

Pubblicato il 15/05/2017

**N. 02598/2017 REG.PROV.COLL.**  
**N. 01002/2017 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1002 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

SCG Impianti & Costruzioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Ceceri, Ciro Arino, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Napoli, via Riviera di Chiaia, 207;

*contro*

Porto Turistico di Capri S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Oronzo Caputo, con domicilio eletto presso il suo studio, in Napoli, via Toledo 156;

Comune di Capri, non costituito in giudizio;

*nei confronti di*

Industrial Varnish S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Lopiano, Andrea Rallo, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Napoli, via Vittoria Colonna,

14;

Aeffe S.p.A., non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

del verbale di gara del 13 febbraio 2017, recante l'esclusione dalla partecipazione alla gara avente per oggetto "lavori di riqualificazione del piano superiore del centro congressi di proprietà comunale, sito in via Sella Orta, Capri (NA)", nonché dell'ammissione in gara della Industrial Varnish S.r.l.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Porto Turistico di Capri S.p.A. e della Industrial Varnish S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2017 il dott. Olindo Di Popolo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che:

- col ricorso in epigrafe, la SCG Impianti e Costruzioni s.p.a. (in appresso SCG), impugnava, chiedendone l'annullamento, il verbale di gara del 13 febbraio 2017, recante la propria esclusione dalla procedura negoziata ex artt. 36, comma 2, lett. c e 63 del d.lgs. n. 50/2016, indetta dal Porto Turistico di Capri s.p.a., per l'affidamento dei "lavori di riqualificazione del piano superiore del Centro Congressi di Capri in Vico Sella Orta, n. 5";

- il gravato provvedimento estromissivo risultava così motivato: "il sig. Francesco Scognamiglio, legale rappresentante della SCG Impianti & Costruzioni s.p.a., nella 'dichiarazione generale di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016' prevista dal disciplinare di gara, ha dichiarato 'in riferimento all'art. 80, comma 5: a) di non aver commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di

cui all'art. 30, comma 3, del presente codice' ... invece, con sentenza della Corte di Cassazione, IV Sez. Penale, n. 10455/2015, il sig. Scognamiglio è stato condannato a mesi 3 di reclusione in ordine al reato di cui all'art. 590, commi 2 e 3 cod. pen. ... da questa sentenza, nonché dal certificato del Casellario giudiziale, emerge inequivocabilmente che, a differenza di quanto sostenuto dalla SCG Impianti & Costruzioni s.p.a. in sede di chiarimenti, il sig. Scognamiglio è stato condannato per gravi lesioni colpose (590, comma 2 cod. pen.), reato aggravato dalla circostanza della 'violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro' (art. 590, comma 3, c.p.) ... inoltre, la falsa ed incompleta dichiarazione sulla insussistenza di 'gravi infrazioni debitamente accertate' alle norme in materia di sicurezza sul lavoro, non ha consentito alla stazione appaltante di operare, in sede di verifica dei requisiti di ammissione, le valutazioni che le competono di cui al comma 5 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 e, conseguentemente, di attivare la procedura di c.d. 'self cleaning' di cui al successivo comma 7, procedura le cui valutazioni finali pure spettano esclusivamente alla stazione appaltante ... in ogni caso, la pena detentiva inflitta e le lesioni derivate al lavoratore, rendono 'grave' l'accertata infrazione alla normativa in materia di sicurezza sul lavoro, e la segnalazione del sinistro alla propria compagnia assicurativa dell'avvenuto infortunio, non appare di certo sufficiente a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire il dipendente del danno causato dal reato";

- avverso siffatta determinazione la ricorrente deduceva, in estrema sintesi, che: -- né la normativa di legge né la disciplina di gara né, tanto meno, il diritto euro-unitario le avrebbero imposto alcun onere dichiarativo in rapporto alla circostanza ostativa alla partecipazione alla gara contestatale (condanna penale per il reato di gravi lesioni colpose), in quanto non annoverabile tra i reati elencati in via tassativa dal comma 1 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 né integrante, ai sensi del successivo comma 5, lett. a, una infrazione grave, debitamente accertata, alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro (trattandosi, nella specie di reato contravvenzionale

