



[Torna alla pagina precedente](#)

**N. 00943/2015REG.PROV.COLL.
N. 08142/2014 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 8142 del 2014, proposto
da:

Sicurezza e Ambiente S.p.a., in
persona del legale rappresentante,
rappresentato e difeso dall'avvocato
Luca Raffaello Perfetti, con
domicilio eletto presso il suo studio
in Roma, Via G. Caccini, n. 1;

contro

Comune di Reggio Emilia, in
persona del Sindaco *pro tempore*,

rappresentato e difeso dall'avvocato Santo Gnoni, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

nei confronti di

Ecologia Servizi e Igiene Ambientale S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Benedetti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza della Balduina, n. 44; Consorzio Cisa, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Guglielmo Saporito, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - SEZ. STACCATA DI PARMA, SEZIONE I, n. 284/2014, resa tra le parti, concernente esclusione dalla procedura negoziata per la concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale - (ris.danni).

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Reggio Emilia e di Ecologia Servizi e Igiene Ambientale S.r.l. e di Consorzio Cisa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2015 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Luca Raffaello Perfetti, Santo Gnoni, Guglielmo Saporito, Mario Benedetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per l'Emilia Romagna, Sicurezza e Ambiente S.p.a. invocava l'annullamento del provvedimento datato 25 ottobre 2013 con il quale era stata esclusa dalla procedura negoziata per la concessione del servizio di

ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali indetta dall'Amministrazione resistente.

L'Amministrazione si costituiva in giudizio eccependo la tardività dell'impugnazione della lettera di invito e nel merito l'infondatezza delle avverse doglianze.

Del pari il Consorzio Cisa interveniva in giudizio *ad opponendum* impugnando, altresì, con ricorso incidentale il provvedimento di esclusione adottato nei confronti della ricorrente principale nella parte in cui la stessa non era stata determinata per violazione dell'art. 75 del DPR n. 445/2000.

2. Il giudice di prime cure respingeva il ricorso principale e dichiarava improcedibile il ricorso incidentale. In particolare, il TAR disattendeva il primo motivo del ricorso principale con il quale veniva invocata la declaratoria di nullità della previsione di cui alla

lett. m) della Lettera di invito per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 *bis*, del D. Lgs. n. 163/2006, poiché il suddetto precetto è espressione dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 163/2006. Nella fattispecie il primo giudice notava come la Stazione appaltante avesse rilevato, sotto un primo profilo, che la ricorrente aveva subito una pregressa revoca di una aggiudicazione per un analogo servizio, affidato dal Comune di Fontanafredda, in conseguenza di contestate inadempienze contrattuali e, sotto altro profilo, che detta circostanza, in violazione di una espressa clausola della Lettera di invito, non aveva formato oggetto di dichiarazione in sede di gara. Ancora, così respingendo anche il terzo motivo del ricorso principale, il TAR escludeva la irragionevolezza della clausola in virtù della sproporzionata efficacia temporale

dell'effetto preclusivo scaturente dalla disposta revoca dell'aggiudicazione (*sine die*), in quanto detta revoca interveniva in data 6 febbraio 2012 ed il provvedimento lesivo che da questa sarebbe derivato veniva adottato al 25 ottobre 2013, a distanza di soli 20 mesi.

Anche il secondo motivo del ricorso principale con il quale la ricorrente deduceva l'erronea applicazione della previsione di cui alla lett. m) non essendo incorsa nella fattispecie in essa contemplate, veniva disatteso dal TAR, che poneva in luce come risultasse che la Sicurezza e Ambiente S.p.a., nonostante il contratto non fosse stato ancora stipulato, svolgesse già il servizio a favore dell'Ente, probabilmente a seguito di affidamento anticipato e come in ogni caso la revoca in questione non fosse mai stata oggetto di impugnazione.

Con il quarto motivo di ricorso, la ricorrente principale deduceva la

violazione del principio di massima concorrenza, il difetto di istruttoria e la disparità di trattamento per mancata esclusione della partecipante alla gara Ecologia Servizi e Igiene Ambientale che avrebbe subito una risoluzione unilaterale da parte del Comune di Castelvetro per un servizio analogo con provvedimento del 6 novembre 2013 adottato all'esito di un procedimento avviato con nota del 10 giugno 2013, precedentemente allo scadere del termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara (25 luglio 2013). La doglianza veniva ritenuta priva di pregio dal TAR poiché alla data di presentazione dell'offerta (25 luglio 2013) il provvedimento in questione non risultava ancora essere stato adottato.

