



**Giustizia amministrativa**  
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

**Consigli  
Tribunali**

[Torna alla pagina precedente](#)

Publicato il 02/01/2017

**N. 00001/2017REG.PROV.COLL.**

**N. 09484/2013 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione  
Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro  
generale 9484 del 2013, proposto  
da:

Nuova Comafer s.r.l., in persona  
del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dagli avvocati  
Salvatore Della Corte, Luca  
Ruggiero e Concetta Borgese, con  
domicilio eletto presso Studio s.r.l.  
Della Corte in Roma, via Vittorio  
Veneto, 169;

*contro*

Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luisa Torchia e Tommaso Di Nitto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luisa Torchia in Roma, viale Bruno Buozzi, 47;

*nei confronti di*

Vuolo Taddeo s.r.l., non costituita in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza 19 settembre 2013, n. 4210 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Napoli, Sezione I.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Trenitalia s.p.a.;

viste le memorie difensive;

visti gli artt. 34, co. 5, e 38 cod. proc. amm.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2016 il Cons.

Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Alessandro Biamonte, in dichiarata delega dell'avv. Salvatore Della Corte, Tommaso Di Nitto e Luisa Torchia.

#### FATTO e DIRITTO

1.–Trenitalia s.p.a. ha indetto, con atto 15 febbraio 2012, n. 3870738, una procedura aperta per l'affidamento in appalto del «*servizio di revisione porte di salita e di testa su vetture Es City*».

La società Nuova Comafer s.r.l. (d'ora innanzi anche solo Comafer) è stata esclusa dalla suddetta procedura con delibera del responsabile di programmazione materiali e acquisti 5 giugno 2012, n. 43. In particolare, nella predetta delibera si afferma che Comafer, ai fini del possesso del requisito di capacità tecnico organizzativa, si è avvalsa del fatturato della LC Service s.r.l. Nei confronti di quest'ultima, si sottolinea, sussiste la causa ostativa di cui all'art. 38,

comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 163 del 2016, in quanto *«l'impresa ha commesso un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale, accertato mediante comunicazione formale inviata a Trenitalia dalla Procura della Repubblica di Firenze»*.

La gara è stata aggiudicata, pertanto, all'unica concorrente rimasta, Taddeo Vuolo s.r.l, che, però, è stata anch'essa successivamente esclusa per avere reso dichiarazioni false, con la conseguenza che l'appalto non è stato aggiudicato per mancanza di offerte valide.

La Comafer ha impugnato l'atto di esclusione innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, che, con sentenza 19 settembre 2013, n. 4210, ha rigettato il ricorso.

2.– La ricorrente in primo grado ha proposto appello per i motivi riportati nei successivi punti.

2.1.– Si è costituita in giudizio Trenitalia, chiedendo il rigetto dell'appello.

3.– La causa è stata decisa all'esito dell'udienza pubblica del 20 dicembre 2016.

4.– L'appello è fondato nei limiti di seguito indicati.

5.– Con un unico articolato motivo si assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto illegittima la determinazione impugnata per non avere considerato che il grave errore nell'esercizio dell'attività professionale atterrebbe all'incidenza di un'anomalia nella fase di esecuzione di un contratto. Non potrebbero, pertanto, essere posti a base della decisione amministrativa fatti di reato che sarebbero stati ritenuti, in gran parte, non sussistenti dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli. Si assume, inoltre, un difetto di motivazione, di istruttoria dell'atto impugnato, nonché l'illegittimità dello stesso perché sarebbe stato adottato senza il rispetto delle garanzie di partecipazione.

Il motivo è, nei limiti di seguito indicati, fondato.

L'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, vigente *ratione temporis*, indica le seguenti cause di esclusione: *i)* esistenza di una sentenza di condanna passata in giudizio in relazione a taluni reati specificamente indicati (lettera *c*); *ii)* commissione di un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale «*accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante* (lettera *f*).

Tale ultima previsione assegna un ampio potere di valutazione alla stazione appaltante di verificare se l'operatore economico ha violato «*doveri professionali nell'esecuzione delle obbligazioni rivenienti da precedente rapporti contrattuali*» in modo da escludere «*l'affidabilità tecnico-professionale del potenziale aggiudicatario*» (Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2014, n. 6541).

Il Collegio rileva che tali elementi possono anche essere desunti dall'amministrazione, come ritenuto

dal primo giudice, da fatti penalmente rilevanti oggetto di appositi procedimenti. Ma a tale fine è necessario che l'amministrazione individui con precisione quali siano le condotte esecutive rilevanti che hanno integrato gli estremi del grave errore professionale e determinato la interruzione del rapporto fiduciario. Nel caso in esame il rappresentante legale della società è stato indagato per reati per molti dei quali poi il GIP e il Tribunale di Napoli hanno accertato l'estraneità dai fatti contestati. Era onere della stazione appaltante individuare gli specifici episodi, afferenti alla fase esecutiva di precedenti rapporti, in grado di inficiare il rapporto con l'appellante. Non è, dunque, sufficiente un mero richiamo alla comunicazione proveniente dalla Procura di Firenze. In mancanza di tale puntuale motivazione non è possibile un efficace sistema di tutela della parte e non si consente neanche un effettivo sindacato

giurisdizionale. Né potrebbero essere prese in esame le deduzioni difensive di Trenitalia, contenute, in particolare, nella memoria del 6 dicembre 2016 in cui si fa riferimento a questioni di rilevanza esecutiva, quali la mancata corresponsione di penali, trattandosi di una non consentita integrazione in giudizio della motivazione.

In definitiva, nel caso in cui la stazione appaltante desume da procedimenti penali l'esistenza di fatti idonei ad integrare gli estremi del grave errore professionale ha l'onere di una puntuale descrizione di tali fatti e della loro incidenza causale sul rapporto fiduciario al fine di evitare che si realizzi una automatica sovrapposizione di una fattispecie dotata di una sua autonomia (art. 38, comma 2, lettera c) con altra fattispecie dotata anch'essa di proprie caratteristiche identificative (art. 38, comma 2, lettera g), in violazione del principio

di tassatività della cause di esclusione.

6.– Alla luce di quanto sin qui esposto, l'appello va accolto limitatamente al difetto di adeguata motivazione dell'atto esclusione. Ne consegue che Trenitalia potrà riesercitare il potere nel rispetto degli effetti conformativi derivanti dalla presente sentenza.

7.– La natura della decisione e le ragioni su cui essa si fonda giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

- a) accoglie, nei limiti di cui in motivazione, l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe;
- b) dichiara integralmente compensato tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera  
di consiglio del giorno 20 dicembre  
2016 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Giulio Castriota Scanderbeg,

Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato,

Consigliere, Estensore

Daniele Ravenna, Consigliere

<b>L'ESTENSORE</b>	<b>IL PRESIDENTE</b>
<b>Vincenzo Lopilato</b>	<b>Sergio Santoro</b>

**IL SEGRETARIO**

© 2014 - [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it)

[Mappa del sito](#)

[Guida al sito](#)

[Regole di accesso](#) [Accessibilità](#)

[Condizioni di utilizzo](#) [Informativa privacy](#)