



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8069 del 2011, proposto da:
Societa' School Bus Service S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv.
Raimondo Nocerino, Alessandro Barbieri e Felice Laudadio, con
domicilio eletto presso l'avv. Felice Laudadio in Roma, via
Alessandro III, 6;

contro

Comune di Torre del Greco, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio
Sasso, con domicilio eletto presso l'avv. Gian Marco Grez in Roma,
corso Vittorio Emanuele II, 18;

Soc. Angelino Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Ferdinando Pinto
e Giulio Renditiso, con domicilio eletto presso l'avv. Michele
Sandulli in Roma, via XX Settembre, 3;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 04079/2011, resa tra le parti, concernente APPALTO SERVIZIO TRASPORTO SCOLASTICO PER ANNI CINQUE - RIS. DANNO.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Torre del Greco e di Soc. Angelino Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 aprile 2012 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Di Lieto, per delega degli Avvocati Laudadio e Nocerino, Buccellato, per delega dell'Avvocato Sasso, e Casertano, per delega degli Avvocati Pinto e Renditiso;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, sez. I, con la sentenza n. 4079 del 27 luglio 2011, ha accolto il ricorso incidentale proposto dall'odierna parte appellata, Angelino s.r.l., annullando l'atto di ammissione in gara della School Bus Service s.r.l., odierna appellante, e dichiarando l'inammissibilità del ricorso di quest'ultima proposto per l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 1364 del 4.10.2010 recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto del servizio di trasporto scolastico per cinque anni alla

ditta Angelino, dell'aggiudicazione provvisoria in data 2.8.2010, dei verbali di gara n. 2 del 2.6.2010, n. 3 del 15.7.2010, n. 4 del 20.7.2010, n. 5 del 21.7.2010, n. 6 del 23.7.2010, n. 7 del 26.7.2010, n. 8 del 29.7.2010, n. 9 del 2.8.2010, e dell'art. 10.2 del disciplinare di gara nella parte in cui dispone l'iscrizione al registro delle imprese presso la CCIAA per attività equivalente a quella di trasporto scolastico.

Il TAR fondava la sua decisione esaminando prioritariamente il ricorso incidentale e rilevando che dagli atti di causa risultava che il Comune di Gragnano, con determina assunta prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte nella gara, fissata all'11.5.2010, aveva stabilito la risoluzione dei rapporti con la società ricorrente principale per ripetute violazioni contrattuali costituenti grave inadempimento, per gravi e ingiustificate irregolarità dell'esercizio, per l'impiego di personale privo dei requisiti richiesti, per inottemperanza a norme di leggi e regolamenti, per inosservanza degli ordini emessi dall'Amministrazione committente nell'esercizio del potere di vigilanza, per l'impiego presso altro ente di due scuolabus dichiarati in sede di gara, per la dichiarazione in sede di gara di un'autorimessa non idonea, per mancato avvio dell'esecuzione del servizio nel termine previsto, per mancata disponibilità degli autobus indicati in sede di gara, per mancata esibizione al Comune della documentazione richiesta nel termine stabilito, per inottemperanza agli obblighi stabiliti dal capitolato speciale di appalto in tema di

sicurezza, regolarità e qualità del servizio.

L'odierna appellante aveva taciuto tali circostanze nella propria dichiarazione presentata alla stazione appaltante sulla sussistenza dei requisiti generali per l'ammissione in gara.

In proposito, osserva il TAR, non occorre che l'errore professionale sia stato accertato e riconosciuto con una pronuncia giudiziale passata in giudicato, essendo al contrario sufficiente l'apprezzamento compiuto dalla stessa Amministrazione, che può darne dimostrazione con qualsiasi mezzo di prova.

Infatti, l'esclusione non ha carattere sanzionatorio ma è piuttosto preordinata a salvaguardare l'elemento fiduciario destinato a connotare sin dal momento genetico i rapporti contrattuali di appalto pubblico, qualora emerga un'inaffidabilità tecnico-professionale dell'impresa.

Tale valutazione è rimessa al prudente apprezzamento della stazione appaltante che ha il potere di valutare se l'infrazione abbia gravità tale da escludere l'idoneità tecnico-professionale del potenziale aggiudicatario.

A tal fine, conclude il TAR, il concetto normativo di errore professionale abbraccia un'ampia gamma di ipotesi, riconducibili comunque alla negligenza, alla malafede o all'incapacità di assolvere alle prestazioni contrattuali e l'omessa indicazione, nella domanda di partecipazione alla gara, di tali pregresse gravi inadempienze, è affetta da incompletezza potenzialmente idonea ad influire in maniera

determinante sullo svolgimento della procedura concorsuale e non può essere pertanto considerata come omissione di una mera formalità “innocua” ai fini della determinazione delle cause di esclusione dalla gara.

