

Pubblicato il 05/04/2022

N. 02519/2022REG.PROV.COLL.
N. 06803/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6803 del 2021, proposto da Fidente S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Ivan Bullo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, corso Genova n. 14;

contro

Aeroporto di Genova S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Cocchi, Gerolamo Taccogna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

F.C. Handling S.r.l., Europea Servizi Ambientali S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 340/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Aeroporto di Genova S.p.A.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e preso atto della richiesta di passaggio in decisione senza discussione depositata in atti da parte degli avvocati Bullo, Cocchi, Taccogna;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Fidente S.p.A. ha impugnato il provvedimento con il quale Aeroporto di Genova S.p.A. ha disposto la sua esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio di movimentazione bagagli, merci e di pulizia degli aeromobili.

2. Il TAR Liguria ha definito il giudizio respingendo il ricorso con sentenza n. 340/2021.

3. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, Fidente S.p.A. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua di quattro articolati motivi, rubricati: *“A. ERRORE IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA SENTENZA IMPUGNATA NELLA PARTE IN CUI HA NEGATO LA SOSPENSIONE NECESSARIA DEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO AI SENSI DEGLI ARTICOLI 79 C.P.A. E 295 C.P.C. IN ATTESA DELL'ESITO DEL GIUDIZIO PROMOSSO IN SEDE CIVILE INNANZI AL TRIBUNALE DI GENOVA NRG 1058/2021. DIFETTO DI MOTIVAZIONE; B. ERRORE IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA SENTENZA IMPUGNATA NELLA PARTE IN CUI HA RIGETTATO IL SECONDO MOTIVO DI RICORSO. ILLEGITTIMITÀ DELL'ART. 13 DEL DISCIPLINARE PER VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 29, COMMA 1, 80 E 133 DEL D.LGS. N 50/2016 E S.M.I. VIOLAZIONE DELLE LINEE GUIDA ANAC N. 5. INCOMPETENZA ASSOLUTA; C.*

ERRORE IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA SENTENZA IMPUGNATA NELLA PARTE IN CUI HA RIGETTATO IL TERZO MOTIVO DI RICORSO. ILLEGITTIMITÀ DEL PROCEDIMENTO DI COSTITUZIONE DELLA COMMISSIONE PER VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 30, 42 E 133 ED OMESSA APPLICAZIONE DELL'ART. 77, COMMA 9 DEL D.LGS. N. 50/2016; D. ERRORE IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA SENTENZA IMPUGNATA NELLA PARTE IN CUI HA RIGETTATO IL QUARTO, IL QUINTO ED IL SESTO MOTIVO DI RICORSO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80, COMMA 5, LETT. C TER, D.LGS. 50/2016, DELLE LINEE GUIDA ANAC N. 6. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE. TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO. MEDESIMI MOTIVI DEL PRECEDENTE MEZZO DI GRAVAME SOTTO DIVERSI PROFILI; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ. INGIUSTIZIA ED ILLOGICITÀ MANIFESTE. RESTRIZIONE. IRRAGIONEVOLEZZA. SVIAMENTO. MEDESIMI MOTIVI DEI PRECEDENTI MEZZI DI GRAVAME SOTTO DIVERSI PROFILI; VIOLAZIONE DEL CONTRADDITTORIO”.

4. Ha resistito al gravame Aeroporto di Genova S.p.A. chiedendone il rigetto.

5. Alla udienza pubblica del 3 febbraio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Con il primo motivo di appello Fidente S.p.A. ha dedotto in sintesi quanto segue.

6.1. In vista dell'udienza pubblica in primo grado, Fidente S.p.A. ha insistito affinché il Collegio disponesse la sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c. in considerazione della pregiudizialità necessaria costituita dal giudizio

civile tuttora pendente dinanzi al Tribunale di Genova, Sezione specializzata in materia di impresa. Ciò in quanto, l'unica ragione che ha portato la Commissione a disporre l'esclusione della ricorrente dalla gara era da rinvenirsi nelle penali applicate da Aeroporto di Genova S.p.A. nell'esecuzione del precedente appalto.

6.2. Nella sentenza oggetto di gravame, il TAR Liguria non ha preso posizione in merito alla richiesta di sospensione ex art. 295 c.p.c. L'omessa pronuncia, resa in primo grado in merito all'istanza di sospensione formulata ai sensi dell'art. 295 c.p.c. deve ritenersi, pertanto, illegittima e la sentenza, secondo l'appellante merita di essere riformata.

7. Il motivo è infondato.

7.1. Come noto, è riconosciuta la facoltà della stazione appaltante di desumere il compimento di gravi illeciti da ogni vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui sia accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa. Spetta alla stazione appaltante, nell'esercizio di ampia discrezionalità, apprezzare autonomamente le pregresse vicende professionali dell'operatore economico, persino se non abbiano dato luogo ad un provvedimento di condanna in sede penale o civile, perché essa sola può fissare il *«punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente»*; l'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 rimette alla stazione appaltante il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un *«grave illecito professionale»*, tale da metterne in dubbio la sua integrità o affidabilità anche oltre le ipotesi elencate nel medesimo articolo, le quali, dunque, hanno carattere meramente esemplificativo (Consiglio di Stato sez. V, 27 novembre 2020, n. 7471).

