

***Sull'esclusione dalle procedure di appalti pubblici e sulla discrezionalità della stazione
appaltante***

T.A.R. Lombardia sezione I –27 maggio 2010 n. 1883/2010

Appalti – cause di esclusione dalla gara – violazione dell'art 38 comma 1 lett. c) e d) d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 – violazione delle norme poste a presidio della sicurezza sul lavoro - gravità della violazione - esclusione facoltativa – motivazione in caso di ammissione alla procedura

Ai sensi del combinato disposto dell'art. 38 comma 1 lett. c) ed e), d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 la condanna, anche a mezzo di decreto penale o di sentenza di patteggiamento della pena, per reati colposi contro la vita e l'incolumità individuale, aggravati dalla violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro costituisce legittima causa “facoltativa” di esclusione dalle procedure di appalti pubblici. Esclusione rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la quale deve effettuare un apprezzamento in punto di “gravità”, tenendo conto delle circostanze in cui un reato è stato commesso, non già formulare valutazioni per categorie astratte di reati.

...La stazione appaltante che ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente non incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ed esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto suo convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa stessa.

La sentenza

La sentenza in esame trae origine da un ricorso presentato da una società avverso un provvedimento di ammissione e successiva aggiudicazione ad altra impresa di una gara indetta da un Ente per l'affidamento, di durata quadriennale, di un determinato servizio.

La ricorrente, la quale aveva partecipato alla procedura per il lotto 1 collocandosi seconda in graduatoria, ha chiesto l'annullamento degli atti di gara sostenendo che l'impresa poi risultata aggiudicataria non avrebbe dovuto essere ammessa alla procedura stante la condanna riportata, con decreto penale, dal suo legale rappresentante per i reati di cui all'art. 590, comma 3 c.p. (lesioni personali colpose e artt. 35 e 36 d.l. 626/1994 e 82 DPR 547/1955).

A dire della ricorrente, infatti, l'ammissione alla gara della controinteressata sarebbe stata disposta in contrasto con l'art. 38 comma 1, lettera c) e d) del d.lgs 163/06, norma che prevede l'esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti dei soggetti nei cui confronti è *stato pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile e che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro.*

Nel caso specifico il reato ascritto al legale rappresentante della società aggiudicataria rappresentava – a dire della ricorrente – un illecito gravissimo che pertanto avrebbe dovuto comportare l'esclusione automatica dalla gara dell'impresa.

Al contrario, però, la stazione appaltante non solo aveva ammesso la società alla procedura ma aveva addirittura tralasciato di motivare la propria decisione sul punto.

Costituitesi in giudizio, la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria hanno sostenuto che la condanna riportata dal legale rappresentante della controinteressata era di lieve entità, trattandosi di una multa a soli € 150,00 comminata nei confronti di un soggetto incensurato il quale, peraltro, all'epoca dell'evento criminoso era in forza presso un'altra impresa.

Tali dati risultavano essere stati compiutamente valutati dalla Commissione di gara la quale, dopo aver ammesso con riserva entrambe le società alla fase successiva e aver svolto un'ampia istruttoria sulle dichiarazioni rese dalle stesse, aveva ritenuto che la condanna inflitta al legale rappresentante della controinteressata non fosse preclusiva alla partecipazione di quest'ultima alla gara.

La motivazione dell'operato della stazione appaltante, infine, era - a dire della resistente - rilevabile in maniera implicita dall'ammissione della controinteressata alla procedura di gara.

Il TAR Milanese ha rigettato il ricorso sostenendo, in primo luogo, che la Commissione avesse scrupolosamente valutato la posizione di entrambe le concorrenti; circostanza confermata dai verbali di gara dai quali – a dire del Collegio – risultava essere stata svolta un'intensa attività istruttoria finalizzata ad accertare la veridicità delle affermazioni rese dalle partecipanti.

La documentazione prodotta in giudizio ha inoltre reso possibile accertare l'avvenuta dichiarazione in sede di gara della condanna inflitta al legale rappresentante della controinteressata.

Condanna alla sola pena pecuniaria di € 150,00 (essendo state concesse all'imputato le attenuanti generiche sia per incensuratezza, sia per il fatto di essersi prontamente adeguato, all'epoca dei fatti, alle disposizioni impostegli dagli organi competenti) per un reato apparso *ictu oculi* piuttosto lieve.

Alla luce di quanto sopra, pur dando atto del fatto che l'istruttoria in sede di gara si era principalmente concentrata sul controllo dei diversi precedenti penali a carico dell'amministratore unico della società ricorrente - poi tutti positivamente superati -, il Tribunale Amministrativo ha ritenuto più che plausibile che la Commissione avesse compiutamente valutato nel corso della procedura anche la dichiarazione effettuata dalla controinteressata ritenendo la condanna a suo tempo inflitta al legale rappresentante della stessa non incidente sulla moralità professionale della concorrente.

