

N. 00149/2013REG.PROV.COLL.  
N. 03775/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3775 del 2012, proposto dalla:

S.D.S. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Nilo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gian Marco Grez in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

*contro*

Cooperativa Senza Frontiere S.c.s., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Gili, con domicilio eletto in Roma, presso la Segreteria del Consiglio di Stato;

*nei confronti di*

Azienda Sanitaria Locale Torino 2 (Asl To2), in persona del legale rappresentante p.t., appellante incidentale, rappresentato e difeso dagli avv. Luca Olivetti e Nicola Maione, con domicilio eletto presso Nicola Maione in Roma, via Garigliano n. 11;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. per il Piemonte, Sezione I, n. 331 dell'8 marzo 2012, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione del servizio di

mediazione interculturale di accoglienza di informazione e promozione sanitaria sul territorio dell'Azienda Sanitaria Locale Torino 2.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Cooperativa Senza Frontiere S.c.s.;

Vista la costituzione in giudizio con appello incidentale della Azienda Sanitaria Locale Torino 2;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2012 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Nilo, Arbib su delega di Gili e Carbone, su delega di Maione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1.- La Cooperativa Senza Frontiere S.c.s., con determinazione della Azienda Sanitaria Locale Torino 2 (Asl TO2) n. 318 del 12 aprile 2011, era stata dichiarata aggiudicataria della procedura negoziata per l'affidamento del servizio di "mediazione interculturale, di accoglienza, di informazione e promozione sanitaria, di registrazione informativa delle prestazioni e dei dati epistemologici, ove richiesto, da svolgersi a favore di stranieri temporaneamente presenti (STP) ed ENI (Europei non trascrivibili), sul territorio dell'Azienda Sanitaria Locale TO2".

La stipula del contratto d'appalto era stata peraltro sospesa, con atto del 5 agosto 2011, dal direttore della Struttura Complessa Economato della Asl TO2, a seguito di una nota (in pari data) del Direttore Amministrativo della Asl TO1 e della Asl TO2 (dr. Flavio Nalesso) che segnalava la necessità di approfondimenti di natura tecnico amministrativa. Era infatti risultato che un precedente contratto della Cooperativa con la Asl TO1, relativo al

servizio di mediazione interculturale, era stato risolto dall'amministrazione (nel marzo 2009), a causa di un inadempimento della stessa Cooperativa, e che alla medesima era stato contestato di aver sottaciuto (in gara successiva) l'inadempimento che aveva portato alla risoluzione contrattuale del marzo 2009.

Con successiva determinazione n. 787/004B/2011 del 4 ottobre 2011, il direttore della Struttura Complessa Economato della Asl TO2 disponeva la revoca della aggiudicazione in favore della Cooperativa Senza Frontiere e l'aggiudicazione del servizio in favore della società S.D.S. che si era collocata al secondo posto della graduatoria finale della gara.

2.- Tale provvedimento, con gli atti presupposti, è stato impugnato dalla Cooperativa Senza Frontiere davanti al T.A.R. per il Piemonte che, con l'appellata sentenza della Sezione I, n. 331 dell'8 marzo 2012, ha accolto il ricorso.

Il T.A.R., in particolare, ha rilevato che la natura della «grave negligenza o malafede nella esecuzione di prestazioni» non era stata esplicitata nel provvedimento impugnato e che la stazione appaltante non aveva spiegato per quale ragione tale negligenza o malafede sarebbe stata idonea a compromettere il rapporto intercorrente con la Asl TO2, ed ha aggiunto che dirimente doveva considerarsi «la constatazione che la predetta negligenza o malafede sarebbe stata posta in essere in esecuzione di prestazioni affidate dalla Asl TO1, che é amministrazione diversa dalla stazione appaltante». Infatti le due aziende sanitarie locali, «benché poste sotto la direzione della medesima persona fisica (il commissario dott. Giacomo Manuguerra) in vista di un loro futuro accorpamento, erano e sono a tutt'oggi due soggetti di diritto pubblico del tutto distinti, con diversa sede, con diverso patrimonio attivo e passivo, deputate a servire un diverso ambito territoriale».