3. Con l'odierno gravame Sicurezza e Ambiente S.p.a. sostiene l'erroneità della sentenza di primo grado, perché: a) non avrebbe dichiarato nulla la clausola di cui

alla lett. m) della lettera di invito per violazione del principio di tassatività di cui all'art. 46 comma 1 *bis*, non potendo questa clausola essere compresa nella lett. f) dell'art. 38, d.lgs. 163/2006, sia perché quest'ultima farebbe riferimento ad una grave negligenza o ad un grave errore, non essendo sufficiente una mera inadempienza, sia perché la lett. m) della lettera di invito presupporrebbe l'intervenuta stipulazione del contratto, che nella fattispecie addebitata all'appellante non era ancora intervenuta, mentre le ipotesi ivi previste riguarderebbero la risoluzione per inadempienza ovvero la revoca dell'aggiudicazione per mancata esecuzione di contratti. Una simile conclusione sarebbe confortata dall'insegnamento del Consiglio di Stato, che è nel senso che il citato art. 38, lett. f), dovrebbe riferirsi alla fase di esecuzione del contratto; b) non sarebbe direttamente applicabile la lett. f) dell'art. 38, d.lgs. 163/2006, perché nessuna

delle fattispecie ivi previste sarebbe addebitabile all'appellante. Con lo stesso appello viene riproposta domanda risarcitoria.

4. Con appello incidentale il Consorzio Cisa ripropone i motivi non esaminati dal primo giudice con ricorso incidentale ed invoca, inoltre, la reiezione del ricorso principale.

5. Costituitasi in giudizio Ecologia Servizi e Igiene Ambientale S.r.l. chiede la conferma della sentenza di primo grado, rilevando che la clausola di cui alla lett. m) della lettera di invito lungi dall'introdurre un'autonoma clausola di esclusione si sarebbe limitata a specificare l'onere dichiarativo contenuto nell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 163/2006, sicché non cadrebbe sotto il divieto di cui all'art. 46, d.lgs. 163/2006. In ogni caso la concorrente avrebbe dovuto essere esclusa in ragione di quanto previsto dall'art. 75 d.p.r. 445/2000, secondo il quale la dichiarazione mendace comporta la decadenza dal

beneficio conseguente al provvedimento emanato sulla scorta della dichiarazione non veritiera. In questo senso militerebbe anche l'art. 45, par. 2, lett. g), dir. 2004/18. Non rileverebbero le circostanze di fatto sottese al provvedimento del comune di Fontanafredda, considerato che si tratterebbe di provvedimento non impugnato, e la valutazione della gravità del comportamento serbato dall'appellante spetterebbe solo alla stazione appaltante.

La dichiarazione sottesa all'art. 38 comma 1 lett. f), , d.lgs. 163/2006, prescinderebbe dal rapporto con la stazione appaltante, rilevando anche le vicende con altra amministrazione, e ben potendo la prima valutarle. Infondata, infine, sarebbe la richiesta risarcitoria.

6. Nelle successive difese l'appellante principale rileva che l'appello incidentale del Consorzio Cisa sarebbe inammissibile atteso che i motivi non esaminati si

sarebbero dovuti riproporre con memoria entro trenta giorni dalla notifica dell'appello principale, ex artt. 101 e 46 c.p.a. mentre l'appello incidentale sarebbe stato depositato oltre tale termine ossia il 21 novembre 2014. In ogni caso l'appello incidentale sarebbe inammissibile, poiché si limiterebbe a reiterare le censure del giudizio di primo grado ivi dedotte tardivamente. Il Consorzio Cisa, come Ecologia Servizi e Igiene Ambientale S.r.l., inoltre, non risulterebbero aggiudicatari nella gara bandita dal comune di Reggio Emilia, ed infatti, il primo farebbe riferimento alla gara bandita dalla provincia di Reggio Emilia, quindi non avrebbero alcun interesse a contraddire. Le produzioni documentali del Consorzio Cisa sarebbero irrilevanti, perché a sostegno delle censure contenute nell'appello incidentale che dovrebbe essere valutato come inammissibile. La sentenza del Tribunale di Trieste sarebbe

irrilevante ai fini della decisione e inammissibile ex art. 104 comma 2 c.p.a., perché prodotta per la prima volta in appello. In ogni caso le censure proposte con appello incidentale sarebbero infondate.