L'appellante contestava la sentenza del TAR chiedendo l'accoglimento dell'appello e riproponendo i motivi di ricorso di primo grado.

Si costituivano la società controinteressata e il Comune chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 17 aprile 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che l'appello sia evidentemente infondato.

Occorre preliminarmente precisare che in data 4.10.2010, con determina n. 1364, l'Amministrazione, senza escludere la School Bus Service s.r.l., si era limitata a disporre l'aggiudicazione definitiva dell'appalto all'odierna controinteressata.

Il TAR, come detto, ha annullato l'atto di ammissione alla gara della School Bus Service, accogliendo così il ricorso incidentale dell'odierna controinteressata, per violazione dell'art 38, comma 1, lett f) e h), del d.lgs. 163-06, nella parte in cui l'impresa concorrente aveva dichiarato di non aver mai commesso negligenze e/o errori nell'esecuzione dei servizi appaltati.

L'art. 38, lett, f) del codice degli appalti prevede, in particolare,

l'obbligo per l'impresa concorrente di dichiarare eventuali negligenze, in fase di esecuzione di appalti, commesse nei confronti di altre Amministrazioni, in modo tale che la stazione appaltante possa valutare se ammettere l'impresa, motivando adeguatamente circa la mancata lesione dell'elemento fiduciario.

L'omessa dichiarazione di tali vicende comporta l'impossibilità di effettuare la valutazione predetta, soprattutto nell'ipotesi in cui, per evidenti limiti oggettivi e di tempo, l'Amministrazione non possa aver saputo di tali negligenze neppure in sede di verifica.

Nel caso di specie, il Comune di Gragnano, con determina assunta prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte nella gara, fissata all'11.5.2010, con determinazione n. 76 dell'8.2.2010, aveva revocato la precedente aggiudicazione del servizio di trasporto scolastico comunale alla School Bus Service e risolto il rapporto contrattuale con quest'ultima, a seguito di gravi inadempimenti ed irregolarità commesse nell'esercizio del servizio; in particolare: per inottemperanza agli obblighi in materia di sicurezza di cui al capitolato d'appalto (inizio in ritardo del servizio, mancato deposito dei contratti di lavoro degli autisti e degli accompagnatori con comunicazione dei loro nominativi; mancanza del piano di igiene e sicurezza ex D.lgs. n. 81-2008; mancata consegna delle assicurazioni contro infortuni e danni); mancata consegna della documentazione relativa all'autorimessa (disponibilità, autorizzazioni amministrative); utilizzo di due autoveicoli diversi da quelli indicati in

gara (Iveco tg. CG829AS e Iveco tg. DX600LY).

Tale vicenda è stata oggetto di una sentenza dello stesso TAR Campania, Napoli (sentenza n. 463 del 26 gennaio 2011), che ha definitivamente concluso che vi era la prova in atti degli inadempimenti della società ricorrente (School Bus Service s.r.l.) e che non era revocabile in dubbio l'esistenza dei presupposti per la risoluzione del contratto.

Il Collegio osserva che l'omessa dichiarazione di negligenze e/o errori gravi nelle esecuzioni di precedenti appalti, di cui alla lettera f) dell'art. 38 del Codice appalti, ancorché non relative a segnalazioni all'AVCP dell'anno precedente alla pubblicazione del bando e, perciò, non comportanti l'esclusione automatica, comunque inficia la determinazione della stazione appaltante di ammissione alla gara.

Infatti, l'esclusione dalla gara pubblica, disposta dall'art. 38 lett. f), d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, si fonda sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della Pubblica Amministrazione fin dal momento genetico; di conseguenza, ai fini dell'esclusione di un concorrente da una gara, non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente per l'inadempimento in relazione ad un precedente rapporto contrattuale, quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, che abbia fatto venir meno

la fiducia nell'impresa; trattandosi di esercizio di potere discrezionale, esso è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1107).

Sotto tale profilo, è del tutto irrilevante quanto affermato da parte appellante circa la pendenza del giudizio di appello sulla contestazione delle negligenze e degli errori professionali commessi nei confronti del Comune di Gragnano.

