

N. 00703/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 02000/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2000 del 2011, proposto da:

Gestioninicolini Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Filippo Borelli, Giorgio Pinello, Diego De Massari, con domicilio eletto presso Giorgio Pinello in Venezia, San Polo, 3080/L;

*contro*

Comune di Vigonza, rappresentato e difeso dall'avv. Giangiuseppe Baj, con domicilio eletto presso Emanuele Gullo in Venezia, Santa Croce, N. 468/B;

*nei confronti di*

Artea Snc di Lion e Salviato, rappresentato e difeso dall'avv. Emanuele Gullo, con domicilio eletto presso Emanuele Gullo in Venezia, Santa Croce, N. 468/B;

*per l'annullamento*

della determinazione del Dirigente Settore Amministrativo del Comune di Vigonza n. 142 del 12.10.2011 avente ad oggetto la revoca dell'aggiudicazione definitiva per l'appalto del servizio seppellimento presso i cimiteri comunali di Vigonza, ai sensi dell'art. 21 *quinques* L. 241/1990 e

della nota prot. n. 27.343 del 12.10.2011 di comunicazione della suddetta determinazione; della determinazione del Dirigente Settore Amministrativo del Comune di Vigonza n. 151 del 27.10.2011 avente ad oggetto l'aggiudicazione dell'appalto relativo ai servizi cimiteriali alla controparte e della nota prot. 29185 del 28.10.2011 di comunicazione dell'aggiudicazione; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Vigonza e di Artea Snc di Lion e Salviato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2012 il dott. Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Il Comune di Vigonza aggiudicava definitivamente la gara per l'affidamento del “servizio di seppellimento nei cimiteri comunali” a “Gestioni Nicolini s.r.l.”, odierna ricorrente, in data 20.06.2011.

1.2. Il 26.07.2011, il medesimo Comune, essendo venuto a «conoscenza dagli organi di stampa locale» che l'odierna ricorrente «era sottoposta ad indagine penale (...) per “smaltimento illecito di materiale cimiteriale”» e, in attesa di acquisire dalla Procura della Repubblica di Verona «tutte le informazioni documentali utili per consentire (...) l'assunzione delle decisioni del caso», comunicava alla ricorrente la sospensione «in via cautelativa» dell'affidamento dell'appalto in questione.

1.3. In considerazione del provvedimento di sequestro gravante sull'area della ditta aggiudicataria e della «delicatezza delle questioni emerse, correlate agli addebiti formulati a carico della ditta Nicolini», detto

provvedimento di sospensione veniva successivamente prorogato (in data 23.08.2011).

1.4. Con determinazione del 12.10.2011, il Comune di Vigonza revocava definitivamente l'affidamento dell'appalto in questione, aggiudicandolo poi, in data 27.10.2011, alla società "Artea s.n.c.", odierna controinteressata.

2. Contro i citati provvedimenti di revoca e di aggiudicazione, la ricorrente ha proposto l'odierna impugnativa chiedendone, in via preliminare, «la sospensione dell'efficacia esecutiva», nonché, nel merito, l'annullamento, con conseguente «declaratoria di inefficacia e/o annullamento del contratto eventualmente concluso» *medio tempore* con la controinteressata, formulando altresì richiesta di condanna al «risarcimento di tutti i danni patiti e patiendi» ovvero, in via subordinata, «al pagamento dell'indennizzo *ex art. 21-quinquies*» della legge n. 241 del 1990.

2.1. In particolare, la ricorrente contesta la legittimità del provvedimento di revoca deducendone il contrasto, sotto molteplici profili, con l'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006. La stazione appaltante avrebbe, infatti, erroneamente considerato – quale causa legittima di esclusione dalla partecipazione della gara in esame – fatti e supposti inadempimenti e/o errori, peraltro non definitivamente accertati, relativi a rapporti contrattuali precedenti e intercorrenti con una stazione appaltante diversa da quella precedente.