7. In sede di replica il Consorzio Cisa rileva che la vicenda relativa al comune di Fontanafredda riguarderebbe un sinistro stradale dopo il quale il comune ha attivato il *call center* dell'appellante principale, senza che nessuno si recasse sul posto se non a distanza di ore. Da qui la revoca. L'avvenuta revoca non sarebbe stata impugnata da Sicurezza e Ambiente, né sarebbe stata dichiarata in sede di gara. Anche a voler ritenere che non fosse stato ancora stipulato alcun contratto tra l'appellante principale ed il comune di Fontanafredda ciò che rileverebbe, è "l'errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale", quindi anche se non inerente prestazioni affidate dalla stazione appaltante. In ogni caso rileverebbe la dichiarazione non

veritiera sulla quale fonderebbe l'appello incidentale.

L'appello incidentale non sarebbe tardivo perché la notifica sarebbe, comunque, avvenuta nei termini di cui all'art. 101 comma 2 c.p.a. Né vi sarebbe tardività in primo grado dal momento che solo all'indomani dell'esibizione degli atti in giudizio sarebbe stato possibile formulare i correlati motivi.

8. A sua volta Ecologia Servizi e Igiene Ambientale S.r.l. sostiene che la legittimazione a contraddire deriverebbe dalla notifica dell'appello fatta proprio da Sicurezza e Ambiente. La nota del comune di Fontanafredda sarebbe priva di sottoscrizione e non inviata tramite PEC, quindi da considerarsi *tamquam non esset*.

9. L'appello è infondato e non può essere accolto; pertanto l'appello incidentale che pure non può essere considerato tardivo, va dichiarato improcedibile per difetto di interesse.

10. Preliminarmente, va chiarito che le doglianze contenute nel ricorso incidentale che non sono state esaminate dal giudice di primo grado, il quale ha valutato il difetto di interesse all'esame delle stesse in ragione dell'infondatezza del ricorso principale, devono essere riproposte con appello incidentale se l'originario ricorrente incidentale vuole evitare che sulla questione si formi il giudicato interno, non essendo la memoria ex art 101, comma 2, c.p.a., riservata alle sole domande ed eccezioni assorbite o non esaminate in primo grado, mezzo idoneo alla devoluzione della questione al giudice d'appello (cfr. Cons. St., Sez. III, 4 febbraio 2014, n. 507; Id., Sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160). Ogni altra eccezione in ordine al difetto di legittimazione dell'appellante incidentale può essere assorbita, stante l'infondatezza dell'appello principale, che fa venir meno l'interesse all'esame del gravame incidentale. Del pari, l'infondatezza

dell'appello consente di non esaminare l'eccezione in ordine al difetto a contraddire da parte di Ecologia Servizi e Igiene Ambientale S.r.l. e di Consorzio Cisa, sebbene non può non essere rilevato come sia stato proprio l'appellante principale ad evocarle nel presente grado di giudizio, mercé notifica del gravame principale.

11. Venendo al merito della questione, occorre chiarire che la lettera di invito nel descrivere la documentazione amministrativa da produrre da parte dei concorrenti, la cui mancanza o non conformità era prevista a pena di esclusione, indica alla lett. m): *“il non aver subito la risoluzione anticipata di contratti da parte di enti pubblici negli ultimi tre anni per inadempimento contrattuale e di non aver subito revoche di aggiudicazione per mancata esecuzione di contratti?”*. La clausola in questione non appare divergente rispetto a quanto disposto dall'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 163/2006, laddove prevede

l'esclusione dalle gare d'appalto per quei soggetti che: *“secondo motivata valutazione della stazione appaltante... hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”*. La clausola della lettera di invito, infatti, va letta come un corollario di quanto previsto dal citato art. 38, nel senso che la stazione appaltante attraverso la norma della *lex specialis* si è auto vincolata ancorando la rilevazione della gravità dell'errore nell'esercizio dell'attività professionale del partecipante alla risoluzione anticipata del contratto ed alla revoca dell'aggiudicazione.