colposo, privo dell'aggravante di cui all'art. 590, comma 3, cod. pen.); -- l'omissione dichiarativa addebitatale integrerebbe, comunque, un falso innocuo, in quanto avente per oggetto una circostanza non ostativa, per le relative caratteristiche, alla partecipazione alla gara; -- la stazione appaltante, nell'irrogare la sanzione espulsiva, avrebbe, in maniera perplessa e contraddittoria, valorizzato, da un lato, il contenuto inveritiero della dichiarazione resa dalla concorrente in sede di gara e, d'altro lato, la portata escludente del fatto sottaciuto; -- erroneamente avrebbe, poi, reputato sussistente l'aggravante di cui all'art. 590, comma 3, cod. pen.; -- ancora, avrebbe valutato la gravità della cennata circostanza ostativa emersa a carico della concorrente in difetto di istruttoria e di motivazione (ossia senza considerare la natura contravvenzionale e il carattere colposo del reato, l'insussistenza dell'aggravante di cui all'art. 590, comma 3, cod. pen., la risalenza temporale del fatto, la mancanza di altri precedenti penali); -- neppure avrebbe debitamente apprezzato il c.d. self cleaning attuato dalla concorrente e sostanziatosi essenzialmente nella segnalazione del sinistro occorso alla compagnia assicurativa; -- infine, non avrebbe esercitato il potere-dovere di soccorso istruttorio a fronte del sostanziale possesso del requisito partecipativo;

- successivamente, in seguito all'esperimento dell'accesso agli atti di gara (in data 16 marzo 2017), la SCG impugnava anche, con motivi aggiunti, l'ammissione alla competizione della controinteressata Industrial Varnish s.r.l.;

- in estrema sintesi, lamentava che: -- in disparità di trattamento, nonché in difetto di istruttoria, la Industrial Varnish non sarebbe stata esclusa dalla gara, nonostante il legale rappresentante (Ferone Michele) dell'impresa ausiliaria di quest'ultima, Aeffe s.p.a., avesse riportato una condanna penale in relazione alla medesima vicenda e in esito al medesimo giudizio che avevano riguardato il proprio legale rappresentante (Scognamiglio Francesco); -- in violazione dell'art. 89, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, il contenuto del contratto di

avvalimento tra la Industrial Varnish e l'ausiliaria Aeffe avrebbe natura meramente cartolare, e cioè sarebbe indeterminato e indeterminabile, non indicando minimamente le risorse messe a disposizione ai fini del soddisfacimento dei requisiti idoneativi costituiti dalla certificazione di qualità UNI EN ISO 9001 e dalla qualificazione nella categoria OG1, classifiche 1 e A;

- costituitisi sia l'intimato Porto Turistico di Capri sia la controinteressata Industrial Varnish, eccepivano l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame esperito ex adverso, di cui richiedevano, quindi, il rigetto;

- alla camera di consiglio del 10 maggio 2017, la causa era trattenuta in decisione ai sensi e per gli effetti dell'art. 120, commi 2 bis, 6 bis e 9, cod. proc. amm.;

Considerato che il ricorso introduttivo si rivela infondato nel merito per le ragioni sottoindicate, potendo quindi, il Collegio esimersi dallo scrutinio dell'eccezione di relativa inammissibilità sollevata dal resistente Porto Turistico di Capri:

- come evincesi dal tenore dell'impugnato verbale di gara del 13 febbraio 2017, la SCG è stata, precipuamente, esclusa dalla competizione per aver sottaciuto la sussistenza di una potenziale causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. a, del d.lgs. n. 50/2016 ("le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni ... la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro");

- ciò ha impedito alla stazione appaltante, nell'esercizio del potere discrezionale riconosciutole dalla norma richiamata (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 1755/2009), di valutare la gravità dell'infrazione accertata dalla Corte d'appello di Milano con sentenza n. 8028/2013, confermata dalla Corte di Cassazione, sez. IV pen., con sentenza n. 10455/2015;

- come statuito in un caso analogo (concernente una esclusione disposta in relazione alla sottaciuta commissione di gravi illeciti professionali) da TAR Veneto, Venezia, sez. III, n. 171/2017, la dichiarazione resa dalla SCG risulta reticente, perché non fornisce un quadro completo della situazione dell'impresa concorrente in relazione agli accertamenti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016: infatti, la menzionata sentenza della Corte d'appello di Milano n. 8028/2013 contempla un reato potenzialmente rilevante ai sensi del comma 5, lett. a, del citato art. 80; cosicché il processo decisionale della stazione appaltante non ha potuto svolgersi in maniera esauriente, in quanto la predetta dichiarazione reticente circa la sussistenza di un precedente penale ha, di fatto, impedito all'amministrazione di compiere e, conseguentemente, esprimere ogni necessaria considerazione sull'osservanza delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro da parte della ricorrente;

