



[Indietro](#)

Publicato il 12/07/2018

**N. 04266/2018REG.PROV.COLL.**

**N. 05965/2017 REG.RIC.**



logo

**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 5965 del 2017, proposto da Cosmopol s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Gianluigi Pellegrino e dall'Avvocato Arturo Testa, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, n. 11;

*contro*

Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo r.t.i. con Istituto di Vigilanza La Ronda del Materano di Trambarulo Carmine, Istituto di Vigilanza “L’Aquila” Società Cooperativa, Lupo Lucano Servizi di Vigilanza di Stefano Rocco Bonora & C. s.a.s., Tigerpol Soc. Coop., rappresentata e difesa dall’Avvocato Mario Sanino, dall’Avvocato Francesco Calculli e dall’Avvocato Fernanda Chiarelli, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Mario Sanino in Roma, viale dei Parioli, n. 180;

*nei confronti*

Azienda Sanitaria Locale di Matera, non costituita nel presente grado del giudizio;

*della sentenza n. 252 del 28 luglio 2017 del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, sez. I, resa tra le parti sopra intestate, concernente la domanda di annullamento:*

- dell'atto di ammissione disposto a verbale n. 2 del 25 maggio 2015 e ratificato con determinazione del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale di Matera (ASM) nell'ambito della procedura negoziata indetta dall'Azienda stessa per l'affidamento temporaneo del servizio di vigilanza degli immobili;

- del verbale del seggio di gara n. 1 del 9 marzo 2017 e della successiva nota del Responsabile del procedimento del 12 aprile 2017, con i quali è stato deciso di attivare nei confronti della Cosmopol s.p.a. il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016;

letti il ricorso in appello e i relativi allegati;

letto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale di Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l., in proprio e in qualità di mandataria con il costituendo r.t.i. con Istituto di Vigilanza L'Aquila

Soc. Coop., Istituto di Vigilanza La Ronda del Materano di Trambarulo Carmine, Lupo Lucano Servizi di Vigilanza di Stefano Rocco Bonora e C. s.a.s., Tigerpol Soc. Coop.;

letti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2018 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierna appellante principale, Cosmopol s.p.a., l'Avvocato Gianluigi Pellegrino, e per l'odierna appellante incidentale, Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l., l'Avvocato Francesco Calculli e l'Avvocato Mario Sanino;

#### FATTO e DIRITTO

1. Con la delibera n. 110 del 31 gennaio 2017, l'Azienda Sanitaria Locale di Matera (di qui in avanti, per brevità, l'Azienda) ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento temporaneo, nelle more dell'espletamento della corrispondente gara regionale, del servizio di vigilanza degli immobili di proprietà dell'Azienda stessa per

un importo a base d'asta di € 604.925,00, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso.

1.1. L'odierna appellante principale, Cosmopol s.p.a., invitata alla procedura predetta in qualità di soggetto iscritto all'albo aziendale dei fornitori per il predetto servizio, ha presentato un'offerta e ha allegato, a norma dell'art. 8 del disciplinare di gara, il documento di gara unico europeo (DGUE), ivi dichiarando di non trovarsi in alcuna delle situazioni di cui all'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016.

1.2. Cosmopol s.p.a. è stata perciò ammessa alla prosecuzione della procedura, in base alla delibera n. 537 del Direttore Generale della Azienda, pubblicata sull'albo pretorio dell'Azienda in data 1° giugno 2017.

2. Tale delibera è stata impugnata avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata dal r.t.i. avente per mandataria l'odierna appellante incidentale, Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l., e per

mandanti l'Istituto di Vigilanza L'Aquila Soc. Coop., l'Istituto di Vigilanza La Ronda del Materano di Trambarulo Carmine, Lupo Lucano Servizi di Vigilanza di Stefano Rocco Bonora e C. s.a.s., Tigerpol Soc. Coop.

