

N. 04502/2015REG.PROV.COLL.

N. 07573/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 7573 del 2012, proposto dal Comune di Bari, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Rossana Lanza e Rosa Cioffi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Roberto Ciociola in Roma, viale delle Milizie, n. 2;

contro

Sabato Viaggi di Sabato Michele, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Vito Aurelio Pappalepore e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia - Bari Sezione I n. 1251 del 26 giugno 2012, resa tra le parti, concernente affidamento servizio trasporto scolastico

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'impresa di trasporto Sabato Viaggi di Sabato Michele;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2015 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avvocato Roberto Ciociola su delega degli avvocati Rosa Cioffi e Rossana Lanza, l'avvocato Andrea Manzi e l'avvocato Vito Aurelio Pappalepore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il Comune di Bari, con bando del 2008, indiceva una gara a pubblico incanto suddivisa in sei lotti, avente ad oggetto il servizio di trasporto scolastico a favore degli alunni frequentanti le scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di 1° grado per gli anni scolastici 2010 – 2011 e gennaio – maggio 2012.

I lotti numeri 2 e 5 venivano aggiudicati provvisoriamente al raggruppamento con capogruppo la ditta Sabato Viaggi di Sabato Michele (d'ora innanzi solamente Sabato Viaggi).

Successivamente, la commissione di gara, essendo venuta a conoscenza della pendenza di indagini penali con richiesta di rinvio a giudizio e fissazione dell'udienza preliminare nei confronti di Sabato Michele, delle società del raggruppamento con capogruppo Sabato Viaggi e di altre società di trasporto, relativamente all'attività di gestione del servizio di trasporto scolastico negli anni 2006 – 2007, disponeva istruttoria volta ad accertare l'effettiva sussistenza di inadempienze contrattuali rilevanti ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 38, comma 1, lettera f) del d. lgs. n. 163 del 2006.

Conclusa l'istruttoria con determina n. 2011/210/0001, il Dirigente PEGS accertava la grave negligenza e malafede nell'esecuzione del contratto di appalto di trasporto scolastico 2006 – 2007 a carico di più società ed anche della ditta Sabato Viaggi.

La Commissione di gara, in data 24 gennaio 2011, prendeva atto della suddetta determina dirigenziale e disponeva l'esclusione dalla gara del raggruppamento con capogruppo la ditta Sabato Viaggi.

2.- Con ricorso notificato dinanzi al TAR Puglia in data 3 febbraio 2010, integrato da motivi aggiunti, la ditta Sabato Viaggi chiedeva l'annullamento degli atti su indicati, ed in particolare,

a) della determinazione dirigenziale del Comune di Bari del 4 gennaio 2011, ad oggetto "Servizio trasporto scolastico. Accertamento grave negligenza e malafede";

b) del provvedimento assunto dalla commissione di gara del 24 gennaio 2011 di esclusione dalla gara del raggruppamento temporaneo costituito da Sabato Viaggi, Europa Bus di Petruzzelli & C. s.n.c. da Petruzzelli Vito e Paolo Scoppio e figlio s.r.l.;

c) del provvedimento dirigenziale n. 5844 del 12 agosto 2011 adottato dal Comune di Bari in sede di riesame che confermava il giudizio di grave negligenza e malafede espresso con la determina dirigenziale 2011/9 del 4 gennaio 2011, nonché la condanna dell'amministrazione comunale di Bari al risarcimento del danno mediante reintegra in forma specifica e, in subordine, per equivalente con ristoro dei danni patiti e patendi conseguenti alla illegittimità dei provvedimenti gravati, anche per perdita di *chance*, spese di partecipazione alla gara e danni morali.

3.- Il TAR Puglia, con la sentenza n. 1251 del 26 giugno 2012, dichiarava in parte inammissibile ed in parte improcedibile il ricorso originario; accoglieva il ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto annullava la determina dirigenziale n. 2011/05844 del 12 agosto 2011; respingeva la domanda di risarcimento danni e compensava le spese di giudizio.

Ad avviso del TAR la rilevanza della negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali andrebbe commisurata in concreto al pregiudizio arrecato all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre *ex ante* nell'impresa con cui decide di intraprendere un nuovo rapporto contrattuale, essendo l'esclusione dalla gara prevista a presidio dell'elemento fiduciario e non avendo carattere sanzionatorio.

Sulla base di tali considerazioni concludeva nel senso che il giudizio di inaffidabilità espresso dal Comune di Bari, motivato attraverso il richiamo alle infrazioni accertate dagli organi di polizia giudiziaria per gli anni 2006 – 2007 (sostituzione di quattro automezzi in difetto della preventiva autorizzazione; mancanza di copertura assicurativa per cinque automezzi; mancata revisione per un automezzo) tutte contestate motivatamente dalla interessata, sarebbe irragionevole e sproporzionato, trattandosi di inadempienze di modesta gravità, circoscritte ad aspetti prettamente formali, atteso che non sarebbe mai stato utilizzato un automezzo non assicurato o non revisionato e che gli eventuali ritardi nel rinnovo delle assicurazioni degli autoveicoli utilizzati o della revisione non avevano prodotto ripercussioni concrete sulla qualità del servizio e sulla sicurezza degli utenti, essendo stata al contrario attestata la regolare esecuzione delle prestazioni da parte degli istituti scolastici.