2.2. Il medesimo provvedimento di revoca contrasterebbe, altresì, con gli artt. 3, 24, 27, 97, 41, 111 e 113 Cost., dal momento che sarebbe stato adottato senza «che sia stata data la possibilità agli interessati di adire le autorità competenti in merito al controllo di legittimità sugli atti di contestazione e senza che siano nemmeno stati chiusi i procedimenti amministrativi relativi alle asserite inadempienze od ai supposti errori».

2.3. Ancora, sempre in violazione del citato art. 38, la «motivazione adottata dal Comune di Vigonza» a sostegno della revoca sarebbe «assolutamente

apodittica, generica e priva di qualsivoglia riscontro», dal momento che si sarebbe limitata a «richiamare parte del verbale della Polizia Provinciale di Verona del 15.07.2011». Sarebbe, pertanto, mancato un rigoroso apprezzamento, da parte della stazione appaltante, della «gravità» dei comportamenti attribuiti alla ricorrente, in violazione del principio di «tassatività delle sanzioni, dei principi comunitari e nazionali della più ampia partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici e del principio costituzionale di libertà economica».

2.4. Inoltre, «i provvedimenti impugnati» violerebbero anche l'art. 21-*quinquies* della legge 241 del 1990, poiché sarebbero stati adottati in assenza dei relativi presupposti, ed in particolare dei «motivi di pubblico interesse», dei «mutamenti della situazione di fatto», così come «della valutazione dell'interesse pubblico originario»; elementi che soli avrebbero potuto giustificarli e ciò pur incidendo su una posizione già acquisita dalla ricorrente.

2.5. Sotto altro profilo, con il ricorso si deduce la violazione dell'art. 10 della legge n. 241 del 1990, posto che la stazione appaltante avrebbe motivato la propria determinazione di revoca anche in considerazione del comportamento endoprocedimentale di asserita inerzia tenuto dalla società «Gestioni Nicolini s.r.l.» a fronte della richiesta di chiarimenti rivolta in ordine agli elementi di fatto emergenti dal suddetto verbale di polizia giudiziaria. Infatti, lungi dal rimanere silente, la società ricorrente avrebbe esposto alla stazione appaltante, con nota in data 2.08.2011, «come la determinazione di sospensione del 26.07.2011 non avesse alcun giuridico fondamento e fosse in palese contrasto con l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006», essendo peraltro tenuta, relativamente al procedimento penale in corso, al rispetto del «segreto istruttorio».

2.6. Dalle dedotte illegittimità conseguirebbe l'invalidità in via derivata anche della determinazione n. 151 del 27.10.2011 di aggiudicazione

definitiva in capo all'Astrea s.n.c.

2.7. Peraltro, gli stessi provvedimenti impugnati con l'odierno gravame risulterebbero a loro volta viziati in via derivata dalle dedotte illegittimità dei «precedenti provvedimenti di sospensione», già oggetto di autonomo ricorso, iscritto al Reg. Gen. n. 1716/2011, e in ordine ai quali la ricorrente richiama le censure ivi svolte in relazione alla violazione degli artt. 3, 7 e 10 della legge n. 241 del 1990, oltre che al vizio di eccesso di potere. Essi, infatti, oltre a non essere corredati da un'idonea motivazione e considerazione delle deduzioni fornite a chiarimento dalla ricorrente, si porrebbero in insanabile contrasto con le premesse di urgenza della pianificazione del servizio oggetto di appalto richiamate nei provvedimenti medesimi.

2.9. A chiusura del proprio ricorso, la ricorrente prospetta altresì questione di legittimità costituzionale del «decreto legge 06 luglio 2011» convertito in legge con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, nonché «dell'art. 13, comma 6-bis del d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115, come modificato dall'art. 1, comma 1307, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007)», dal momento che l'elevazione del contributo unificato in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture determinerebbe la violazione degli artt. 3, 24, 81, terzo comma, e 113 della Costituzione.