2.1. Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l., quale mandataria del r.t.i., ha impugnato il predetto atto di ammissione alla gara della Cosmopol S.p.A., deducendo che essa sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara, in quanto:

*a)* in violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50 del 2016, in precedenti gare Cosmopol s.p.a. non aveva dichiarato due risoluzioni contrattuali per inadempimento, ottenendone illegittimamente l'aggiudicazione, come statuito dalla V sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 122 del 18 gennaio 2016 e la sentenza n. 2928 del 15 giugno 2015;

*b)* Cosmopol s.p.a., comunque, non aveva dichiarato l'ulteriore

risoluzione contrattuale, richiamata dalla sentenza n. 860 del 25 giugno 2016 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, adottata dal Comune di Brindisi il 22 giugno 2015 nei confronti della Sveviapol Sud s.r.l., che era già stata acquisita dalla Cosmopol s.p.a. in data 30 marzo 2015 e, pertanto, tale omissione non poteva essere sanata con il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016, in quanto l'omessa indicazione di quest'altra risoluzione contrattuale non aveva consentito al seggio di gara di esaminarla, ai fini di una sua valutazione come grave illecito professionale;

c) la stazione aveva trascurato che dall'accordo transattivo dell'11 giugno 2014 tra Cosmopol s.p.a. e Napoli Holding s.p.a., relativo ad una delle due risoluzioni contrattuali indicate nella domanda di partecipazione alla gara di cui è causa, si evinceva che Cosmopol

s.p.a. non aveva consegnato ed accreditato valori ritirati pari a € 253.583,40 e che tale somma era stata consegnata dalla Cosmopol s.p.a. soltanto dopo che la Napoli Holding aveva adito il Tribunale di Napoli, oltre all'escussione della cauzione di € 2.260,00 ed al pagamento anche di € 4.884,18 a titolo di penale e di € 14.607,81 a titolo di risarcimento danni.

2.2. La ricorrente, in via subordinata, ha anche articolato in primo grado un secpmdp motivo con cui ha chiesto la ripetizione della gara, in quanto il seggio di gara, in violazione dell'art. 77, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016, era stato presieduto dal responsabile del procedimento, eccependo anche l'illegittimità costituzionale di tale norma per contrasto con gli artt. 3 e 97 della Costituzione, se interpretata come applicabile soltanto con riferimento ai procedimenti con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa,

in quanto anche nelle gare, come quella in esame, con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso il seggio di gara svolge le funzioni di organo valutatore dei requisiti di ammissione al procedimento.

2.3. Si sono costituite nel primo grado del giudizio l'Azienda e la controinteressata Cosmopol S.p.A. le quali, oltre a sostenere l'infondatezza del ricorso, hanno anche eccepito l'inammissibilità del secondo motivo di impugnazione, in quanto non afferente all'ammissione e/o esclusione di un offerente.

2.4. Con la sentenza n. 532 del 28 luglio 2017 il Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata ha accolto l'eccezione di inammissibilità del secondo motivo di impugnazione, sollevata dall'Azienda e da Cosmopol s.p.a., ritenendo che con il ricorso *ex art.* 120, comma 2-*bis*, c.p.a., di impugnazione dell'atto di ammissione ad una gara di appalto pubblico, non possono essere

articolate censure diverse da quelle attinenti ai requisiti di ammissione al procedimento e, pertanto, ha dichiarato inammissibile la parte del ricorso finalizzata alla ripetizione della gara.

2.5. Nella medesima sentenza, tuttavia, il Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata ha accolto uno dei motivi di ricorso proposti da Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l., volti a determinare l'esclusione di Metropol s.p.a. dalla gara.