Il TAR concludeva di conseguenza per l'insussistenza in concreto dei presupposti per l'applicazione della misura interdittiva di cui all'articolo 38, comma 1, lettera f) del codice dei contratti pubblici.

4.- Con l'atto di appello in esame il Comune di Bari ha impugnato la suindicata sentenza nella parte in cui ha annullato la determina dirigenziale del 12 agosto 2011, deducendo:

a) contraddittorietà ed erroneità della sentenza per mancanza di lesività dell'atto annullato;

b) violazione dei limiti della giurisdizione del giudice amministrativo nei confronti dell'autorità giudiziaria ordinaria in tema di interpretazione ed applicazione dell'articolo 38, comma 1, lettera f) del d. lgs. n. 163 del 2006;

c) eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nel merito dell'azione amministrativa in relazione all'interpretazione e applicazione dell'articolo 38, comma 1, lettera f) del d. lgs. n. 163 del 2006.

5.- Si è costituita in giudizio la ditta Sabato Viaggi e ha chiesto il rigetto dell'appello ed ha depositato la sentenza resa dal Tribunale di Bari n. 1099 del 2014, depositata il 5 gennaio 2015, che ha assolto Michele Sabato dalle imputazioni ascritte per i reati di truffa e turbativa di pubblici incanti, ha dichiarato non sussistere gli illeciti amministrativi relativi al rinnovo delle assicurazioni e della revisione degli autoveicoli e ha dichiarato non doversi procedere perché estinti per prescrizione le imputazioni per reati minori, evidenziando anche il comportamento contraddittorio tenuto dal Comune di Bari che ha prorogato il rapporto contrattuale interessato dagli asseriti inadempimenti e dall'asserita grave negligenza per il periodo 24 settembre 2007 – 20 dicembre 2007 ed ha aggiudicato alla stessa impresa il servizio scolastico per gli anni scolastici 2008 – 2009 ed ha prorogato per ben due volte questo rapporto fino al 31 marzo 2010, senza effettuare alcun rilievo sull'esecuzione del servizio.

6.- Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e, alla pubblica udienza dell'11 giugno 2015, il giudizio è stato assunto in decisione.

7.- L'appello è fondato e va accolto.

8.- Deve premettersi che, alla stregua della consolidata giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato, l'elemento che caratterizza la misura interdittiva di cui all'articolo 38, comma 1, lettera f) del codice dei contratti pubblici è il pregiudizio arrecato, a causa della negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali, alla fiducia che la stazione appaltante deve poter riporre *ex ante* nell'impresa alla quale affidare un servizio di interesse pubblico ed include di conseguenza presupposti squisitamente soggettivi, incidenti sull'immagine della stessa agli occhi della stazione appaltante.

Ne consegue che, esclusa la natura sanzionatoria di detta misura, l'ambito operativo prescinde dalla rilevanza penale dei comportamenti ascritti e degli inadempimenti contrattuali e dalla necessità di una sentenza penale di condanna per i fatti contestati, venendo in rilievo solamente la loro incidenza sull'elemento fiduciario che connota i rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione.

In questa prospettiva il requisito della grave negligenza e malafede non presuppone il definitivo accertamento di tale comportamento, essendo sufficiente la valutazione fatta dalla stessa amministrazione, ed il giudice amministrativo nell'esame degli atti non può rivalutare nel merito i fatti già vagliati dall'amministrazione nel provvedimento impugnato (Cons. Stato, V, 16 agosto 2010, n. 5725), dovendosi limitare ad un controllo *ex externo* onde accertare la mera pretestuosità del giudizio di inaffidabilità dell'impresa.

Come ha precisato la Cassazione (cfr. Cass. sez. un., 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313; 14 gennaio 1997, n. 313; 22 dicembre 2003, n. 19664), in tema di contenzioso per l'esclusione da gara di appalto ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera f), del d. lgs. n. 163 del 2006 per inadempimenti in precedenti contratti, la decisione di esclusione per deficit di fiducia è frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il legislatore riserva la individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" nel pregresso o futuro contraente.

Pertanto il controllo del giudice amministrativo su tale valutazione discrezionale deve essere svolto *ab extrinseco*, ed è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non è mai sostitutivo.

Il sindacato sulla motivazione del rifiuto deve, pertanto, essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante come ragione di rifiuto e non può avvalersi di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa

La sostituzione da parte del giudice amministrativo della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità dell'amministrazione costituisce ipotesi di sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata all'amministrazione, quand'anche l'eccesso in questione sia compiuto da una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell'area dell'annullamento dell'atto.

9.- Ciò posto in via di principio, è indubbio che la sentenza impugnata ha disatteso i limiti al potere giurisdizionale del giudice di legittimità, avendo ritenuto che la valutazione dell'amministrazione comunale di considerare gravi le infrazioni accertate in capo alla Sabato Viaggi alla luce delle previsioni del capitolato speciale e per ciò solo incidenti sull'affidabilità dell'appaltatore, sarebbe manifestamente sproporzionata e irragionevole a fronte delle infrazioni accertate in capo alla Sabato Viaggi.