3. Si sono costituite nel presente giudizio sia l'Amministrazione resistente sia la controinteressata società "Artea s.n.c.", chiedendo di respingere l'istanza cautelare, per assenza dei necessari presupposti, e di rigettare nel merito il ricorso.

3.1. In particolare, il Comune di Vigonza deduce che il provvedimento di revoca si fonderebbe, contrariamente a quanto asserito dalla parte ricorrente, su una rinnovata valutazione del pubblico interesse «in relazione a circostanze (...) emergenti da un verbale di polizia giudiziaria» e

considerate idonee ad incidere negativamente sull'elemento fiduciario che dovrebbe connotare *ab origine* i rapporti contrattuali pubblici.

3.2. Del resto, osserva ancora l'Amministrazione, la giurisprudenza avrebbe accolto una nozione ampia di revoca la cui legittimità dovrebbe misurarsi sulla sussistenza, in via alternativa, dei presupposti indicati dalla legge. Nel caso in esame, il provvedimento *de quo* risulterebbe giustificato, in primo luogo, dagli elementi di fatto emergenti dal citato verbale di polizia giudiziaria, il quale, con il carattere di «mezzo probatorio privilegiato proprio degli atti pubblici di accertamento» avrebbe attestato, fra l'altro, «la presenza di bare cimiteriali (...) il rinvenimento di resti ossei e di sei casse in cellulosa contenenti resti (...) appartenenti» a defunti identificati nominalmente.

3.3. Pertanto, a prescindere dalla loro rilevanza penale, la stazione appaltante avrebbe ragionevolmente ritenuto che tali emergenze, «per la loro gravità», potessero compromettere definitivamente l'affidamento sulle qualità di serietà e di correttezza contrattuale della ricorrente.

4. In prossimità dell'udienza pubblica fissata per la discussione del merito della causa, tutte le parti hanno presentato memorie, ciascuna sostanzialmente ribadendo le rispettive argomentazioni e conclusioni.

5. Udite le parti costituite all'udienza pubblica del 19 aprile 2012, la causa è stata quindi trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

6. Il ricorso non è fondato.

6.1. Il Collegio ritiene che la revoca nei confronti dell'aggiudicazione disposta a favore dell'odierna ricorrente del contratto relativo al “servizio di seppellimento nei cimiteri comunali di Vigonza” sia legittima, in quanto adottata nel rispetto dei presupposti procedurali e sostanziali richiesti dall'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990.

6.2. Il provvedimento n. 142 del 12.10.2011, adottato a seguito di

comunicazione di avvio del relativo procedimento, pone a proprio fondamento il disposto di cui all'art. 38, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 163 del 2008, nella parte in cui non consente l'affidamento di appalti pubblici a coloro che «hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante».

6.2. Deve, al riguardo, osservarsi che tale specifica causa di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti di lavori, forniture e servizi e, conseguentemente, dalla stipulazione dei relativi contratti integra un'ipotesi che si pone in rapporto di complementarità con quella contenuta nella prima parte del medesimo disposto secondo cui detta interdizione opera, altresì, nei confronti dei soggetti che, «secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara».

6.3. Dal tenore letterale e dall'impianto normativo in cui si colloca la causa di esclusione prevista nella seconda parte dell'art. 38, comma 1, lettera f), dunque, emerge il principio secondo il quale la stazione appaltante può escludere il concorrente, per difetto del requisito soggettivo in parola, pur in mancanza di un accertamento giurisdizionale dei fatti ritenuti rilevanti per la formulazione del giudizio negativo in ordine all'attività professionale svolta dalla concorrente medesima.

6.4. Peraltro, diversamente da quanto previsto nella prima parte dell'art. 38, comma 1, lettera f), il comportamento oggetto di valutazione, in tale specifica ipotesi, non deve afferire necessariamente ad un precedente rapporto contrattuale intrattenuto con la «stessa stazione appaltante», ben potendo essere acquisito *aliunde*, ed accertato dall'Amministrazione, appunto, «con qualsiasi mezzo di prova».

