

N. 04629/2011REG.PROV.COLL.  
N. 08317/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 8317 del 2010, proposto da:

D R Multiservice Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Giuliano Di Pardo,  
con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, piazza Barberini, 52;

*contro*

Comune di Termoli;

*nei confronti di*

Gruppo i Cipressi S.r.l.;

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e  
Forniture, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa  
dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui è domiciliata per legge in  
Roma, via dei Portoghesi, 12;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. MOLISE - CAMPOBASSO: SEZIONE I n.  
00236/2010, resa tra le parti, concernente GARA DI APPALTO PER  
AFFIDAMENTO SERVIZI CIMITERIALI – RISARCIMENTO

## DANNI

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 maggio 2011 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Di Pardo e l'avvocato dello Stato Caselli;

## FATTO E DIRITTO

La D.R. Multiservice s.r.l. ha impugnato l'esclusione dalla gara di appalto per l'affidamento dei servizi cimiteriali indetta dal Comune di Termoli, disposta ai sensi dell'art. 38 comma 1 del d. lgs. n. 163/2006 sulla base della contestazione di grave negligenza nell'esecuzione di un precedente rapporto contrattuale e di irregolarità contributive, nonché gli atti successivi, compresa l'iscrizione dell'annotazione nell'Osservatorio da parte dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di servizi, lavori e forniture e l'aggiudicazione in favore dell'unica partecipante rimasta in gara. Il T.a.r. adito ha respinto il ricorso, giudicando sussistenti i presupposti per l'applicazione della sanzione espulsiva.

Ricorre in appello l'interessata per non avere considerato il primo giudice la persistenza del rapporto fiduciario, dimostrata dalla proroga e dal nuovo affidamento di numerosi rapporti contrattuali da parte del Comune, e l'avvenuta confutazione delle contestazioni mosse dal Comune in relazione ad un episodio verificatosi nel corso dello svolgimento di precedente contratto di servizio cimiteriale, comunque privo del connotato della grave negligenza nell'esecuzione da parte dell'impresa. Contesta poi anche la seconda causa di esclusione data l'erroneità del rilascio del primo DURC,

seguita dall'attestazione di regolarità sugli obblighi contributivi. Sostiene inoltre l'erroneità della sentenza di primo grado per avere giudicato inammissibili per mancanza di interesse le censure mosse contro l'ammissione alla gara della controinteressata aggiudicataria, non avendo essa allegato il certificato di iscrizione all'Albo dei gestori ambientali e non avendo presentato le dichiarazioni di moralità degli amministratori cessati nel triennio e dei preposti all'azienda presa in affitto. Ripropone poi censure in merito all'illegittimità della nomina della Commissione di valutazione e delle operazioni di gara, avanzando istanza risarcitoria mediante subentro nel contratto stipulato dalla controinteressata o, in subordine, risarcimento per equivalente in riferimento al danno emergente, al lucro cessante, al danno curriculare ed a quello esistenziale, oltre ad interessi legali fino al soddisfo.

Si è costituita L'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

Con ordinanza n. 8317 in data 8.11.2010, è stata accolta l'istanza di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata.

All'udienza del 10 maggio 2011, in vista della quale l'appellante ha depositato memoria, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Con il primo motivo, l'appellante denuncia l'erroneità della sentenza, sostenendo la contraddittorietà del provvedimento di esclusione ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f) rispetto alla fiducia dimostrata dal Comune mediante l'affidamento di altri contratti nonché l'insussistenza della grave negligenza nell'esecuzione di precedente contratto.

Il motivo è fondato.

La proroga e l'affidamento di contratti all'impresa appellante da parte del Comune nel periodo giugno – dicembre 2010 (relativi alla manutenzione di verde pubblico e di rotatoria nonché di servizio spargisale), senza alcun riferimento a pregresse inadempienze, sono chiari indizi dello sviamento e della contraddittorietà di cui è affetto l'atto di esclusione dalla gara per cui

è causa per grave negligenza o malafede nello svolgimento di prestazioni affidate all'impresa.

Invero, la necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione fin dal momento genetico, nell'interesse pubblico a non stipulare nuovi contratti con l'impresa resasi responsabile di grave negligenza, trova un evidente limite nel caso in cui la stessa amministrazione operi una valutazione favorevole sul piano tecnico-morale dell'impresa, rinnovandole fiducia attraverso la proroga o l'affidamento di diversi contratti (Cons. St. Sez. VI, 28.7.2010, n.5029).

Peraltro, il motivo d'appello è fondato anche sotto il profilo della errata valutazione da parte del primo giudice in ordine alla mancata confutazione da parte dell'interessata di ogni responsabilità o negligenza nell'esecuzione del contratto evocato.