Come detto, infatti, l'art. 38, lett. f) D.lgs. n. 163-06 non prevede come necessario l'accertamento giurisdizionale definitivo delle suddette negligenze ed errori, ma prescrive l'obbligo di mettere a conoscenza la stazione appaltante (della gara in corso) delle vicende pregresse, anche qualora le stesse siano state semplicemente valutate "gravi" (o, per meglio dire, abbiano comportato lo scioglimento del rapporto) dall'Amministrazione, con la quale si siano verificate.

Infatti, la fattispecie citata è sufficientemente integrata dalla motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate da una stazione appaltante e/o ad errori professionali precedenti che abbiano fatto venir meno la fiducia nell'impresa (cfr. Cons. St., V, 16 agosto 2010 n. 5725; Sez. VI, 28 luglio 2010, n. 5029 e 27 gennaio 2010 n. 296) e prevede, quale indispensabile corollario, che il concorrente dichiari in sede di partecipazione alla gara tutti gli elementi che riguardino eventuali episodi di negligenza o malafede nell'esercizio delle

prestazioni effettuate nei confronti di altre Amministrazioni.

Né appare possibile sostenere la tesi secondo cui le contestate gravi inadempienze non costituirebbero grave inadempimento a carico della società appellante, in quanto verificatesi in fase anteriore alla stipula del contratto; infatti, l'inadempimento di una prestazione non assume minore o diversa rilevanza se la formalizzazione del contratto non è ancora intervenuta e il servizio viene svolto nelle more con un affidamento urgente sotto riserva.

Peraltro, lo stesso tenore letterale della norma, che richiama semplicemente l'esecuzione delle prestazioni affidate, consente di ritenere applicabile l'applicazione della fattispecie ai casi di affidamento all'aggiudicataria in via d'urgenza dell'esecuzione dell'appalto, sotto riserva di stipula del contratto.

E', infatti, chiaro che l'art. 38, comma 1, lettera f), del Codice appalti stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso un grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante.

La vicenda relativa alla grave inadempienza con un soggetto diverso dall'Amministrazione che ha bandito la gara rientra nella seconda

parte della disposizione, laddove la norma consente all'amministrazione di valutare i precedenti professionali delle imprese concorrenti e quindi di tenere conto anche di rapporti contrattuali intercorsi con amministrazioni diverse, al fine di stabilire il grado di capacità tecnico professionale nella esecuzione della fornitura.

Il Giudice di prime cure ha fatto applicazione di quanto statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011, che ha definitivamente preso posizione sulla questione dell'esame prioritario del ricorso incidentale "paralizzante" (o "escludente"), sulla base del principio per cui chi agisce in giudizio deve essere titolare di una posizione giuridica sostanziale meritevole di tutela (ad 24 e 113 Cost).

L'accoglimento del ricorso incidentale in primo grado ha, dunque, correttamente precluso l'esame del ricorso principale di primo grado, in quanto la School Bus Service s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, risultando quindi logica e ragionevole il capo della sentenza impugnata laddove ha statuito l'illegittimità dell'atto di ammissione della School Bus Service alla gara indetta dal Comune di Torre del Greco.

Per l'effetto, dunque, il TAR ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso principale dalla stessa proposto.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza con riferimento alla parte Angelino s.r.l., dovendo invece compensarsi le spese con il Comune convenuto.

Deve inoltre applicarsi l'art. 246-bis del Codice appalti, *ratione temporis* applicabile, in relazione all'illiceità del comportamento processuale da cd. "lite temeraria" che legittima il Giudice a condannare d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio quando la decisione è fondata su ragioni manifeste, come nella specie, come si è evidenziato nel corpo della motivazione della presente decisione.

Si rammenta, per completezza, che il nuovo testo dell'art. 26 del c.p.a., che generalizza, nella sostanza, la suddetta norma del Codice appalti, deve ritenersi applicabile ai soli atti introduttivi o di costituzione in giudizio in resistenza, rispettivamente notificati o depositati successivamente all'8 dicembre 2011, in quanto dal carattere sanzionatorio della norma discende che la sua applicazione, in ossequio al principio generale di irretroattività delle fattispecie di responsabilità amministrativa (art. 1, l. n. 689 del 1981), è circoscritta alle condotte processuali successive alla sua entrata in vigore (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 26 marzo 2012, n. 1733).

Nel caso di specie, si ritiene equo stabilire la predetta sanzione nella

misura del doppio del contributo unificato.

P.Q.M.

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

Condanna parte appellante alla rifusione delle spese di lite, spese che liquida in euro 5000,00, oltre accessori di legge, in favore della parte Angelino s.r.l., compensando le spese con il Comune convenuto.

Condanna parte appellante al pagamento di una sanzione pari al doppio del contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/06/2012

IL SEGRETARIO

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