2.6. Il primo giudice, richiamando quanto statuito dal medesimo Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata con la recente sentenza n. 502 del 17 luglio 2017 (pure impugnata avanti a questo Consiglio di Stato e di cui si dirà successivamente), ha ritenuto che risulterebbe rilevante l'altra risoluzione contrattuale, pure invocata da Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l., adottata dal Comune di Brindisi con delibera di Giunta n. 174 del 22 giugno 2015 e con la determinazione dirigenziale

n. 177 del 24 agosto 2015, anche se si riferisce all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva del 17 giugno 2014 e alla risoluzione del contratto di appalto del 30 ottobre 2014 nei confronti dell'a.t.i. verticale, composta dalla mandataria Sveviapol Sud s.r.l. (che si era avvalsa, per i requisiti di ammissione della Cosmopol s.r.l., e si era impegnata ad espletare il servizio di vigilanza degli uffici giudiziari di Brindisi) e la mandante Securline Service s.r.l. (che si era impegnata a svolgere il servizio di portierato presso gli stessi immobili).

2.7. Al riguardo, il primo giudice ha rilevato che i predetti istituti di vigilanza, costituenti la suddetta a.t.i. aggiudicataria del servizio di vigilanza e portierato degli uffici giudiziari di Brindisi, avevano giustificato il prezzo offerto, dichiarando che le 8 guardie giurate e l'addetto al servizio di portierato beneficiavano degli sgravi contributivi, perché assunti dalle

listi di mobilità o disoccupati da oltre 24 mesi, ma la stazione appaltante aveva accertato presso gli uffici di collocamento che non si trattava di lavoratori sempre impiegati dalla Sveviapol Sud s.r.l. e dalla Securline Service s.r.l., che non fruivano di alcun sgravio contributivo, sicché l'a.t.i. aggiudicataria veniva esclusa dalla gara, in quanto la sua offerta risultava anomala.

2.8. Inoltre, il Comune di Brindisi, con le suindicate delibera di Giunta n. 174 del 22 giugno 2015 e con la determinazione dirigenziale n. 177 del 24 agosto 2015, aveva contestato alla suddetta a.t.i. aggiudicataria la mancata comunicazione alla stazione appaltante della cessione da parte della mandante Securline Service s.r.l. del ramo d'azienda, relativo al servizio di portierato, alla mandataria Sveviapol Sud S.r.l., con la sostituzione dell'appaltatore a.t.i. Sveviapol Sud s.r.l.-Securline Service s.r.l. nella sola Sveviapol

Sud s.r.l., omissione che veniva sanzionata con l'esclusione dalla partecipazione alle future gare d'appalto, indette dal Comune di Brindisi, e con la segnalazione all'ANAC.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata ha ritenuto, nella sentenza qui impugnata, di non condividere la tesi della controinteressata Cosmopol s.p.a., secondo cui essa non avrebbe dovuto dichiarare nella domanda di partecipazione alla procedura negoziata di cui è causa la suindicata risoluzione contrattuale, disposta dal Comune di Brindisi nei confronti dell'a.t.i. Sveviapol Sud S.r.l.-Securline Service S.r.l. e non anche nei confronti della Cosmopol s.p.a.

3.1. Infatti, prescindendo dalla questione se l'omessa comunicazione alla stazione appaltante della cessione d'azienda costituisca un grave illecito professionale *ex art. 80, comma 5, lett. c)*, del d. lgs. n. 50 del 2016

oppure un inadempimento contrattuale, che non atterrebbe alla moralità professionale e/o all'affidabilità/capacità tecnico professionale, come sembrerebbe evincersi dal paragrafo II delle Linee Guida, emanate dall'ANAC con la deliberazione n. 1293 del 16 novembre 2016, in attuazione dell'art. 85, comma 13, del d. lgs. n. 50 del 2016, il primo giudice ha ritenuto che la medesima omissione, da parte della Cosmopol s.p.a., della dichiarazione della risoluzione contrattuale, disposta dal Comune di Brindisi, era stata sanzionata dall'Autorità Portuale di Brindisi con l'esclusione della Cosmopol s.p.a. dalla gara per la vigilanza dei beni immobili della predetta Autorità Portuale.