Da una valutazione comparativa dei precedenti penali dichiarati dalle partecipanti, è stato peraltro ritenuto dal TAR che la scelta dalla Commissione di ammettere la controinteressata alla gara fosse stata presa in conformità con il principio del *favor participationis*; principio che, nel corso della procedura, risultava peraltro essere stato dispensato a favore di entrambe le imprese in evidente *par condicio*.

Il Collegio ha inoltre escluso che il provvedimento di ammissione della controinteressata potesse essere rimproverabile sotto il profilo del difetto di motivazione.

A dire del TAR, infatti, solo la valutazione di gravità di un'infrazione, con conseguente non ammissione di un soggetto a una gara, richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale.

Qualora - come avvenuto nel caso di specie - *la stazione appaltante ritenga invece che il precedente penale dichiarato dal concorrente non sia incisivo della sua moralità professionale non è tenuta ed esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto suo convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa stessa.*

Quanto alla peculiarità del reato ascritto a carico del legale rappresentante della controinteressata, il Collegio ha espressamente negato che la mera violazione delle norme poste a presidio della sicurezza sul lavoro dovesse condurre - come ipotizzato dalla ricorrente - alla sicura e necessaria esclusione della società.

In merito la sentenza ha precisato che *ai sensi del combinato disposto dell'art. 38 comma 1 lett. c) ed e), d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 la condanna, anche a mezzo di decreto penale o di sentenza di patteggiamento della pena, per reati colposi contro la vita e l'incolumità individuale, aggravati dalla violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, costituisce legittima causa facoltativa – e non necessaria - di esclusione dalle procedure di appalti pubblici*¹.

Il Collegio ha quindi chiarito che le infrazioni richiamate dalla lettera e) del citato articolo 38 non devono essere intese come fattori ostativi *tout court* alla partecipazione alle gare, postulando invece che l'infrazione sia “grave” rimettendone la valutazione alla stazione appaltante.

Poiché infatti l'art. 38, comma 1, lett. e), D. Lgs. 163/2006 contempla un apprezzamento in punto di “gravità”, è *necessario tenere conto delle circostanze in cui un reato è stato commesso, per dedurne un giudizio di affidabilità o inaffidabilità, non già formulare valutazioni per categorie astratte di reati*².

Gravità che nel caso non è stata ritenuta sussistere stante il fatto che il reato appariva – come già visto – *ictu oculi* piuttosto lieve.

Attesa la legittimità dell'operato dell'amministrazione è quindi stata esclusa in radice la configurabilità di una responsabilità aquiliana in capo a quest'ultima.

Nota

La decisione in commento affronta due differenti questioni, strettamente connesse l'una all'altra, relative all'applicazione dell'art. 38 comma 1, lettere c) e d) del d.lgs 163/06.

Il primo tema riguarda la natura, *necessaria* o *facoltativa*, del provvedimento di esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti delle imprese i cui legali rappresentanti siano stati condannati, anche a mezzo di decreto penale, per reati colposi contro la vita e l'incolumità individuale, aggravati dall'aver commesso gravi infrazioni delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro.

Il TAR Milanese ha optato per la natura facoltativa dell'esclusione affermando che la mera violazione delle norme poste a presidio della sicurezza sul lavoro non conduce automaticamente all'esclusione dalla gara.

¹ in merito viene richiamato Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3773

² richiama T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 25 febbraio 2010, n. 395 in fattispecie applicativa dell'art. 38, comma 1, lett. c)

Tale interpretazione, a dire del Collegio, trova conferma nel contenuto formale della lettera e) dell'articolo 38 d.lgs 163/06 ove è prevista l'esclusione dalle gare solo in presenza *gravi infrazioni* alla normativa della sicurezza sul lavoro.

L'elemento della gravità dell'infrazione assume quindi rilevanza centrale nella valutazione che deve essere compiuta dalla stazione appaltante in sede di ammissione delle concorrenti, dovendosi peraltro escludere che le violazioni previste dalla lettera e) dell'art. 38 d.lgs 163/06 debbano considerarsi quali fattori ostativi *tout court* alla partecipazione alle gare.

A ben vedere, infatti, solo in alcune ipotesi previste dal citato art. 38 – quali quelle di cui alla lettera e (ove l'esclusione discende da *gravi infrazioni* alla normativa della sicurezza sul lavoro) lettera f (ove l'esclusione discende da *grave negligenza nell'esecuzione delle prestazioni affidate e errore grave nell'esercizio dell'attività professionale*) e lettera i (ove l'esclusione è prevista per *violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali*) – viene utilizzato l'aggettivo grave per descrivere comportamenti che possono provocare l'esclusione dalla gara.

Altre cause di esclusione dalla gara individuate dalla norma in esame (ad esempio quelle di cui alla lettera g ove si parla di *violazioni rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti*), invece, sono dipendenti dalla mera infrazione di determinati obblighi.

Mentre in tali seconde ipotesi il mancato utilizzo dell'aggettivo grave associato al tipo di violazione prevista suggerisce che la non ammissione alla procedura debba necessariamente conseguire al comportamento illegittimo definitivamente accertato, senza che sia data all'Amministrazione alcun potere discrezionale nel valutare l'importanza e l'incidenza del precedente ai fini della gara³, tanto non avviene nelle ipotesi previste dall'art. 38, comma 1 lettere e, f, i d.lgs 163/06.