Con la conseguenza che, nella fattispecie, doveva trovare applicazione il

principio secondo il quale «la causa di esclusione contemplata dall'art. 38 comma 1 lett. f) del Codice dei contratti pubblici si applica solo alle negligenze, alla malafede o ai gravi errori commessi nell'esecuzione di prestazioni affidate dalla medesima stazione appaltante, e non anche da diverse amministrazioni».

3.- L'indicata sentenza è stata appellata dalla società S.D.S. e dalla Asl TO2 che ne hanno sostenuto l'erroneità sotto diversi profili.

All'appello si oppone la Cooperativa Senza Frontiere che ha anche riproposto le censure che non erano state esaminate, perché assorbite, dal T.A.R.

4.- Come si è esposto, la Asl TO2, con il provvedimento impugnato davanti al T.A.R., ha ritenuto di revocare l'aggiudicazione del servizio di mediazione interculturale di accoglienza di informazione e promozione sanitaria, disposta in favore della Cooperativa Senza Frontiere, facendo applicazione dell'art. 38, comma 1 lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 che prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento e l'inibizione della stipula dei relativi contratti, per i soggetti che, secondo una motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara.

4.1.- In relazione ai presupposti per l'applicazione della indicata disposizione, che si giustifica con la necessità di garantire, fin dal momento genetico, l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione, si è affermato che non è necessario un definitivo accertamento, in sede amministrativa o giurisdizionale, della responsabilità del contraente per l'inadempimento riguardante il precedente rapporto contrattuale, essendo sufficiente la valutazione fatta dalla stessa amministrazione sulla rilevanza della precedente risoluzione per inadempimento contrattuale, determinata da grave negligenza (o malafede)

nell'esercizio delle prestazioni affidate (Consiglio di Stato, sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078, 21 giugno 2012 n. 3666).

4.2.- L'esclusione non è quindi automatica, in presenza degli indicati presupposti, ma deve essere il risultato di una "motivata valutazione". La giurisprudenza ha peraltro chiarito che la motivazione può essere costituita anche dal semplice riferimento all'episodio contestato, in base ad un'attività di mero riscontro della fattispecie concreta con quella astratta (Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 maggio 2012 n. 2761).

4.3.- La valutazione della gravità dei pregressi inadempimenti ha comunque natura discrezionale ed è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti (Consiglio di Stato, sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078 cit.).

5.- Ciò chiarito, si deve osservare che, nella fattispecie, come si legge dal provvedimento impugnato in primo grado, la Asl TO2 ha disposto la revoca della aggiudicazione avendo rilevato «a seguito di ... approfondimenti e secondo motivata valutazione della Stazione Appaltante» che la Società Cooperativa Senza Frontiere aveva commesso «grave negligenza o mala fede nell'esecuzione di prestazioni affidate (art. 38 comma 1 lett. f) D. L.vo 12/04/2006 n. 163) dall'ASL TO1 la cui direzione è la stessa dell'ASL TO2» ed ha quindi ritenuto «opportuno non procedere all'aggiudicazione» del Servizio in favore di un soggetto che aveva già nei confronti della ASL TO1 delle gravi pendenze in corso».

6.- Considerato che l'amministrazione ha espresso (nell'atto di revoca della nuova aggiudicazione) la sua valutazione (discrezionale) sulla inopportunità di stipulare un nuovo contratto con un soggetto che era incorso (nel 2009) in una risoluzione per inadempimento (e successivamente aveva omesso di dichiarare tale circostanza in una nuova gara), si deve ritenere che, almeno dal punto di vista oggettivo, l'impugnato provvedimento di revoca risulta adottato in presenza dei necessari presupposti.

6.1.- Né, tenuto conto anche dei fatti occorsi, le valutazioni compiute dall'amministrazione possono ritenersi affette da manifesta illogicità, irrazionalità o da errore sui fatti.

In particolare, per i motivi che si sono prima esposti, non ha rilievo sui fatti accertati in sede amministrativa, la circostanza che il procedimento penale che era stato avviato a carico dei rappresentanti della Cooperativa è stato poi archiviato con decreto del Tribunale di Torino del 1 aprile 2012.