- appare, dunque, *ictu oculi* evidente che la decisione di escludere la SCG non è legata alla mera esistenza del cennato precedente penale, ma al fatto che lo stesso avrebbe dovuto essere dichiarato al fine di consentire al Porto Turistico di Capri di verificare la gravità dei fatti e valutare in maniera consapevole l'ammissione della concorrente, avendo un quadro completo e trasparente della situazione: infatti, il citato art. 80, comma 5, lett. a, del d.lgs. n. 50/2016 richiede che ciascuna gara sia preceduta dalla verifica dell'osservanza delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro da parte delle imprese concorrenti e attribuisce tale compito alle sole stazioni appaltanti, e non, di certo, alle concorrenti stesse (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 122/2016);

- il rimedio del c.d. *self cleaning*, invocato dalla ricorrente, è stato, dunque, precluso in radice dalla condotta reticente di quest'ultima, la quale, peraltro, si è limitata sostanzialmente a ricollegare il proprio impegno riparatorio alla segnalazione del sinistro occorso al proprio dipendente alla compagnia assicurativa;

- a prescindere dalla considerazione che, nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, il requisito della gravità può essere riconosciuto tutte le volte in cui la fattispecie delittuosa sia consistita nella lesione della salute dei dipendenti da parte dell'impresa che non abbia apprestato tutti i mezzi e gli strumenti imposti dalla normativa volta a prevenire gli infortuni sui luoghi di lavoro (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 1723/2007; TAR Lombardia, Milano, sez. I, n. 5594/2009; sez. III, n. 2715/2011; TAR Campania, Salerno, sez. I, n. 436/2011), ed a prescindere anche dalla ulteriore considerazione che l'espressione "debitamente accertate", contenuta nell'art. 80, comma 5, lett. a, del d.lgs. n. 50/2016, va intesa nel senso che è sufficiente riscontrare una infrazione che sia stata oggetto di una autonoma verifica da parte dell'amministrazione, ossia che la violazione delle norme in materia di sicurezza sul lavoro sia stata oggetto di una sentenza penale (anche non passata in giudicato) e che i fatti posti a base della sentenza siano stati, a loro volta, autonomamente vagliati dall'autorità amministrativa ai fini dell'adozione dell'atto di esclusione, non è accreditabile la tesi propugnata dalla ricorrente (a suffragio dell'asserita natura non grave dell'infrazione accertata a suo carico), secondo cui la sentenza della Corte d'appello di Milano n. 8028/2013 avrebbe escluso l'aggravante di cui all'art. 590, comma 3, cod. pen. (consistente nella causazione di lesioni gravi o gravissime colpose con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro);
- dal tenore della richiamata pronuncia penale emerge, infatti, chiaramente che detta aggravante è stata non già esclusa, bensì reputata equivalente alle attenuanti generiche, ai meri fini della commisurazione della pena;
- la rilevata sussistenza della circostanza aggravante in parola, nonché la parimenti rilevata natura detentiva della pena irrogata rendono, peraltro, immune la valutazione discrezionale operata dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. a, del d.lgs. n. 50/2016 da vizi macroscopici di illogicità o di travisamento fattuale, oltre i quali il sindacato di questo adito giudice amministrativo non può debordare;

- tenuto conto che il punto 6.2.2, lett. C, del disciplinare di gara ragionevolmente postulava, a pena di esclusione, un'attestazione dal contenuto completo circa l'insussistenza di infrazioni gravi in materia di salute e sicurezza sul lavoro e che la SCG ha reso una dichiarazione inveritiera al riguardo, non è configurabile un falso innocuo, in quanto, nelle procedure di evidenza pubblica, la completezza delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali è, già di per sé, un valore da perseguire, laddove consente, anche in omaggio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; conseguentemente, una dichiarazione inaffidabile, perché – al di là dell'elemento soggettivo sottostante – falsa, deve ritenersi, in quanto tale, lesiva degli interessi tutelati dall'ordinamento in materia di procedure ad evidenza pubblica, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 21297/2015; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 5530/2015), e non è, quindi, meritevole di essere sovvenuta mediante il c.d. soccorso istruttorio;