In questi casi, la giurisprudenza ha sostenuto che la gravità dei reati comportanti l'esclusione dalla partecipazione a gare pubbliche, in assenza di parametri normativi fissi e predeterminati, deve essere accertata dalla stazione appaltante con la disamina in concreto del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato⁴.

³ T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 10/06/2010, n. 1803: *La disposizione citata, infatti, fa riferimento a qualsivoglia violazione, anche di importo esiguo, senza che sia consentito alla stazione appaltante che ha bandito la gara, valutarne la rilevanza e la buona o mala fede del contribuente*; in senso conforme anche Cons. Stato Sez. V, 10/08/2010, n. 5556; in senso contrario T.A.R. Lombardia Brescia Sez. II, 10/06/2010, n. 2305 e T.A.R. Lombardia Brescia Sez. II, 27/05/2010, n. 2164

⁴ Cons. Stato Sez. V, 14/09/2010, n. 6694

In conformità con tale orientamento il TAR Milanese ha quindi confermato l'obbligo per l'Amministrazione di effettuare, per le ipotesi di *gravi infrazioni* alla normativa della sicurezza previste dalla citata lettera *e*) del citato art. 38, un apprezzamento in punto di "gravità" tenendo conto delle circostanze in cui un reato è stato commesso, per dedurne un giudizio di affidabilità o inaffidabilità dell'impresa partecipante.

E' bene precisare che proprio in ragione della valutazione che deve essere compiuta dalla stazione appaltante, soprattutto nelle ipotesi previste dalla già citate lettere *e, f, i* dell'art. 38 d.lgs 163/06, l'esclusione di una partecipante da una gara d'appalto deve - per costante giurisprudenza - essere il risultato di una "motivata valutazione"⁵ in relazione alla quale la P.A. deve dare *specifico conto nelle risultanze della motivazione*⁶.

Motivazione dovuta quindi non solo in forza della regola generale sancita dalla l. 241/1990 ma anche in considerazione della peculiare valutazione che deve essere compiuta dalla P.A. nel caso specifico.

Tale obbligo viene in rilievo in relazione al seconda questione affrontata dal TAR nella sentenza in esame.

Come già visto, infatti, la ricorrente aveva sostenuto l'illegittimità del provvedimento impugnato anche in ragione della mancata esposizione, da parte della stazione appaltante, dei motivi sottesi all'ammissione della controinteressata alla procedura nonostante la condanna a suo tempo riportata dall'amministratore di quest'ultima.

Il TAR Milanese è stato quindi chiamato a pronunciarsi sulla sussistenza o meno di un obbligo per la P.A. di motivare le proprie scelte (non solo nell'ipotesi di esclusione ma anche) in caso di ammissione a una gara di imprese i cui legali rappresentanti abbiano riportato condanne per infrazioni alla normativa della sicurezza sul lavoro.

La sentenza in esame ha dato atto di come, secondo un orientamento minoritario, l'obbligo di esplicita motivazione sia estensibile in tali ipotesi anche al provvedimento di ammissione di un concorrente alla gara: in questi casi, infatti, sussisterebbe l'interesse degli altri partecipanti (in particolare, del secondo classificato come avvenuto nel caso specifico) a conoscere le ragioni della

⁵ Cons. Stato Sez. VI, 28/07/2010, n. 5029

⁶ *ex multis* Cons. Stato Sez. V, 26/07/2010, n. 4874

disposta ammissione, *sicché l'amministrazione appaltante è tenuta, in ossequio al generale obbligo di motivazione, quanto meno a dar conto dell'avvenuta presa in considerazione dei precedenti penali dichiarati dal concorrente (appunto al fine di escluderne se del caso la rilevanza)*⁷.

Tale interpretazione non è stata però condivisa dal TAR Milanese il quale, uniformandosi alla giurisprudenza maggioritaria⁸, ha sostenuto che solo la valutazione di gravità di un'infrazione, con conseguente non ammissione di un soggetto a una gara, richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale.

Qualora invece *la stazione appaltante ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente non incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ed esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto suo convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa stessa.*

Sul punto non può che evidenziarsi, però, come l'ammettere la possibilità per la stazione appaltante di motivare implicitamente la valutazione di non gravità di un precedente penale con la semplice ammissione di un'impresa alla gara contrasti con il principio di trasparenza dell'azione amministrativa rendendo difficilmente valutabile, anche in sede giurisdizionale, la legittimità della scelta operata dall'Amministrazione; tanto più alla luce della discrezionalità concessa alla P.A. in sede di valutazione della gravità dell'infrazione.

Raffaello Stendardi

⁷ T.A.R. Lazio, Roma, III, 11/11/2009, n. 11084

⁸ T.A.R. Piemonte, Torino, I, 22/03/2010, n. 1555; T.A.R. Liguria, Genova, II, 20/12/2005, n. 1774