Il Comune - si assume nella sentenza – non avrebbe confutato in punto di fatto le argomentazioni dell'impresa, concludendo nel senso della loro gravità e incidenza sull'affidabilità.

Così argomentando il TAR ha invaso non solo l'ambito di giurisdizione spettante al giudice ordinario nella materia della esecuzione del contratto ma la stessa sfera di potere riconosciuta in materia alla pubblica amministrazione, atteso che nell'indagine demandata al giudice amministrativo, il requisito della grave negligenza e malafede non presuppone il definitivo accertamento di tale comportamento, essendo sufficiente la valutazione fatta dalla stessa amministrazione e non può rivalutare nel merito i fatti già vagliati dall'amministrazione nel provvedimento impugnato (Cons. Stato, V, 16 agosto 2010, n. 5725).

Orbene è incontestabile che il TAR nell'accertare la sussistenza degli elementi di cui all'articolo 38, comma 1, lettera f) del codice dei contratti pubblici ha sostanzialmente compiuto un accertamento palesemente rivolto non tanto alla verifica dell'eventuale figura sintomatica dell'eccesso di potere, quanto alla valutazione operata dalla stazione appaltante ai fini del riconoscimento della causa ostativa di cui all'articolo 38, comma 1, lettera f), ovvero della sussistenza delle gravi negligenze e della malafede idonee a compromettere il rapporto fiduciario.

Il TAR non ha confutato i fatti valutati dall'amministrazione, ma la valutazione che ne ha fatto l'amministrazione ai fini dell'affidabilità, ingerendosi in valutazioni rimesse alla discrezionalità dell'amministrazione.

Così operando è incorso nella figura sintomatica dell'eccesso di potere giurisdizionale denunciabile ai sensi dell'articolo 111, comma 8 della Costituzione sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, essendosi spinto alla valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, così che la volontà dell'organo giudicante si è sostituita a quella dell'amministrazione.

In sostanza, la sentenza dietro la rilevata contraddittorietà del comportamento del Comune che non avrebbe contestato tempestivamente gli inadempimenti relativi alla gestione del servizio 2006 – 2007 e avrebbe concesso proroghe alla ditta, è entrato nel merito dell'azione amministrativa e delle sue valutazioni, sostituendosi all'amministrazione nella valutazione delle gravi negligenze e dei relativi effetti ai fini del giudizio prognostico sulla sua affidabilità nella gestione del servizio.

Ne consegue la fondatezza del vizio di eccesso di potere giurisdizionale della sentenza dedotto con il terzo motivo di appello dal Comune di Bari.

10.- Assume, invero, la società appellata che i fatti posti a base della determina impugnata, ovvero le gravi infrazioni commesse dalla ditta alle obbligazioni assunte contrattualmente e che avrebbero comportato il provvedimento interdittivo di cui all'articolo 38, comma 1, lett. f) sarebbero risultati infondati in fatto, come emerso dalla sentenza del GIP di Bari di assoluzione per quasi tutti i capi di imputazione e di accertamento della mancanza di illegittimità dei comportamenti ad essa ascritti.

Invero, la valutazione dei fatti contenuti nella sentenza penale di assoluzione della ditta Sabato Viaggi dalle imputazioni ascritte esclude il ricorrere nella fattispecie della truffa e della turbativa d'asta e confuta perché prive di rilevanza giuridica o insussistenti le circostanze in ordine al pagamento dell'assicurazione oltre la data di scadenza ma nel termine di copertura assicurativa ed anche quello in ordine all'uso di autoveicoli non revisionati, perché consentita dalla motorizzazione ove sia stata effettuata la prenotazione della revisione.

Ciò non esclude che le infrazioni contestate all'impresa ed oggetto di indagine penale, al momento della formalizzazione nell'atto di rinvio a giudizio dell'impresa abbiano creato nell'amministrazione quel deficit di fiducia che ne ha comportato l'esclusione dalla gara, tutt'altro che pretestuoso in quel momento in cui si doveva essere formalizzato l'affidamento del servizio.

Non ha pregio di conseguenza la prospettazione della ditta appellata sulla volontà del Comune di liberarsi di un contraente fastidioso e di aver utilizzato a tal fine l'avvio dell'indagine penale, risultando al contrario che la gestione della ditta non è stata mai oggetto di contestazioni da parte del Comune e che i fatti contestati penalmente abbiano messo in crisi quel rapporto fiduciario riposto in essa.

Ne consegue che l'assoluzione dalle imputazioni ascritte, essendo sopravvenuta ai provvedimenti impugnati, non può costituire parametro di valutazione della disposta esclusione dalla gara, potendo eventualmente rilevare per il futuro.

Sta al Comune valutare le nuove circostanze ed adottare eventuali provvedimenti sulla base di esse.

In conclusione, per le ragioni esposte, l'appello deve essere accolto.

Sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/09/2015

IL SEGRETARIO

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