7.- La particolarità della vicenda risiede nel fatto che, nella fattispecie, la stazione appaltante è la Asl TO2 mentre la risoluzione per inadempimento e la grave negligenza sono state accertate in relazione a vicende riguardanti il rapporto con la diversa Asl TO1.

Sul punto il provvedimento di revoca, come si è anche già ricordato, ha ritenuto che la grave negligenza nell'esecuzione delle prestazioni affidate doveva avere rilievo perché aveva riguardato l'ASL TO1 «la cui direzione è la stessa dell'ASL TO2».

7.1.- Il T.A.R. per il Piemonte ha ritenuto invece inapplicabile la disposizione escludente in quanto la Asl TO1 è amministrazione diversa dalla stazione appaltante e tenuto conto che le due aziende sanitarie locali, «benché poste sotto la direzione della medesima persona fisica (il commissario dott. Giacomo Manuguerra) in vista di un loro futuro accorpamento, erano e sono a tutt'oggi due soggetti di diritto pubblico del tutto distinti».

8.- Questa Sezione non ritiene condivisibili le conclusioni alle quali è giunto il giudice di primo grado.

Si deve infatti ritenere che la disposizione normativa richiamata (art. 38, comma 1 lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006) debba trovare applicazione non solo nel caso di grave negligenza (o mala fede) commessa nei confronti della stessa stazione appaltante ma anche nel caso in cui il nuovo soggetto appaltante possa considerarsi il successore del precedente soggetto

appaltante (nei cui confronti si è verificata la grave negligenza).

Quindi se due (o più) Asl si fondono in una nuova Azienda sanitaria la grave negligenza commessa nei confronti di una delle Asl fuse può determinare, a seguito di motivata valutazione della nuova stazione appaltante, l'esclusione da una nuova gara dell'impresa nei cui confronti era stato accertata (dalla precedente Asl) la grave negligenza.

9.- Tale principio deve ritenersi applicabile anche alla fattispecie perché se è vero che il processo di fusione fra l'Asl TO1 e l'Asl TO2, con incorporazione della Asl TO2 della nuova Asl TO 1 – 2, non si era ancora perfezionato nel momento in cui è stato emanato l'atto impugnato, tuttavia un unico Commissario già gestiva (dal dicembre 2010) entrambe le Asl, in vista del perfezionamento della fusione, ed una unica direzione amministrativa avrebbe dovuto gestire il contratto con un soggetto nei confronti era venuto a mancare il necessario elemento fiduciario riguardante la capacità di adempiere con efficienza ulteriori contratti. Inoltre lo stesso contratto avrebbe dovuto produrre effetti nei confronti del nuovo soggetto nato dalla prevista fusione fra le due Asl.

9.1.- Né si può giungere a diversa conclusione in relazione alla circostanza, evidenziata in memoria dalla Cooperativa resistente, secondo cui, per effetto della nuova riorganizzazione delle aziende sanitarie, disposta dal Consiglio Regionale il 3 aprile 2012, la Asl TO2 dovrà confluire nella FS2 Torino Nord mentre la Asl TO1 confluirà nella FS1 Torino Sud est, tenuto conto che si tratta comunque di eventi sopravvenuti e considerato che la legittimità degli atti amministrativi deve essere valutata sulla base degli elementi di fatto e di diritto esistenti al momento della loro emanazione.

10.- Sulla base delle esposte considerazioni l'appello proposto dalla società S.D.S. deve essere quindi accolto.

11.- Si devono a questo punto esaminare le altre censure che erano state proposte nel giudizio di primo grado dalla Cooperativa Senza Frontiere, che

il T.A.R. aveva assorbito e che la Cooperativa ha riproposto in appello con la sua memoria.

12.- Con il primo motivo la Cooperativa ha sostenuto che l'atto di revoca della aggiudicazione risultava illegittimo anche per la violazione degli articoli 7 e 21 quinquies della legge n. 241 del 1990, per la mancanza della comunicazione di avvio del procedimento di revoca.

La censura non è fondata.