3.2. L'impugnazione di tale esclusione era stata respinta dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, con la sentenza n. 860 del 25 maggio 2016, rilevando che la Cosmopol s.p.a. era subentrata nel

servizio di vigilanza e portierato degli uffici giudiziari di Brindisi in virtù della suindicata cessione del ramo di azienda del 30 marzo 2015, che prevedeva espressamente all'art. 5 il subentro nei contratti di appalto della Sveviapol Sud s.r.l., prima della risoluzione contrattuale del 22 giugno 2015 e, quindi, quando già Cosmopol s.p.a. era subentrata alla Sveviapol Sud s.r.l., ed evidenziando anche la circostanza che a dimostrazione che *«la revoca ha colpito proprio la ricorrente, risulta che le controdeduzioni al Comune di Brindisi sono state presentate proprio dalla ricorrente ed è questa che ha proposto ricorso avverso il provvedimento di risoluzione davanti al TAR»*.

3.3. Tale sentenza n. 860 del 25 maggio 2016 è stata appellata dalla Cosmopol s.p.a., ha rilevato ancora il primo giudice, e la V sezione del Consiglio di Stato dapprima con l'ordinanza n. 2350 del 23 giugno 2015 ne ha sospeso l'efficacia e, poi, con la sentenza n. 747 del 20 febbraio 2017 ha dichiarato

improcedibile l'appello per la mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione conclusivo dello stesso procedimento di evidenza pubblica.

3.4. Pertanto, secondo il Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, la predetta sentenza n. 860 del 25 maggio 2016 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, nella parte in cui ha statuito che la risoluzione del contratto del servizio di vigilanza e portierato degli uffici giudiziari di Brindisi è stata pronunciata nei confronti della Cosmopol s.p.a., ha acquisito efficacia di giudicato e da ciò discende che la controinteressata avrebbe dovuto dichiarare nella domanda di partecipazione alla gara in esame la suddetta risoluzione contrattuale, disposta dal Comune di Brindisi con la deliberazione di Giunta n. 174 del 22.6.2015 e con la determinazione dirigenziale n. 177 del 24 agosto 2015 nei confronti dell'a.t.i. Sveviapol Sud

S.r.l.-Securline Service s.r.l. dopo che la mandataria Sveviapol Sud s.r.l. aveva acquisito la mandante Securline Service s.r.l. e dopo che la Cosmopol S.p.A. in data 30 marzo 2015 aveva acquisito l'Istituto di Vigilanza Sveviapol Sud s.r.l., tenuto conto della circostanza che, nella specie, il termine di presentazione delle offerte scadeva dopo la pubblicazione delle predette sentenze alle ore 12,00 del 24 febbraio 2017.

3.5. Conseguentemente, poiché tale omissione rientrerebbe nell'ambito della fattispecie giuridica contemplata dal suindicato art. 80, comma 5, lett. c), del d. lgs n. 50 del 2016, di aver fornito *«anche per negligenza informazioni suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione»* e/o di aver omesso di indicare *«le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione»*, la controinteressata Cosmopol s.p.a. doveva essere esclusa dalla gara in questione.

4. Avverso la sentenza n. 532 del 2017 del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, nella parte in cui ha statuito la sua esclusione dalla gara per le appena ricordate ragioni, ha proposto appello principale Cosmopol s.p.a., con tre distinti motivi, e ne ha chiesto, previa sospensione, la riforma, con la conseguente integrale reiezione del ricorso proposto in primo grado da Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l.

4.1. Si è costituito Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l. che, oltre a chiedere la reiezione dell'appello principale, ha proposto appello incidentale, con il quale ha contestato la reiezione degli altri motivi proposti in primo grado.

4.2. Nella camera di consiglio del 21 settembre 2017 il Collegio, sull'accordo delle parti, ha rinviato la causa per la sollecita trattazione del merito all'udienza pubblica.

4.3. Nella pubblica udienza del 22 febbraio 2018 il Collegio, sentiti i

difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

4.4. Con l'ordinanza n. 1198 del 27 febbraio 2018 il Collegio, nel rilevare che era stata appellata una decisione del medesimo Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata – la già citata sentenza n. 502 del 17 luglio 2017 – relativa alle medesime questioni e che l'appello era stato trattenuto in decisione dalla V sezione del Consiglio di Stato nell'udienza del 25 gennaio 2018, ha disposto il differimento della trattazione all'udienza pubblica del 26 giugno 2018.

