

N. 00501/2013 REG.PROV.COLL.  
N. 00425/2012 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 per la Basilicata**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 425 del 2012, proposto da:

A.T.I. Impes Service Spa - Gievve Impianti Snc, in persona del legale rappresentante rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele De Bonis, con domicilio eletto presso lo stesso in Potenza, via N. Sauro, 102;

***contro***

Azienda Ospedaliera Regionale San Carlo di Potenza, in persona del suo Direttore Generale p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Carlomagno, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale Azienda Ospedale S.Carlo in Potenza;

***nei confronti di***

A.T.I. Consorzio Cooperative Costruzioni Ccc - Soc.Coop - Geraldì Impianti Sud Srl; in persona del legale rappresentante p.

t.rappresentato e difeso dall'avv. Fernando Russo, con domicilio eletto presso il suo studio in Potenza, via E. Toti, 7;

***per l'annullamento***

- della deliberazione a firma del direttore generale dell'Azienda Ospedaliera Regionale San Carlo di Potenza n. 412 del 19 ottobre 2012 ricevuta in data 22 ottobre, con la quale è stata revocata l'aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del "servizio di esercizio e manutenzione degli impianti elettrici e speciali dell'Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza" adottata in favore della costituenda a.t.i. Impes Service - Gievve Impianti (ricorrenti) e disposta l'esclusione dalla gara del suddetto raggruppamento;
- di tutti gli atti e di tutti i pareri, anche istruttori, richiamati nel suddetto provvedimento;
- della nota di comunicazione della summenzionata deliberazione, datata 19 ottobre 2012, nonché dei richiamati pareri forniti dal R.U.P. con nota del 27 settembre 2012 e dall'avv. Domenico Carlomagno con nota del 17 ottobre 2012 mai comunicati;
- dell'avviso di avvio del procedimento adottato con nota del 29 settembre 2012 e ricevuto in data 30 settembre 2012;
- ove di interesse della delibera n.3 83/2012 mai comunicata e con la quale sarebbe stata disposta la verifica di congruità dell'offerta presentata dall'A.T.I. CCC — Geraldini e della successiva nota a firma del r.u.p. del 28 settembre 2012; - di ciascun atto anche istruttorio relativo alla fase di verifica della congruità e del possesso dei requisiti

in capo all'A.T.I. CCC — Geraldì;

ove di interesse della deliberazione n.426/2012 con la quale è stata disposta la proroga del servizio oggetto della gara;

- delle eventuali aggiudicazioni provvisorie e/o definitive disposte in favore di altro concorrente, a seguito dell'esclusione dell'A.T.I. Impes — Gievve, nonché di qualunque altro atto adottato a seguito delle stesse nell'ambito del procedimento di gara;

- di qualunque altro atto presupposto, connesso, e/o consequenziale rispetto a quelli sopra indicati, in quanto ostativo all'accoglimento del presente ricorso;

nonché

per l'inibitoria della stipulazione del contratto con l'attuale aggiudicataria; la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto medio tempore stipulato ai sensi degli artt. 121, 122 e 124 del D.Lgs. n.104/2010, con espressa domanda di tutela in forma specifica volta ad ottenere la stipulazione del contratto in favore della ditta ricorrente o il subentro nel contratto eventualmente stipulato medio tempore con l'attuale aggiudicataria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Regionale San Carlo di Potenza e di A.T.I. Consorzio Cooperative Costruzioni Ccc - Soc.Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2012 il dott. Michele Perrelli e uditi per le parti i difensori Avv.ti Rocco De Bonis, su dichiarata delega dell'Avv. Raffaele De Bonis, Domenico Carlomagno e Fernando Russo.;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con atto notificato il 22 novembre 2012, depositato il successivo giorno 24, pare ricorrente espone:

- l'Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza il 21.11.2011 ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del "servizio di esercizio e manutenzione degli impianti elettrici e speciali dell'Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza" per un importo a base d'asta di euro 6.000.000,00;

- alla procedura ha preso parte, tra gli altri, la costituenda a.t.i. tra le ditte Impes Service s.p.a (capogruppo mandataria) e Gievve Impianti s.n.c. (mandante) la quale è risultata aggiudicataria definitiva dell'appalto e, per tale motivo, è stata sottoposta alla verifica del possesso dei requisiti;