Ma in ogni caso l'esercizio del potere discrezionale riservato dalla stazione appaltante è stato esercitato in linea con quanto disposto dal suddetto art. 38, poiché il provvedimento di esclusione contiene una motivata valutazione delle circostanze rappresentate nel provvedimento di

revoca adottato dal Comune di Fontanafredda. Occorre, quindi, concludere per l'assenza di un profilo di nullità ai sensi dell'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. 163/2006, a carico della clausola della lettera di invito, che risulta pienamente conforme al dettato normativo. Ed anzi rispetto a quest'ultimo risulta essere più restrittiva, atteso che valorizza le inadempienze contrattuali solo con gli enti pubblici. Inoltre, va ribadito che l'amministrazione comunale non si è limitata a rinviare al provvedimento adottato dal Comune di Fontanafredda, ma ha operato un'autonoma e ponderata valutazione del comportamento addebitato all'odierna appellante, così integrando quel giudizio di gravità richiesto dall'art. 38.

Nelle gare d'appalto, ai fini dell'esclusione per gravi motivi o negligenza prevista dall'art. 38 lett. f) D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, non è, infatti, 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, che abbia fatto venir meno la fiducia nell'Impresa (Cons. St., Sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078).

Allo stesso tempo non rileva che la revoca dell'aggiudicazione da parte del comune di Fontanafredda fosse intervenuta prima della stipulazione negoziale, dal momento che una corretta interpretazione della lett. m) della lettera di invito e del dettato dell'art. 38, d.lgs. 163/2006, porta a ritenere che ciò che rileva è l'imperizia palesata nel corso dell'attività professionale, trasfusa nel provvedimento di revoca, anche se il contratto non fosse stato ancora stipulato, ben risultando

presenti nel codice dei contratti pubblici dei casi nei quali si dà avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza (cfr. art. 11, comma 9, d.lgs. 163/2006), senza che da ciò possa farsi derivare che le eventuali inadempienze commesse in quella sede dall'aggiudicatario siano sottratte ad una valutazione delle altre amministrazioni ai sensi della lett. f) dell'art. 38, d.lgs. 163/2006.

12. Pertanto, a fronte di un'autonoma valutazione operata dalla stazione appaltante ed in assenza di palesi illogicità o irragionevolezza, il sindacato del g.a. non può che arrestarsi, non valendo in contrario avviso l'interpretazione dei propri atti offerta dal Comune di Fontanafredda autore del provvedimento di revoca non comunicato dall'odierno appellante. Infatti, come già chiarito dalla giurisprudenza di questo Consiglio (Cons. St., Sez. VI, 21 giugno 2012, n. 3666) l'esclusione dalla gara d'appalto, prevista dall'art. 38 lett. f)

D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 (errori gravi in precedenti appalti) si fonda sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della Pubblica amministrazione fin dal momento genetico; per conseguenza, ai fini dell'esclusione di un concorrente non è necessario un accertamento della responsabilità per l'inadempimento relativo 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, che abbia fatto venir meno la fiducia nell'impresa, potere il quale, in quanto discrezionale, è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti.

13. Del resto non coglie nel segno neanche la doglianza dell'appello principale con la quale si ritiene che l'amministrazione appellata non abbia voluto fare riferimento alla causa di esclusione prevista dall'art. 38, lett. f), ed infatti, nel provvedimento impugnato se ne fa espresso richiamo congiuntamente a quanto riportato nella lett. m) della lettera di invito. Risulta, quindi, chiaro che la stazione appaltante adottava il provvedimento di esclusione, ritenendo di non poter costituire con l'appellante principale quel necessario rapporto fiduciario che le norme in questione intendono tutelare.

14. L'appello principale deve in definitiva essere respinto, sicché assorbita ogni altra questione anche in ordine alla tardività della documentazione prodotta in seconde cure, che non è stata comunque utilizzata per giungere alla presente decisione, va dichiarato improcedibile per difetto

di interesse l'appello incidentale. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, come in epigrafe proposto, rigetta l'appello principale, dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna Sicurezza e Ambiente S.p.a. al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che liquida in euro 3.000,00, in favore di ciascuna delle parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello,

Presidente

Vito Poli, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino,

Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/02/2015

IL SEGRETARIO

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

© 2014 - giustizia-amministrativa.it

[Mappa del sito](#)

[Guida al sito](#)

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

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