4.5. Nella pubblica udienza del 26 giugno 2018 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

5. L'appello principale di Cosmopol s.p.a. deve essere accolto.

6. Giova qui richiamare, anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 88, comma 2, lett. d), c.p.a., la recente decisione di questo Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2063, che ha riformato l'analoga sentenza

n. 502 del 17 luglio 2017 del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, decisione in attesa della quale questa Sezione, come si è accennato, aveva disposto un breve differimento dell'udienza pubblica con l'ordinanza n. 1198 del 27 febbraio 2018.

6.1. In detta pronuncia, che questo Collegio integralmente condivide, fa propria e richiama in tutte le sue motivazioni, questo Consiglio di Stato ha rilevato che, quanto alla risoluzione contrattuale disposta dal Comune di Brindisi, il giudizio civile promosso contro l'atto di risoluzione risulta tuttora pendente, *«mentre il parallelo contenzioso amministrativo contro lo stesso atto, come evidenziato nell'ordinanza cautelare di questa Sezione 6 ottobre 2017, n. 4306, non ha nessun effetto, poiché nessun vincolo può derivare dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 747-2017, che si è limitata a dichiarare l'improcedibilità dell'appello e con esso, sia pure implicitamente, del ricorso di primo grado, per la sopravvenuta carenza di interesse*

*derivante dalla mancata impugnazione della nuova aggiudicazione nelle more intervenute»* (Cons. St., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2063).

6.2. È evidente, dunque, che la risoluzione adottata dal Comune di Brindisi, diversamente da quanto ha ritenuto la sentenza qui impugnata, non può dispiegare alcun effetto escludente, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50 del 2016, in quanto la risoluzione, impugnata avanti al giudice civile, è tuttora oggetto di contestazione in giudizio, con la conseguenza che tale risoluzione in nessun modo può ritenersi *«confermata all'esito di un giudizio»*, come prevede lo stesso art. 80 appena richiamato.

6.3. L'appello principale di Cosmopol s.p.a., pertanto, deve essere accolto quanto al primo (pp. 4-7 del ricorso) e al secondo motivo (pp. 7-14 del ricorso), avendo il primo giudice erroneamente escluso la stessa Cosmopol s.p.a. dalla gara in base alla ritenuta, e e invece insussistente, violazione dell'art. 80,

comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50 del 2016, per le assorbenti ragioni sin qui espresse, con la conseguente improcedibilità del terzo motivo (pp. 14-16 del ricorso) per carenza di interesse.

7. Devono ora essere esaminati i motivi di appello incidentale, proposti da Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l., che contesta la reiezione degli altri motivi di ricorso escludente proposti in primo grado.

8. L'appello incidentale è infondato.

9. Con un primo, articolato, motivo (pp. 7-16 del ricorso) l'odierna appellante incidentale lamenta come non vi sia stata, da parte di Cosmopol s.p.a., una dichiarazione della risoluzione adottata dal Comune di Brindisi né all'atto di partecipare alla gara né, una volta richiestane dalla stazione appaltante con la nota del 12 aprile 2017, che pure aveva formulato una richiesta di eventuali altri atti di risoluzione anticipata, nemmeno in sede di soccorso istruttorio nel successivo

termine perentorio di dieci giorni fissate dall'Azienda.

9.1. L'appellante incidentale lamenta l'omissione dichiarativa, da parte di Cosmopol s.p.a., in quanto assume che essa, in ossequio al principio del *clare loqui*, aveva l'obbligo di rendere edotta la stazione appaltante della risoluzione, adottata dal Comune di Brindisi al momento della partecipazione alla gara, al fine di consentire alla pubblica amministrazione di effettuare le proprie valutazioni.