Considerato, in rito, che i motivi aggiunti si rivelano inammissibili per le seguenti ragioni:

- non residua, innanzitutto, alcun interesse qualificato a impugnare l'ammissione della Industrial Varnish in capo alla SCG, risultata legittimamente esclusa dalla gara controversa alla luce dei superiori rilievi, in quanto essa, per effetto dell'estromissione, è rimasta priva non soltanto del titolo a partecipare alla gara, ma anche a contestarne le scansioni procedurali distinte da quella in cui ha avuto luogo detta estromissione: l'interesse da essa vantato si è, cioè, ridotto ad interesse di mero fatto, non diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, pur essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della gara;

- a ciò si aggiunga che, per espressa deduzione della SCG, “nel caso di specie non si è fatto luogo alle formalità ex art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm.”;
- conseguentemente, non sussisteva un onere di immediata impugnazione dell’ammissione della Industrial Varnish, il quale risulta esigibile solo a fronte della contestuale operatività delle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici che ne consentono l’immediata conoscenza da parte delle imprese partecipanti alla gara, e cioè, segnatamente, degli artt. 29, comma 1 (pubblicazione sul profilo del committente nella sezione “Amministrazione trasparente” con l’applicazione delle disposizioni in materia di accesso civico ex art. 5 del d.lgs. n. 33/2013), e 76, comma 3 (avviso ai partecipanti a mezzo p.e.c. con indicazione dell’ufficio o collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti);
- ed invero, come affermato dalla recente giurisprudenza amministrativa, in difetto del (contestuale) funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti assoggettati all’onere di immediata impugnazione, la prescrizione processuale di quest’ultimo si rivela del tutto inattuabile per mancanza del presupposto logico della sua operatività, ossia per mancanza della tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 4994/2016; TAR Basilicata, Potenza n. 24/2017; TAR Toscana, Firenze, n. 239/2017; TAR Puglia, Bari, n. 340/2017);
- diversamente opinando, e ritenendo, cioè, la regola processuale in questione applicabile anche alle procedure espletate senza l’allestimento dei suindicati strumenti conoscitivi dei provvedimenti di ammissione, si finirebbe per produrre l’inaccettabile (e, probabilmente, incostituzionale) effetto di imporre l’impugnazione immediata di atti (in particolare: le ammissioni alla procedura) che l’impresa interessata non è in grado di conoscere tempestivamente;
- una volta sottratta l’ammissione della Industrial Varnish all’ambito applicativo del c.d. rito superaccelerato, non vi è che da richiamare

l'orientamento giurisprudenziale invalso col regime previgente, che nega valenza procedimentale autonoma all'atto di ammissione alla gara e ne configura l'oppugnabilità solo unitamente al provvedimento di aggiudicazione, ossia all'atto conclusivo della procedura di affidamento, che, nella specie, non è stato adottato (risultando ex actis unicamente formulata la graduatoria concorsuale, a cura della commissione giudicatrice, nel verbale di gara n. 30 del 30 dicembre 2016);

Ritenuto, in conclusione, che:

- alla luce delle considerazioni svolte, il ricorso introduttivo del presente giudizio deve essere respinto, mentre i relativi motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili;
- le spese di lite devono seguire la soccombenza e, quindi, essere poste a carico della parte ricorrente;
- dette spese vanno liquidate in complessivi € 3.000,00, da ripartirsi nella egual misura di € 1.500,00, in favore, rispettivamente, dell'amministrazione resistente e della parte controinteressata;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso introduttivo e dichiara inammissibili i relativi motivi aggiunti.

Condanna la SCG Impianti e Costruzioni s.p.a. al pagamento delle spese di lite, che si liquidano in complessivi € 3.000,00, da ripartirsi nella egual misura di € 1.500,00 (oltre oneri accessori, se dovuti), in favore, rispettivamente, del Porto Turistico di Capri s.p.a. e della Industrial Varnish s.r.l.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Ida Raiola, Consigliere

Olindo Di Popolo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Olindo Di Popolo**

**IL PRESIDENTE**  
**Salvatore Veneziano**

**IL SEGRETARIO**