- in sede di verifica la stazione appaltante ha riscontrato sul casellario informatico delle imprese la notizia di una risoluzione contrattuale disposta da un'altra stazione appaltante (Comune di Monza) ai danni della ditta Gievve;

- l' Azienda Ospedaliera San Carlo ha avviato procedimento di autotutela, nel corso del quale le ditte Impes e Gievve hanno fornito giustificazioni sulle circostanze che escludevano qualunque onere di

dichiarare, a pena di esclusione, la suddetta risoluzione contrattuale;

- la stazione appaltante ha concluso il procedimento disponendo l'esclusione dalla gara delle imprese ricorrenti per la mancata dichiarazione della pregressa risoluzione contrattuale (art. 38, comma 1 lett. f), D.lgs. n. 163/2006).

2. Gli atti in epigrafe vengono investiti dalle seguenti censure:

a) Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 46 bis del D.Lgs. n. 163/2006, del D.P.R. n. 445/2000 e della lex specialis di gara. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, della tutela dell'affidamento e della scusabilità dell'errore. Carezza di istruttoria, difetto di motivazione.

Pertanto l'Azienda Ospedaliera aveva già ritenuto irrilevante la risoluzione contrattuale disposta dal Comune di Monza in danno della ditta Gievve, avendo affidato alla stessa l'esecuzione di altri appalti tutt'ora in corso ed, inoltre, il tenore letterale dell'iscrizione, che rinvia alla lett. t dell'art. 27 del D.P.R. n.34/2000, ed il successivo chiarimento reso dalla stessa AVCP che provvede alla redazione e alla tenuta del casellario informatica, hanno totalmente escluso che la risoluzione contrattuale in questione configuri l'esistenza di un grave errore professionale.

b) Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 46 bis del D.Lgs. n. 163/2006, del D.P.R. n. 445/2000 e della lex specialis di gara. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, della tutela dell'affidamento e della scusabilità dell'errore. Carezza di

istruttoria, difetto di motivazione. La dichiarazione pretesa dalla stazione appaltante non doveva essere resa dalla ditta Gievve, perché le cause di esclusione di cui alla lett. f) dell'art. 38 del D.Lgs. n.163/2006 riguardano solo l'ipotesi di inadempimenti in danno della stessa stazione appaltante interessata dalla procedura di gara. Le pregresse vicende contrattuali, infatti, non denotano, *sic et simpliciter*, l'incapacità professionale dell'impresa e non possono, pertanto, giustificare l'esclusione per inaffidabilità professionale, ai sensi di quanto previsto dall'art. 38, comma 1, lett. f) cit.. Nella fattispecie la *lex specialis* di gara formulando la richiesta di attestazione dei requisiti ha fatto riferimento alla dichiarazione di non avere commesso un errore già accertato dalla stessa stazione appaltante.

c) Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 46 bis del D.Lgs. n.163/2006, del D.P.R. n. 445/2000 e della *lex specialis* di gara. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, della tutela dell'affidamento e della scusabilità dell'errore. Carezza di istruttoria e difetto di motivazione. L'esclusione disposta è illegittima perché la fattualità rilevante sarebbe sempre e solo quella del grave errore professionale e non già della grave negligenza o malafede nella esecuzione. Nel caso di specie è assolutamente determinante il fatto che la sola ed unica contestazione formulata nei confronti della ditta Gievve dal Comune di Monza, come anche confermata in sede giudiziale, non è mai stata quella del grave errore professionale ma

solo ed esclusivamente quella della negligenza.

3. Si sono costituite in giudizio l'A.O. San Carlo e l'A.T.I. contro interessata – CCC-Soc. coop. E Gerald Impianti sud srl. In particolare quest'ultima afferma che l'art. 38 lettera f) del D.Lgs. 163/2006 permette l'esclusione dei partecipanti alla gara in due distinte ipotesi: in caso di grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stessa stazione appaltante e nel caso di grave errore nell'esercizio dell'attività professionale. La seconda ipotesi, non contempla che il grave errore nell'esercizio dell'attività professionale sia stato commesso nei confronti della stessa stazione appaltante che bandisce la gara, ma ne impone solamente il suo accertamento.