7.2. Nell'ambito della discrezionalità di cui gode, l'amministrazione è pertanto titolata a disporre l'esclusione dell'operatore economico le cui significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione, pur non avendo dato luogo ad una condanna al risarcimento del

danno, appaiano comunque tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

7.3. E' quindi da condividere quanto affermato dalla difesa di Aeroporto di Genova S.p.A., secondo cui non è precluso alla stazione appaltante di tenere conto delle pregresse penali, anche in pendenza del giudizio civile ad esse relativo (pagina 10 memoria depositata il 18 gennaio 2022).

7.4. Non vi erano dunque i presupposti per una sospensione necessaria del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c.

7.5. E' noto che secondo la prevalente giurisprudenza, condivisa da larga parte della dottrina, la ratio dell'istituto andrebbe individuata nell'esigenza di prevenire il contrasto di giudicati (*ex multis*, Cass. civ. Sez. VI, 14 dicembre 2010, n. 25272).

7.6. La sospensione del giudizio può dirsi necessaria, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., soltanto quando la previa definizione di altra controversia civile, penale o amministrativa pendente davanti ad altro giudice, sia imposta da una espressa disposizione di legge ovvero quando, per il suo carattere pregiudiziale, costituisca l'indispensabile antecedente logico - giuridico dal quale dipenda la decisione della causa pregiudicata ed il cui accertamento sia richiesto con efficacia di giudicato. Al di fuori di tali presupposti, la sospensione cessa di essere necessaria e, quindi, obbligatoria per il giudice, ed è meramente facoltativa (Cass. civ. Sez. V, 30 novembre 2012, n. 21396).

7.7. In definitiva, l'art. 295 c.p.c, nel prevedere la sospensione necessaria del giudizio quando la decisione dipenda dalla definizione di altra causa, allude ad un vincolo di stretta ed effettiva consequenzialità fra due emanande statuizioni, non ad un mero collegamento per l'esistenza di una coincidenza o analogia di riscontri fattuali o di quesiti di diritto da risolvere per la loro adozione, come invece accade nel caso qui esaminato.

8. Con il secondo motivo di appello Fidente S.p.A. ha dedotto in sintesi quanto segue.

8.1. L'esclusione sarebbe stata illegittimamente disposta dalla Commissione in carenza di potere, come da verbale della prima seduta pubblica del 26 febbraio 2020, a cui il RUP non era neppure presente. L'esclusione dalla gara, disposta in assenza di poteri e dunque illegittimamente dalla Commissione, è stata poi comunicata con la nota Protocollo 395/2020/ACQ-27/02/2020 a firma del Direttore generale e RUP dott. Righi che si è limitato a riportare pedissequamente quanto già deciso dalla Commissione, senza neppure ratificare tale decisione.

8.2. Nel caso di specie, prosegue l'appellante, l'unico soggetto cui competeva il potere di escludere l'operatore economico era da riconoscersi esclusivamente in capo alla Stazione appaltante e, per essa, al RUP.

8.3. L'art. 13 del Disciplinare, nel prevedere la competenza ad ammettere o escludere gli operatori economici in capo alla Commissione, si porrebbe in contrasto con l'art. 77, D.lgs. n. 50/2016.

9. Anche questo motivo è infondato.

9.1. A prescindere da ogni altra considerazione, il RUP ha fatto propria la decisione della Commissione esercitando la competenza che gli è attribuita dall'art. 31 del Codice dei contratti. La sentenza impugnata ha correttamente sottolineato questo aspetto su cui non è necessario indugiare oltre.

10. Con il terzo motivo di appello Fidente S.p.A. ha dedotto in sintesi quanto segue.

10.1. Il provvedimento che ha disposto l'esclusione di Fidente sarebbe illegittimo in quanto espressione di una Commissione costituita in spregio alle regole imposte dal Codice.

10.2. La dichiarazione in merito all'insussistenza di cause di incompatibilità – al contrario esistenti – è stata resa in epoca posteriore alla costituzione della Commissione a cui sono stati attribuiti poteri deliberativi previsti dalla lex specialis ma vietati dalla normativa.

11. Anche questo motivo è infondato.

11.1. Gli aspetti da analizzare sono due, uno di carattere formale, uno di carattere sostanziale.

11.2. Sotto l'aspetto formale, la circostanza che la dichiarazione di assenza di cause di incompatibilità sia stata resa dai commissari dopo l'accettazione dell'incarico non ha alcuna conseguenza sulla validità degli atti adottati dalla medesima Commissione.

11.3. L'art. 77 comma 9 del Codice dei contratti così recita: *“9. Al momento dell'accettazione dell'incarico, i commissari dichiarano ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, l'inesistenza delle cause di incompatibilità e di astensione di cui ai commi 4, 5 e 6. Le stazioni appaltanti, prima del conferimento dell'incarico, accertano l'insussistenza delle cause ostative alla nomina a componente della commissione giudicatrice di cui ai commi 4, 5 e 6 del presente articolo, all'articolo 35-bis del decreto legislativo n. 165 del 2001 e all'articolo 42 del presente codice”*.