9.2. Non assolvere all'onere dichiarativo, sostiene Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l., condurrebbe di per sé sempre all'esclusione e non avrebbe efficienza causale l'eventuale contestazione, in giudizio, di una risoluzione non dichiarata, contestazione giudiziale inespressa, comunque, da Cosmopol s.p.a. nel procedimento di gara anche dopo la richiesta della stazione appaltante.

9.3. La dichiarazione resa da Cosmopol s.p.a. in sede di gara, infatti, non contempla la risoluzione adottata dal Comune di Brindisi, dichiarazione non integrabile con il soccorso istruttorio e, comunque, non integrata successivamente da Cosmopol s.p.a. nemmeno nel termine assegnatole dal r.u.p. con la nota del 12 aprile 2017, ove si richiedeva a Cosmopol s.p.a., comunque, di dare debita notizia e fornire idonea documentazione circa eventuali altri atti di risoluzione anticipata di contratti di appalto e/o di concessione e di eventuali impugnazioni di detti atti di risoluzione e provvedimenti afferenti a dette impugnazioni.

9.4. Cosmopol s.p.a. avrebbe taciuto, oltre alle vicende inerenti agli appalti con Circumvesuviana s.p.a. e Napoli Holding s.p.a., la terza vicenda risolutiva, che invece l'ha coinvolta, e cioè, appunto, quella della risoluzione contrattuale adottata dal Comune di Brindisi il 22 giugno 2015.

9.5. Il motivo deve essere respinto.

9.6. Anche su questo punto la già richiamata sentenza n. 2063 del 3 aprile 2018 di questo Consiglio, per analogo contenzioso, ha chiarito, in modo del tutto condivisibile, che nessun obbligo di segnalazione e, pertanto, nessuna omissione dichiarativa può dirsi sussistente in capo a Cosmopol s.p.a. rispetto *«ad un episodio risolutivo che, in quanto ancora sub iudice e non avente dunque i connotati della definitività, per espressa previsione di legge non può costituire elemento idoneo a mettere in dubbio, nemmeno astrattamente, l'integrità o l'affidabilità dell'impresa concorrente»*.

9.7. Tutta la tesi dell'appellante incidentale, che si fonda sull'erroneo assunto secondo cui Cosmopol s.p.a. avrebbe avuto un simile obbligo dichiarativo in ordine ad una risoluzione tuttora *sub iudice*, viene dunque ad essere destituita di fondamento, con la sua conseguente, decisa, reiezione.

10. Con il secondo, anche esso molto articolato, motivo (pp. 17-27

del ricorso), l'appellante incidentale lamenta che il primo giudice avrebbe erroneamente respinto il motivo 1.III del ricorso di primo grado, con cui Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l. aveva lamentato l'omessa esclusione di Cosmopol s.p.a. per via di un atto di transazione stipulato l'11 giugno 2014 con Napoli Holding s.p.a.

10.1. Con tale atto transattivo Cosmopol s.p.a. non solo ha riconosciuto la tardiva restituzione di valori anteriormente non consegnati, ma ha versato la complessiva somma di € 30.842, 12 per le seguenti causali:

- a) € 4.884,18 a titolo di penale;
- b) € 1.800,00 a titolo di interessi legali;
- c) € 14.607,81, a titolo di risarcimento dei danni per i maggiori costi sostenuti da Napoli Holding s.r.l. per l'affidamento del servizio a BTV s.p.a.;
- d) € 9.550,13 per spese legali.

10.2. Gli importi versati con l'atto transattivo sono confessoriamente

dichiarati sostitutivi anche dell'escussione della cauzione, giacché Napoli Holding s.p.a., per l'effetto del pagamento delle penali previste nella transazione, ha rinunciato all'escussione della cauzione versata da Cosmopol s.p.a.

10.3. Si ricadrebbe, ad avviso dell'appellante incidentale, nell'ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50 del 2016, e cioè tra quelle *«significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni»*.