La stazione appaltante ha sottolineato come la questione non attiene soltanto al possesso dei requisiti di ordine generale ovvero all'interpretazione dell'art. 38, co. 1, lett. f) D.lgs. 163/06, ma anche all'applicazione frl co. 1 ter dello stesso art. 38 quando in sede di verifica si accerta la non veridicità delle dichiarazioni rese in ordine al possesso dei requisiti. Ed, infatti, l'ultimo ritenuto del provvedimento impugnato reca.”nel caso in esame .. rileva non tanto la gravità dell'errore, ma la omessa dichiarazione da parte della dinna Gievve snc – in fase di gara –della risoluzione contrattuale disposta dal Comune di Monza, che non ha permesso alla Commissione giudicatrice di effettuare la valutazione ..”.

4. Nella memoria depositata dalla ricorrente in prossimità della

Camera di Consiglio si assume con forza che la situazione oggetto del presente giudizio presenta una determinante differenza da quella regolata dalla recente decisione della Sezione n. 518/2012

e che comporta, quantomeno, l'applicazione del principio del falso innocuo

poiché :

- nel caso di cui alla sentenza n.518/2012 il concorrente non ha dichiarato una

circostanza che la stazione appaltante HA ritenuto rilevante;

- nel caso oggetto del presente giudizio il concorrente non ha dichiarato una

circostanza che la stazione appaltante NON HA ritenuto rilevante.

E' quindi determinante, nel caso in esame, il principio per cui, in presenza di

una generica richiesta del possesso dei requisiti ex art. 38, non si può disporre

l'esclusione di un concorrente al quale non viene contestata la mancanza dei

requisiti di partecipazione. Aggiunge l'abile difesa di parte ricorrente che è, quindi, platealmente determinante la differenza tra il caso in cui sussista la mancata dichiarazione di una circostanza irrilevante da quello in cui sussista la mancata dichiarazione di una circostanza rilevante, e questo anche a prescindere dalla teoria del falso innocuo.

5. Al Collegio non sembra che possano farsi valere (a prescindere dalla loro sussistenza) le suddette differenze fattuali quando proprio per il medesimo comportamento di dichiarazione omissiva della Gievve Impianti S.n.c. di Guida Gaetano & C. in relazione all'annotazione ex art. 27, comma 2, lett. t), DPR n. 34/2000, nel Casellario Informativo dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici della risoluzione del medesimo contratto di appalto con il Comune di Monza, ai sensi dell'art. 136 D.Lg.vo n. 163/2006, con la sentenza n. 518/2012 resa tra le stesse A.T.I. - ricorrente e contro interessata – con la sola variazione della stazione appaltante (Regione Basilicata), si è determinato per la reiezione del ricorso.

6. Come si legge nella citata sentenza, per la vicenda di inadempimento il Tribunale Civile di Monza, con Sentenza n. 2325 del 6.9.2010 respingeva la domanda attorea, accogliendo la domanda riconvenzionale del Comune, condannava la Gievve Impianti al risarcimento dei maggiori oneri sostenuti, pari 5.520,25 €, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria.

Il Collegio, quindi, ribadisce che l'art. 38, comma 1, lett. f), D.Lg.vo n. 163/2006 prevede due distinti casi di esclusione dalle gare di appalto, con riferimento alle imprese:

A) “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 (primo periodo);

B) “che hanno commesso un errore grave nell’esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante” (secondo periodo).

Mentre l’art. 45, comma 2, lett. d), della Direttiva Comunitaria n. 18/2004 prevede l’esclusione per “ogni operatore economico”, “che, nell’esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall’Amministrazione aggiudicatrice”.

L’intera normativa in commento “si fonda sulla necessità di garantire l’elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della Pubblica Amministrazione fin dal momento genetico”, per cui, “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”.

