, del resto, può ritenersi che gli anzidetti elementi (gravità e incidenza) siano direttamente desumibili in modo oggettivo dallo stesso precedente penale in sé considerato, senza bisogno quindi di specifiche ed autonome valutazioni al riguardo.

D'altronde, laddove si opinasse in senso difforme rispetto a quanto sin qui esposto e condiviso dalla giurisprudenza maggioritaria, si determinerebbe la conseguenza di introdurre nell'elenco dei reati per i quali l'art.38, comma 1, lettera c) del D.Lgvo n.163/2006 prevede "comunque" l'esclusione, anche un'ulteriore ipotesi ossia quella dei reati astrattamente attinenti all'oggetto dell'appalto.

3. Conclusivamente, il ricorso si appalesa fondato nei sensi sopra precisati e come tale da accogliere, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato, fatte salve le ulteriori determinazioni dell'amministrazione.

Attesa la particolarità della controversia, sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato, fatte salve le ulteriori determinazioni dell'amministrazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Schillaci, Presidente

Concetta Anastasi, Consigliere

Giuseppina Alessandra Sidoti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/02/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)