10.4. Il primo giudice ha respinto il relativo motivo del ricorso, in quanto, pur prescindendo dalla circostanza che la citata transazione dell'11 giugno 2014 si riferisce ad una risoluzione contrattuale, che è stata poi contestata in sede giurisdizionale con relativo giudizio tuttora pendente, ha rilevato che il

r.u.p. aveva chiesto a Cosmopol s.p.a. di produrre gli atti di contestazione, risoluzione e transazione richiamati e Cosmopol s.p.a. ha esibito detto accordo transattivo, sicché deve ritenersi che, nella specie, la stazione appaltante abbia potuto esaminare il contenuto della suddetta transazione e, perciò, anche il ricorrere dell'eventuale causa di esclusione disciplinata dall'art. 80, comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50 del 2016, escludendone in concreto la sussistenza.

10.5. Detta motivazione è contestata dall'appellante incidentale, la quale sostiene che non vi è traccia negli atti impugnati di un siffatto esame, da parte della stazione appaltante, con la conseguenza che la sentenza qui impugnata si sarebbe sostituita all'amministrazione nel giustificare *ex post* la mancata esclusione con una motivazione postuma, come tale inammissibile, dovendosi per

conseguenza escludere Cosmopol s.p.a. dalla gara.

10.6. Anche questo motivo deve essere respinto.

10.7. Come ha pure ben rilevato sul punto la sentenza n. 2063 del 3 aprile 2018 di questo Consiglio, infatti, l'accordo transattivo tra Cosmopol s.p.a. e Napoli Holding s.p.a. è di contenuto meramente patrimoniale e non può ritenersi che esso abbia dato luogo, propriamente, ad una «condanna» al risarcimento del danno o ad altre sanzioni, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50 del 2016, concetto, questo, di stretta interpretazione, proprio per le conseguenze espulsive che derivano dalla fattispecie tipizzata dal legislatore, e che per definizione presuppone una statuizione giudiziale condannatoria e non già un accordo transattivo (art. 1965 c.c.).

10.7. A ciò si aggiunga, come ha pure rilevato la sentenza n. 2063 del 3 aprile 2018 di questo Consiglio di

Stato che qui ancora una volta si richiama, che la vicenda risolutoria è stata oggetto di un'azione avanti al Tribunale di Avellino, azione con la quale Cosmopol s.p.a. ha chiesto l'accertamento dell'inesistenza della risoluzione contrattuale e l'invalidità dell'atto con cui le venivano ascritti inadempimenti contrattuali.

10.8. In ogni caso Cosmopol s.p.a. ha segnalato in sede di gara l'atto transattivo, fornendo elementi sufficienti per la valutazione da parte della stazione appaltante, la cui valutazione di ammissione non è inficiata dagli argomenti, infondati, adottati dall'odierno appellante incidentale.

10.9. Il motivo, dunque, non merita accoglimento.

11. Con il terzo motivo (pp. 27-31 del ricorso) l'appellante incidentale lamenta l'erroneità della sentenza impugnata per avere respinto il motivo con il quale si censurava, in primo grado, la mancata esclusione di Cosmopol s.p.a. dalla gara per avere omesso la dichiarazione delle

due risoluzioni inerenti agli appalti con Circumvesuviana s.p.a. e Napoli Holding s.p.a. in altre gare, ciò che emergerebbe peraltro in modo chiaro, e ormai incontrovertibile, da alcune sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato e, in particolare, dalla sentenza n. 122 del 18 gennaio 2016 del Consiglio di Stato.

11.1. Il motivo deve essere anche essere respinto.

11.2. Come ha chiarito al riguardo, ancora una volta, la già citata sentenza n. 2063 del 3 aprile 2018, le cui argomentazioni tutte qui si richiamano, nessuna reticenza potrebbe essere addebitata a Cosmopol s.p.a., atteso che, per potersi ritenere integrata la causa di esclusione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50 del 2016, è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell'ANAC, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un

onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, così come è stato chiarito dalle Linee guida dell'ANAC n. 6/2016, al punto 4.6.