Inoltre, la disposizione in rilievo del ripetuto art. 38 “è finalizzata a reprimere ogni condotta, atta a minare la legittima aspettativa della stazione appaltante, non solo in un’esecuzione a regola d’arte dei lavori affidati al privato, ma anche nell’esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto secondo il canone della buona fede in senso

oggettivo”, in quanto “la regola della lealtà contrattuale nella fase di esecuzione delle prestazioni implica, non solo il rispetto del canone della esecuzione a regola d’arte della prestazione dedotta in contratto, ma anche l’assunzione di un contegno ispirato a correttezza e probità contrattuale” (cfr. TAR Lecce Sez. I Sent. n. 659 del 2.3.2010).

7. Il Collegio, poi, giudica irrilevante la dedotta circostanza, che la mandante Gievve Impianti ha eseguito appalti pubblici per un valore complessivo di 15.696.400,00 €, e che ha continuato ad eseguire lavori anche per la resistente Azienda Ospedaliera. Al di là della dubbia ammissibilità della censura che si risolverebbe in una disparità di trattamento al contrario nei confronti della medesima Impresa, si ribadisce che il fatturato globale ed il fatturato specifico sono requisiti rispettivamente di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica, mentre l’errore grave ex art. 38, comma 1, lett. f), D.Lg.vo n. 163/2006 è un requisito di ordine generale, di ammissione ai procedimenti di evidenza pubblica.

8. Peraltro, il Collegio ritiene che, ai fini della decisione della controversia in esame, non sia necessario pronunciarsi sulla questione se il sopradescritto comportamento, assunto dalla Gievve Impianti, corrisponda “all’errore grave nell’esercizio dell’attività professionale” di cui all’art. 38, comma 1, lett. f), D.Lg.vo n. 163/2006 e sulla logicità o meno dell’impugnata valutazione effettuata dalla A.O. San Carlo con riferimento alla possibilità di un futuro e corretto svolgimento del rapporto contrattuale, in quanto

l'ATI ricorrente è stata esclusa anche perché la Gievve Impianti S.n.c. non ha dichiarato in sede di gara la suindicata risoluzione ex art. 136 D.Lg.vo n. 163/2006.

Tanto perchè nel caso di pluralità di argomentazioni e/o motivi autonomi posti a fondamento di un provvedimento amministrativo impugnato in via giurisdizionale, tale provvedimento deve ritenersi legittimo anche se uno solo di essi è fondato e perciò idoneo a sorreggerne la validità.

9. Pertanto, deve ritenersi che l'ATI ricorrente sia stata legittimamente sanzionata con l'esclusione dalla gara poiché la Gievve Impianti S.n.c. era necessariamente tenuta ad includere e/o specificare la suindicata risoluzione del contratto di appalto, comminata dal Comune di Monza, in quanto la valutazione di applicare o meno l'art. 38, comma 1, lett. f), secondo periodo, D.Lg.vo n. 163/2006 spetta unicamente alla stazione appaltante (cfr. C.d.S. Sez. V Sent. n. 1193 del 24.2.2011; idem, n. 1500 del 15.3.2010).

10. Ed il gravato provvedimento di esclusione non viola l'art. 46, comma 1 bis, D.Lg.vo n. 163/2006 (introdotto dall'art. 4, comma 2, lett. d, D.L. n. 70/2011 conv. nella L. n. 106/2011), in quanto anche quest'ultima norma prevede la sanzione dell'esclusione dalla gara nel "caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente Codice" dei Contratti Pubblici, come quella sancita dall'art. 38, comma 2, D.Lg.vo n. 163/2006, che obbliga i concorrenti ad

attestare con dichiarazione sostitutiva ex DPR n. 445/2000 il possesso dei requisiti di ordine generale, e, come sopra già evidenziato, anche l'art. 49, comma 3, D.Lg.vo n. 163/2006, che contempla esplicitamente la sanzione dell'esclusione dalla gara per tutti i casi di dichiarazioni mendaci.

11. A quanto sopra consegue la reiezione del ricorso in esame.

12. Tenuto conto della non univoca giurisprudenza in merito all'interpretazione dell'art. 38, comma 1, lett. f) , D.Lg.vo n. 163/2006, sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata 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 Potenza nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Michele Perrelli, Presidente, Estensore

Antonio Ferone, Consigliere

Giancarlo Pennetti, Consigliere

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/08/2013

IL SEGRETARIO

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