L'«errore grave» a tal fine rilevante, come peraltro affermato anche dalla più

recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2010, n. 1500), può dunque venire in considerazione in relazione a tutta l'attività professionale dell'impresa precedentemente svolta, in quanto elemento sintomatico della perdita dei requisiti di capacità e affidabilità professionale a fornire determinate prestazioni, dirette al soddisfacimento degli interessi di rilevanza pubblica di volta in volta perseguiti dalla stazione appaltante.

6.5. Tale linea interpretativa, condivisa dal Collegio, poggia sulla considerazione che la clausola di esclusione de qua, recependo quanto stabilito dall'art. 45, comma 2, lettera d), della direttiva 2004/18/CE, si pone l'obiettivo di salvaguardare l'elemento fiduciario sul quale deve essere necessariamente improntato il rapporto contrattuale intercorrente fra la P.A. e l'impresa affidataria.

6.6. Pertanto, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, non può dubitarsi della rilevanza, sotto il profilo disciplinato dall'art. 38, comma 1, lettera f), delle circostanze di fatto emerse in seguito alla diffusione di notizie della stampa locale ed accertate dalla stazione appaltante attraverso l'acquisizione di atti redatti da pubblici ufficiali (verbale di polizia giudiziaria), seppur concernenti comportamenti riconducibili a rapporti contrattuali intrattenuti con una stazione appaltante diversa da quella precedente.

6.7. In secondo luogo, deve rilevarsi che il contenuto oggettivo delle emergenze di fatto acquisite dalla stazione appaltante e poste a fondamento del provvedimento di revoca, a prescindere dalla loro rilevanza o meno sul piano penale, giustifica ampiamente il giudizio di sopravvenuta perdita del requisito di affidabilità in capo alla ditta ricorrente, proprio e soprattutto con riferimento a prestazione professionali di identico contenuto contrattuale rispetto a quelle nell'ambito delle quali esse si sono verificate. Non può sfuggire, al riguardo, l'inequivoca non rispondenza delle rilevate

condizioni igienico-sanitarie dell'area sottoposta a sequestro e delle gravi e oggettive irregolarità nella custodia delle salme e dei relativi feretri da parte della ditta concorrente rispetto alle modalità di espletamento del servizio richieste, oltre che dalle previsioni del capitolato speciale, dagli ordinari principi di diligenza e correttezza nell'adempimento di una siffatta prestazione contrattuale.

6.8. Di tale percorso motivazionale e dell'istruttoria su cui esso si fonda il provvedimento di revoca dà ampia e adeguata contezza, sì da giustificare pienamente, in ossequio al disposto di cui all'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990, la nuova valutazione dell'interesse pubblico sulla base della quale è stato esercitato il potere di autotutela in questione. Peraltro, sul piano procedimentale, risultano rispettate le regole che presidiano l'avvio e lo sviluppo del relativo iter, anche con riguardo all'eventuale indennizzo spettante alla società ricorrente.

6.9. Quanto ai provvedimenti prodromici di sospensione cautelare da cui discenderebbe l'illegittimità derivata degli atti impugnati, debbono valere le medesime considerazioni svolte in ordine alla legittimità sostanziale e procedimentale del provvedimento di revoca, rispetto al quale esse si pongono come misure logicamente collegate, in quanto sorrette dalla motivazione, del tutto ragionevole, di consentire alla stazione appaltante lo svolgimento dell'istruttoria necessaria al corretto esercizio del potere di autotutela.

7. Alla luce delle considerazioni svolte, il ricorso deve essere respinto sotto tutti i profili di censura sollevati.

8. La peculiarità delle questioni affrontate giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo

respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2012

con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/05/2012

IL SEGRETARIO

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