11.3. Eventuali esclusioni da precedenti procedure di gara, per quanto siano state accertate dal giudice amministrativo, assumono pertanto rilevanza solo se e fino a quando risultino iscritte nel Casellario, per gli effetti e con le modalità previste nell'art. 80, comma 12, del d. lgs. n. 50 del 2016, qualora l'ANAC ritenga che emerga il dolo o la colpa grave dell'impresa interessata, in considerazione della importanza o della gravità dei fatti (v., sul punto, anche Cons. St., sez. V, 4 luglio 2017, nn. 3257 e 3258).

11.4. Nel caso di specie è pacifico che nessuna iscrizione risulta effettuata dall'ANAC a carico di Cosmopol s.p.a., escludendosi di conseguenza, come ha già chiarito la sentenza n. 2063 del 2018,

qualsivoglia connesso onere dichiarativo al riguardo.

Anche questa censura, dunque, deve essere respinta.

12. Si devono qui, infine e in sintesi, respingere anche gli ultimi tre motivi dell'appello incidentale, perché:

*a)* il quarto motivo (pp. 31 del ricorso) è del tutto generico, in quanto la stazione appaltante non è stata privata della prospettazione completa degli elementi necessari ad effettuare le proprie valutazioni circa l'affidabilità di Cosmopol s.p.a., alla luce delle ragioni sin qui viste, ed ha potuto effettuare dette valutazioni sulla base degli elementi unicamente ed effettivamente rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50 del 2016;

*b)* il quinto motivo (pp. 32-33 del ricorso) è del tutto inammissibile, perché non ha contestato le motivazioni della sentenza impugnata nel ritenere inammissibile il ricorso, nella parte in cui denunciava la violazione

dell'art. 77, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016, per la sua improponibilità con il rito di cui all'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., ciò che, peraltro, è ora stato confermato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato con la recente sentenza n. 4 del 26 aprile 2018;

*c)* il sesto motivo (p. 33 del ricorso), con cui si censurano in via derivata i provvedimenti successivi, segue le sorti dei motivi sin qui tutti esaminati e respinti per la loro infondatezza, così come tutti i motivi eventualmente assorbiti e non esaminati dal primo giudice e le domande risarcitorie (pp. 33-34 del ricorso), tutti da respingersi per la loro infondatezza.

13. In conclusione, per tutti i motivi sin qui esposti e per le ragioni di cui alla sentenza n. 2063 del 2018 che qui tutte comunque si richiamano ai sensi dell'art. 88, comma 2, lett. d), c.p.a., deve essere accolto l'appello principale di Cosmopol s.p.a. e respinto invece, in ogni sua parte,

l'appello incidentale di Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l. e conseguentemente, in parziale riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto integralmente, in tutti i suoi motivi e in tutti i suoi argomenti, il ricorso proposto in primo grado da Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l., con la conseguente definitiva conferma della legittima ammissione di Cosmopol s.p.a. alla gara.

14. La complessità delle questioni sin qui esaminate che concernono l'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50 del 2016, sulla quale, peraltro, non si è formato tuttora un univoco orientamento giurisprudenziale, induce il Collegio a disporre la integrale compensazione delle spese inerenti al doppio grado del giudizio tra le parti.

15. Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l., comunque soccombente nel merito, deve essere condannato a rimborsare in favore di Cosmopol s.p.a. il contributo unificato

richiesto per la proposizione dell'appello principale.

15.1. Rimane definitivamente a carico dello stesso Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso in primo grado e dell'appello incidentale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello principale, come proposto da Cosmopol s.p.a., nonché sull'appello incidentale, come proposto da Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l., accoglie il primo e respinge il secondo e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, respinge integralmente il ricorso proposto in primo grado da Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

Condanna Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l. a rimborsare in

favore di Cosmopol s.p.a. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello principale. Pone definitivamente a carico di Istituto di Vigilanza Metronotte s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso proposto in primo grado e dell'appello incidentale.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2018, con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Nocelli,

Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore,

Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Massimiliano  
Nocelli**

**IL  
PRESIDENTE**

**Marco Lipari**

## 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](#)