Si è infatti già in precedenza ricordato che l'amministrazione aveva comunicato all'interessata, sin dal 5 agosto 2011, che non era possibile procedere alla stipula del contratto a causa degli approfondimenti di natura tecnico amministrativa in corso. E la stessa Cooperativa era al corrente del fatto che tali approfondimenti riguardavano gli effetti delle vicende che avevano interessato il precedente rapporto con la Asl TO1, come emerge anche dall'atto, in data 23 agosto 2011, con il quale il legale della Cooperativa aveva invitato l'amministrazione a rivedere la propria determinazione (nel quale si evidenziava che tali accertamenti riguardavano comunque «altri servizi e vicende contrattuali»).

Del resto la Cooperativa Senza Frontiere era stata informata, con dettagliata nota del 18 luglio 2011, dell'intenzione della Asl TO1 di procedere all'annullamento d'ufficio dell'affidamento del servizio di mediazione culturale disposto dalla stessa Asl a causa della falsa dichiarazione in merito al possesso del requisito di cui all'art. 38, lettera f) del codice dei contratti.

Tenuto conto di tali elementi e considerata la particolare natura delle valutazioni che compie l'amministrazione, ai sensi dell'art. 38, lettera f) del codice dei contratti, non si ritiene che, nella fattispecie, siano state violate le disposizioni di carattere partecipativo dettate dalla legge n. 241 del 1990.

13.- Con il secondo motivo la Cooperativa Senza Frontiere ha sostenuto che l'atto di revoca risulta viziato anche per violazione e falsa applicazione

dell'art. 38, comma 1 lett. f) del codice dei contratti e dell'art. 3 della legge n. 241 per l'insufficienza e la contraddittorietà della motivazione.

Anche tale censura non è fondata. Si è già infatti prima ricordato che il provvedimento di revoca ha fatto chiaro riferimento alle ragioni per le quali l'amministrazione ha ritenuto di non poter più avviare un nuovo rapporto contrattuale con la Cooperativa. Tali ragioni, come si è prima esposto, non risultano frutto di una valutazione censurabile nemmeno per difetto di motivazione.

14.- Con il terzo motivo la Cooperativa Senza Frontiere ha sostenuto che la "sanzione" applicata, dopo il decorso di più di due anni dai fatti riguardanti il rapporto con la Asl 1 risulta sproporzionata, ingiusta ed irragionevole.

Ma anche tale censura non può essere accolta. La misura adottata non può infatti ritenersi sproporzionata o irragionevole né può considerarsi risalente nel tempo una grave negligenza accertata solo due anni prima della conclusione di un nuovo accordo contrattuale.

In particolare, non si può ritenere applicabile alla fattispecie il limite temporale previsto dall'art. 38, lettera d) del codice dei contratti, né si ritiene che la mancanza di analoga disposizione di limitazione temporale nella disposizione di cui alla lettera f) del medesimo articolo 38 possa ritenersi affetta da vizi di costituzionalità.

15.- La Cooperativa Senza Frontiere, con il quarto motivo, ha infine sostenuto che l'aggiudicazione disposta in favore della S.D.S. è illegittima perché tale società risultava priva dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 18 del Capitolato speciale di appalto, non avendo prestato servizi analoghi a quelli oggetto di gara.

Ma la censura, a prescindere da ogni altra questione, deve ritenersi inammissibile per carenza di interesse, dovendosi applicare alla fattispecie il principio oramai consolidato secondo il quale la definitività del provvedimento di esclusione da una gara (o l'accertamento dell'illegittimità

della partecipazione) rende il soggetto escluso privo di un interesse qualificato e differenziato alla contestazione degli esiti della gara stessa (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 4 del 7 aprile 2011).

16.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi l'appello deve essere accolto e, in riforma della appellata sentenza del T.A.R. per il Piemonte, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Deve essere anche respinta la domanda risarcitoria avanzata dalla Cooperativa Senza Frontiere.

17.- Le spese di giudizio, considerata anche la particolarità della vicenda esaminata, possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della appellata sentenza del T.A.R. per il Piemonte n. 331 dell'8 marzo 2012, dispone il rigetto del ricorso di primo grado.

Respinge la domanda risarcitoria avanzata dalla Cooperativa Senza Frontiere.

Dispone la compensazione fra le parti delle spese e competenze di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2013

IL SEGRETARIO

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