Risulta, infatti, agli atti che a seguito della contestazione da parte del Comune della negligenza dimostrata in un'operazione di sepoltura, l'impresa, con nota 2.1.2009, aveva giustificato il proprio comportamento in ragione del notevole ritardo con cui era stata ricevuta la salma e di eventi a sé non imputabili.

La disposta esclusione appare, pertanto, in contrasto anche con il principio per cui, ai fini della rilevanza sul piano del venir meno dell'affidabilità dell'impresa, della gravità della negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali va fornita un'adeguata prova ed il provvedimento deve essere motivato adeguatamente (Cons. St. Sez. V, 22.2.2011, n. 1107; 21.1.2011, n. 409).

Nella specie, entrambi gli elementi (prova della negligenza ed adeguata motivazione) risultano carenti.

Quanto al secondo motivo di esclusione, riferito ad un contenzioso amministrativo in corso per il pagamento di oneri contributivi, occorre osservare che la chiara prescrizione recata dall'art. 38, comma 1 lett. e) nel

sensu di escludere dalla partecipazione solo le imprese che si siano rese responsabili di violazioni gravi e definitivamente accertate, porta ad escludere che la pendenza di un contenzioso possa essere considerata di per sé indice di inaffidabilità, essendo possibile un esito favorevole della lite, eventualità che fa prevalere il principio della più ampia partecipazione (Cons. St. Sez. V, 21.4.2009, n. 2399). Ciò è confermato, peraltro, dalla disposizione del disciplinare, che richiede la dichiarazione di non avere commesso violazioni gravi definitivamente accertate alle norme in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, secondo la legislazione vigente (art. 6.3 lett. i) della BUSTA A).

L'accoglimento dei motivi avverso l'esclusione comporta, conseguentemente, l'annullamento dell'annotazione da parte dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

L'illegittimità dell'esclusione è altresì sufficiente a radicare l'interesse dell'appellante a far valere l'esclusione della controinteressata, aggiudicataria dell'appalto.

In merito, tuttavia, i motivi riproposti in secondo grado sono infondati poiché:

- la lex specialis non prevede la produzione del certificato di iscrizione all'Albo dei gestori ambientali, essendo sufficiente l'iscrizione alla C.C.I.A.A. per lo specifico oggetto dell'appalto;
- le norme che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche vanno interpretate nel rispetto dei principi di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione e la mancanza di una norma con effetto preclusivo che preveda, in caso di cessione d'azienda anteriore alla partecipazione alla gara – cui è assimilabile l'affitto di ramo d'azienda – , un obbligo di dichiarazione dei requisiti soggettivi della cedente, conduce ad escludere la sanzione espulsiva nei confronti dell'impresa cessionaria o affittuaria che non abbia reso la dichiarazione sulla cedente (Cons. St. Sez.

V, 15.11.2010, n. 8044; 21.5.2010, n. 3213);

- la nomina della Commissione di valutazione da parte del Vice Segretario Generale del Comune deve considerarsi legittima, potendo egli esercitare, in caso di impedimento da parte del titolare della funzione, i poteri connessi alla posizione vicaria, nell'interesse al buon andamento dell'amministrazione.

Dall'annullamento della procedura a partire dal momento della illegittima esclusione discende, invece, l'improcedibilità dell'ultimo motivo, relativo alle modalità di svolgimento delle successive operazioni di gara.

Resta, quindi, da esaminare la domanda di risarcimento del danno, che l'appellante formula mediante richiesta di subentro nel contratto previa dichiarazione di inefficacia ovvero, in subordine, di risarcimento per equivalente.

Ai fini del decidere, anche in ordine alla dichiarazione di inefficacia del contratto, il Collegio rileva che la mera allegazione, priva di riscontro documentale, in merito alla stipulazione ed alla esecuzione del contratto ed alla scadenza del rapporto da esso scaturente, non appare sufficiente ai fini di una pronuncia ai sensi dell'art. 122 c.p.a.

Pertanto il Collegio, allo scopo di pronunciare sulla domanda, dispone l'acquisizione di copia del contratto stipulato nelle more del giudizio tra l'amministrazione comunale e la controinteressata da cui risulti il termine di efficacia del relativo rapporto contrattuale, accompagnato da chiarimenti in ordine all'effettiva esecuzione, ordinandone il deposito nel termine di trenta giorni dalla notificazione o dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza parziale da parte del Comune di Termoli e riservando al definitivo la decisione sulle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

accoglie parzialmente l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie in parte come da motivazione il ricorso di primo grado; ordina al Comune di Termoli l'incombente istruttorio nei sensi di cui in motivazione, assegnando il termine di trenta giorni dalla notificazione o dalla comunicazione della presente decisione; rinvia, per il prosieguo, il giudizio all'udienza che sarà fissata con decreto del Presidente della Sezione.

Spese al definitivo

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente FF

Francesco Caringella, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/08/2011

IL SEGRETARIO

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