11.4. Si tratta di una norma che concretizza un principio (quello di imparzialità) o, come viene definito dalla migliore dottrina, un precetto di ottimizzazione.

11.5. Ed è una norma, come tutte le norme (tranne quelle di abrogazione espressa nominata e quelle di interpretazione autentica) che si presenta nella sua forma logica come un enunciato condizionale, il quale statuisce che cosa si debba fare od omettere se si verificano certe circostanze. In altre parole, come ogni enunciato condizionale o ipotetico esso può essere analizzato in due elementi componenti:

- a) un antecedente, o pròtasi, cioè la parte dell'enunciato che determina la condizione;
- b) un conseguente, o apòdosi, cioè la parte dell'enunciato che statuisce la conseguenza.

11.6. La conseguenza che si riconnette alla mancata dichiarazione, contestuale all'accettazione dell'incarico, circa le cause di incompatibilità non può essere

certo quella di invalidare la nomina della Commissione se a tale mancanza non segue l'effettiva sussistenza di una causa di incompatibilità.

11.7. Come sopra anticipato, l'art. 77 del Codice ha quindi concretizzato un precetto di ottimizzazione (il principio di imparzialità). In assenza di precise regole sulle incompatibilità, difatti, si faceva ricorso all'applicazione analogica dell'art. 51 c.p.c., cui non è più necessario riferirsi essendo la regola sulle incompatibilità espressamente prevista dal Codice di contratti che, peraltro, disciplina in modo specifico anche il conflitto di interessi andando al di là della più generale previsione di cui all'art. 6 bis della L. 241 del 1990.

11.8. E' da condividere quindi la motivazione del TAR, seppure succinta, laddove degrada a mera irregolarità la mancanza della dichiarazione contestuale non accompagnata dalla effettiva sussistenza di una causa di incompatibilità.

11.9. Dal punto di vista sostanziale non c'è alcuna incompatibilità, peraltro contestata dall'appellante in modo del tutto generico.

11.10. I commissari erano tutti interni ed è naturale che avessero contezza delle vicende inerenti l'esecuzione del precedente appalto. Questo non incide in alcun modo sulla loro imparzialità. Anche perché, diversamente opinando, in ogni procedura di gara in cui si trovi a partecipare un gestore uscente non potrebbero essere nominati commissari interni che, ragionando per assurdo (mediante l'argomentazione chiamata dimostrazione indiretta) sarebbero sempre influenzati (in positivo o in negativo).

12. Con il quarto motivo di appello Fidente S.p.A. ha dedotto in sintesi quanto segue.

12.1. Aeroporto di Genova S.p.A. non avrebbe motivato la disposta esclusione ma si sarebbe limitata ad un semplice rimando alla "*corrispondenza intercorsa tra le parti*" senza indicare ove sia, anche solo astrattamente, individuabile quella inconfutabile gravità dell'operato idonea a provare, a priori, l'affidabilità dell'operatore economico tale da disporre l'esclusione dalla procedura di gara.

12.2. Un errore sarebbe quindi stato commesso dalla Stazione appaltante che non avrebbe motivato il provvedimento con cui ha disposto l'esclusione di Fidente dalla gara ed uno dal TAR che non avrebbe rilevato tale omissione.

13. Anche quest'ultimo motivo è infondato.

13.1. Il giudice di prime cure ha ben motivato su un punto che risolve la questione. Nel verbale del 26 febbraio 2020 (documento 6 fascicolo di primo grado, produzioni di Aeroporto S.p.A) si fa riferimento:

a) alla circostanza che le penali fossero numerose;

b) alla circostanza che esse fossero recenti, ripetute nel tempo e incidenti sull'efficace svolgimento dei servizi aeroportuali.

13.2. L'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 consente di considerare legittima l'esclusione per gravi illeciti professionali a prescindere dalla circostanza che la vicenda relativa a risoluzioni e penali contrattuali sia sub iudice se l'amministrazione motiva, come ha fatto, l'effettività, la gravità e l'inescusabilità degli inadempimenti dell'impresa.

13.3. L'obbligo di motivazione in capo alla stazione appaltante è formalmente rispettato se l'atto reca l'esternazione del percorso logico-giuridico seguito per giungere alla decisione adottata e il destinatario sia in grado di comprendere le ragioni di quest'ultimo e, conseguentemente, di utilmente accedere alla tutela giurisdizionale (così, Consiglio di Stato, sez. V, 21 luglio 2020, n. 4668). Destinatario che, peraltro, era ben a conoscenza delle vicende relative al precedente contratto essendone stato protagonista. E' da condividere, quindi, anche sotto questo profilo la statuizione del TAR laddove viene disattesa la censura relativa alla mancata attivazione del contraddittorio.

14. In conclusione l'appello deve essere respinto.

15. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

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

l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 340/2021.

Condanna Fidente S.p.a. al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in € 4.000/00 (quattromila) oltre accessori e spese di legge in favore di Aeroporto di Genova S.p.A.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO