

N. 02928/2015REG.PROV.COLL.

N. 01414/2015 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 1414 del 2015, proposto dalle società Cosmopol s.p.a. e B.T.V. s.p.a., ciascuna in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella rispettiva qualità di mandataria e mandante dell'omonima a.t.i., rappresentate e difese dagli avvocati Donato Pennetta e Riccardo Paparella, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Nicola Petracca in Roma, Via Ennio Quirino Visconti, 20;

contro

Azienda Napoletana Mobilità s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Severino Grassi e Loredana Milone, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Via San Tommaso D'Aquino, 80;

nei confronti di

Security Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, Via degli Avignonesi, 5;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Campania – Napoli - Sezione V, n. 6127 del 27 novembre 2014.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Napoletana Mobilità s.p.a. e della Security Service s.r.l.;

Viste le memorie difensive depositate dagli appellanti (in data 5 maggio 2015), dall'Amministrazione (in data 8 e 15 maggio 2015) e dalla società contro interessata (in data 19 marzo e 14 e maggio 2015);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2015 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Gaddi, su delega dell'avvocato Paparella, Pennetta, Grassi e Abbamonte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dal provvedimento dell'amministratore delegato dell'Azienda Napoletana Mobilità s.p.a. (in prosieguo Anm), in data 30 giugno 2014, recante:

a) l'esclusione, ex art. 38, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici), dell'a.t.i. costituita fra le società Cosmopol s.p.a. e B.T.V. s.p.a. (in prosieguo ditta Cosmopol), dalla gara per l'affidamento dell'appalto del servizio di vigilanza armata e non armata presso i siti e le stazioni dell'Azienda, indetta il 28 dicembre 2011 dalla Metronapoli s.p.a. (successivamente incorporata per fusione in Asm);

b) l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della su menzionata gara a suo tempo disposta in favore della ditta Cosmopol (cfr. nota prot. AU 145/12 del 27 luglio 2012 della società Metronapoli);

c) la comunicazione dell'esclusione ai sensi dell'art. 79 del codice dei contratti pubblici.

1.1. Nelle more del giudizio, la gara è stata aggiudicata alla Security Service s.r.l. (in prosieguo ditta Security, cfr. aggiudicazione in data 24 dicembre 2014) ed è stato stipulato il relativo contratto (cfr. contratto n. 150024 – 15 – C del 30 gennaio 2015).

2. L'impugnata sentenza – T.a.r. per la Campania – Napoli - Sezione V, n. 6127 del 27 novembre 2014 – ha respinto con dovizia di argomenti tutti motivi posti a sostegno della domanda di annullamento degli atti impugnati nonché la domanda risarcitoria.

3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato (rispettivamente in data 13 e 24 febbraio 2015), la ditta Cosmopol ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza contestandone tutti i capi sfavorevoli, deducendo la nullità della sentenza per omessa pronuncia su tutti i motivi, sollevando doglianze in parte nuove e insistendo per la condanna dell'Anm al risarcimento del danno.

4. Si sono costituite in giudizio l'Anm e la ditta Security, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame.

5. All'udienza pubblica del 26 maggio 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. L'appello è manifestamente infondato e deve essere respinto.

Preliminarmente il Collegio osserva che:

a) è manifestamente infondata la dedotta nullità dell'impugnata sentenza sotto il profilo della violazione delle regole che presiedono al c.d. assorbimento dei motivi, sia in fatto (perché il T.a.r. ha sinteticamente, ex art. 120, co. 10, c.p.a., ma esaustivamente affrontato tutte le questioni ad esso sottoposte), sia in diritto (sul punto è sufficiente rinviare ai principi elaborati da ultimo dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2015);

b) a seguito della proposizione dell'appello è riemerso l'intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado; il perimetro del giudizio di appello è circoscritto dalle censure ritualmente sollevate in primo grado, sicché non possono trovare ingresso le censure nuove proposte per la prima volta in questa sede in violazione del divieto dei *nova* sancito dall'art. 104, co. 1, c.p.a. e della natura illustrativa delle memorie conclusionali (cfr. *ex plurimis* e da ultimo Cons. Stato, Sez. V, n. 673 del 2015; n. 5253 del 2014); pertanto, per comodità espositiva, saranno prese in esame direttamente le censure poste a sostegno del ricorso proposto in prime cure.

7. Prima di procedere allo scrutinio dei singoli motivi è opportuno riportare sinteticamente i principi elaborati dalla giurisprudenza (cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312; Cons. St., Sez. V, n. 5973 del 2014; Sez. VI, n. 4174 del 2013; Sez. V, n. 5063 del 2014; Sez. V, n. 3078 del 2012; Sez. V, n. 4 del 2012 cui si rinvia a mente degli artt. 74 e 88, co. 2, lett. d), c.pa.), relativamente ai presupposti di applicabilità (ed al sindacato esercitabile dal giudice amministrativo) dell'art. 38, co. 1, lett. f), che estromette le imprese concorrenti se <<f) ...secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante>>:

a) la causa di esclusione di cui all'art. 38, lett. f) può essere desunta anche dagli esiti di una vertenza che si sia conclusa con una transazione onerosa per l'appaltatore;

b) l'errore professionale può essere dimostrato con qualunque mezzo di prova e non esige che sia cristallizzato da un precedente giudicato;

c) la valutazione sull'affidabilità dell'impresa in relazione al pregresso rapporto contrattuale costituisce espressione dei poteri tecnico-discrezionali della stazione appaltante: l'amministrazione è in grado di valutare se l'errore o la colpa grave del precedente affidatario sia tale da comprometterne l'affidabilità precludendo la stipula di qualsiasi altro nuovo rapporto negoziale;

d) ne consegue che in tema di appalti pubblici, in presenza di una ragionevole scelta legislativa di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di inaffidabilità dell'impresa – indicate in ipotesi di mala fede o colpa grave emerse nella esecuzione del pregresso rapporto o di serie carenze di professionalità emergenti dal passato aziendale in relazione a rapporti cui sia estranea l'amministrazione che procede all'esclusione – il sindacato di legittimità del giudice amministrativo nello scrutinio di un uso distorto di tale rifiuto deve prendere atto della chiara scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante la individuazione del 'punto di rottura' dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente, in quanto il sindacato sulla motivazione del rifiuto deve essere mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti;

e) la mera non condivisibilità della valutazione dell'amministrazione o la formulazione da parte del giudice degli apprezzamenti e accertamenti demandati all'amministrazione, ove si traduca in una sostituzione nel momento valutativo riservato all'amministrazione, determina non già un mero errore di giudizio, ma uno sconfinamento nell'area *ex lege* riservata all'amministrazione;

f) volendo seguire i più recenti approdi teorici relativi all'art. 38, lett. f), si evidenzia come la norma ivi sancita, più che consentire alla stazione appaltante l'esercizio di una vera e propria discrezionalità tecnico – amministrativa, affida ad essa una valutazione in termini di affidabilità del contraente, imponendo preclusioni che hanno la finalità di evitare la stipulazione di contratti con imprese che non forniscono, per le più varie ragioni, le dovute garanzie; in questi termini la norma ha compiuto una scelta di campo netta, escludendo qualsiasi reale potere di apprezzamento, salva la necessità di riempire in via interpretativa il significato dei concetti giuridici utilizzati, sicché, ancora una volta, una determinata qualificazione dell'attività oggetto del giudizio riverbera effetti sul tipo di sindacato che può essere concretamente somministrato dal giudice, secondo una relazione di implicazione fra valutazione opinabile, ambito di apprezzamento riservato all'amministrazione e sindacato estrinseco.

7.1. Con il primo motivo (pagine 9 – 12 del ricorso di primo grado), si lamenta la violazione dell'art. 7, l. n. 241 del 1990 perché sarebbe stato posto in essere un atto atipico (la caducazione dell'aggiudicazione definitiva dalla gara di appalto) senza la preventiva comunicazione di avvio del relativo procedimento.

7.1.1. Il motivo, sia in base alle risultanze istruttorie documentali acquisite al fascicolo d'ufficio, sia in base ai consolidati principi elaborati da questo Consiglio, è destituito di fondamento perché:

a) è pacifico che è stato adottato un provvedimento di autotutela decisoria per la riscontrata carenza del requisito soggettivo dell'affidabilità professionale del contraente;

b) l'a.t.i. Cosmopol è stata esclusa dalla gara indetta nel 2011 a cagione della condotta gravemente negligente tenuta nell'esecuzione di un diverso rapporto commerciale intrattenuto con la società Napoli Holding a seguito di un affidamento diretto per 6 mesi del servizio di prelievo, trasporto, contazione, smaltimento e accredito bancario di valori (cfr. lettera ordine prot. n. 330/g/2013 del 14 novembre 2013);

c) Napoli Holding, poco dopo l'avvio del servizio (cfr. diffida in data 20 dicembre 2013), ha iniziato a contestare, in modo analitico e sotto varie forme, una serie di inadempimenti e in particolare l'omessa tempestiva contazione dei valori ritirati ed il mancato accredito di ingenti somme; la ditta Cosmopol ha replicato puntualmente a tutte le contestazioni interloquendo sugli elementi salienti (esistenza o meno dell'inadempimento contrattuale, sua entità, eventuali cause di giustificazione ecc. ecc.);

e) le norme di cui all'art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241, che impongono all'amministrazione di favorire la partecipazione degli interessati al procedimento, devono essere interpretate in modo sostanziale ovvero in relazione alla finalità per cui esse sono previste dal legislatore, cioè la conoscenza effettiva del procedimento, sicché il principio di democraticità del procedimento amministrativo ed il conseguente rispetto delle garanzie partecipative devono essere assicurati nella sostanza e non già nella mera forma; in quest'ottica, l'obbligo di previo avviso d'inizio del procedimento, non può essere inteso come un mero cavillo demolitorio, con la conseguenza che:

I) la sua omissione è giuridicamente irrilevante se è comprovato che nessun serio apporto collaborativo ulteriore sarebbe stato in grado di offrire il privato interessato;

II) ogni qualvolta l'interessato sia stato informato dell'esistenza di un procedimento diretto ad incidere sulla propria sfera giuridica e sia stato messo in condizione di utilmente rappresentare le proprie osservazioni e deduzioni, che integrano la partecipazione procedimentale, non può ritenersi violato alcun canone del giusto procedimento;

III) la comunicazione (di avvio del procedimento) è da ritenersi (addirittura) superflua, riprendendo rilievo i principi di economicità e di speditezza dai quali è retta l'attività amministrativa, ogni qualvolta l'interessato è venuto comunque a conoscenza di vicende che, per la loro natura, conducono necessariamente all'adozione di provvedimenti obbligati (Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2014, n. 1105; sez. IV, 29 agosto 2013, n. 4315; sez. IV, 26 settembre 2013, n. 4764; sez. V, 24 gennaio 2013, n. 463);

e) in definitiva, nel particolare caso di specie, è irrilevante che Anm non abbia dato formale comunicazione di avvio del procedimento di decadenza dall'aggiudicazione della gara indetta nel 2011 (*in parte qua* ad esito vincolato), in quanto Cosmopol ha avuto piena contezza degli elementi essenziali costitutivi della situazione di inaffidabilità professionale posta a base del provvedimento di esclusione (sulla qualificazione del provvedimento come decadenza *infra* § 7.3.1.).

7.2. Con il secondo motivo (pagine 12 - 15 del ricorso di primo grado), si sostiene che non sarebbe configurabile alcun inadempimento rilevabile nell'interesse dell'Anm in quanto: I) l'accordo transattivo e la conseguente estinzione del giudizio civile intentato da Napoli Holding avrebbero chiuso ogni contesa e obliterato qualsiasi pretesa accampata dall'unico soggetto legittimato (ovvero la stessa Napoli Holding); II) la risoluzione per inadempimento cui ha dato corso Napoli Holding riguarda solo la ditta Cosmopol e non può sortire effetti sull'a.t.i. costituita con la ditta BTV che è estranea, in quanto soggetto giuridico autonomo, a qualsiasi pregresso inadempimento; III) Anm è priva della legittimazione ad escludere l'a.t.i. Cosmopol – BTV dalla gara in questione perché non ha a suo tempo risolto il contratto semestrale (avendolo risolto Napoli Holding) ed a nulla valendo l'acquisto del relativo ramo di azienda da quest'ultima.

7.2.1. Il motivo è insuscettibile di favorevole esame atteso che:

a) come evidenziato dalla giurisprudenza citata al § 7, l'eventuale atto di transazione stipulato dall'impresa in relazione a diversi rapporti contrattuali, non solo non chiude ogni contesa, ma consente all'amministrazione (che sia la stessa che abbia stipulato la transazione, o altra, è indifferente) di procedere all'esclusione utilizzando come prova proprio il contenuto della transazione;

b) in caso di partecipazione alla gara d'appalto di un'a.t.i., i requisiti generali soggettivi devono essere riscontrati in capo a tutti i componenti della medesima (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, Ad. plen. n. 17 del 2014; n. 8 del 2012; n. 1 del 2010);

c) Anm era legittimata a procedere all'esclusione sia come stazione appaltante terza rispetto al rapporto contrattuale corrente fra Napoli Holding e Cosmopol, all'interno del quale si sono verificati i gravi inadempimenti e gli errori professionali da parte di quest'ultima (giusta i principi riportati *retro* al § 7); sia in quanto cessionaria del relativo ramo di azienda, a seguito di rogito notarile (n. rep. 129365 del 27 dicembre 2013) in virtù del quale ha assunto la qualità di successore a titolo particolare in tutti i rapporti contrattuali facenti capo al ramo d'azienda ceduto da Napoli Holding (nessuno escluso e senza alcun limite derivante dalla clausola negoziale secondo cui <<sono esclusi dal conferimento i crediti ed i debiti (ad eccezione di quelli sopra indicati e gli immobili)>>), e dunque anche la legittimazione diretta ad escludere l'impresa Cosmopol per le gravi criticità riscontrate nella gestione del servizio semestrale di trasporto e consegna valori.

7.3. Con il terzo motivo (pagine 15 - 16 del ricorso di primo grado), si contesta l'esistenza di due ulteriori presupposti applicativi della norma sancita dal più volte menzionato art. 38, lett. f), ovvero che: I) non sarebbe stata a suo tempo bandita una gara pubblica per il servizio semestrale di prelievo e trasporto affidato in via diretta alla Cosmopol (in data 14 novembre 2013) e poi risolto; II) l'inadempimento degli obblighi scaturenti da tale affidamento diretto si sarebbe verificato (nel dicembre 2013), dopo l'indizione della gara (nel dicembre 2011) da cui l'a.t.i. è stata esclusa, e non prima come imposto dalla legge.

7.3.1. L'assunto da cui muove l'appellante è smentito dal tenore letterale della norma sancita dall'art. 38, lett. f), che in alcun modo subordina l'adozione del provvedimento di esclusione al verificarsi di una situazione di inaffidabilità professionale accertata in relazione ad un rapporto contrattuale scaturente dall'aggiudicazione di una gara pubblica antecedente all'indizione della procedura nel cui ambito è stato approvato il suddetto provvedimento di esclusione.

Del resto, l'obbiettivo perseguito dalla norma è quello di impedire che soggetti professionalmente inaffidabili stipulino contratti con le amministrazioni pubbliche; per tale ragione le cause di esclusione rilevano non solo al fine della partecipazione alla gara, ma anche al fine della stipula del contratto e del sub appalto; i requisiti generali soggettivi, pertanto, non devono essere posseduti solo al momento della presentazione della domanda ed allo scadere del termine di presentazione previsto dal bando, ma devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura e fino alla stipula del contratto ovvero fino all'autorizzazione del sub appalto; ne consegue che va pronunciata la decadenza dall'aggiudicazione ove l'aggiudicatario, inizialmente in possesso del requisito lo perda prima della stipulazione del contratto (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. nn. 15 e 20 del 2013; Ad. plen. n. 8 del 2012; Ad. plen. n. 1 del 2010; Autorità di vigilanza determinazione n. 1 del 2010).

7.4. Con il quarto motivo (pagine 17 - 26 del ricorso di primo grado), si deduce che: I) non è riscontrabile e addebitabile, a carico della ditta Cosmopol, qualsivoglia negligenza o malafede o errore grave; II) non è ammissibile far derivare la revoca dell'aggiudicazione di una gara d'appalto da un semplice contrasto di posizioni commerciali, per giunta transatto; III) la revoca è manifestamente sproporzionata in relazione al valore economico ed alla durata del rapporto contrattuale intercorso con Napoli Holding; IV) l'Autorità di vigilanza di settore ha preannunziato l'archiviazione del procedimento sanzionatorio alla luce dell'intervenuta transazione.

7.4.1. Il motivo è sia inammissibile che infondato e deve essere respinto nella sua globalità, perché:

- a) impinge il merito delle valutazioni fiduciarie riservate alla stazione appaltante;
- b) dalla transazione stipulata a suo tempo (nonché da tutte le diffide inoltrate alla Cosmopol e dall'atto di citazione in giudizio notificato da Napoli Holding), emerge la serietà dell'inadempimento, la sua reiterazione nel tempo, la sua incidenza sulle prestazioni di servizi che Cosmopol avrebbe dovuto effettuare in favore di Anm;
- c) la società ricorrente persevera nell'errore di considerare il provvedimento impugnato quale revoca discrezionale per ragioni di opportunità mentre trattasi di decadenza adottata nel presupposto del venir meno del requisito soggettivo dell'affidabilità professionale dell'impresa;
- d) la valutazione riservata alla stazione appaltante risponde a logiche diverse da quelle proprie dell'Autorità di vigilanza, sicché è del tutto irrilevante che quest'ultima abbia preannunziato di voler archiviare il procedimento a carico di Cosmopol.

7.5. Con il quinto motivo (pagine 26 – 27 del ricorso di primo grado), si lamenta la mancanza di una effettiva comparazione e valutazione degli interessi in gioco.

7.5.1. Il motivo è insuscettibile di favorevole esame atteso che:

a) il provvedimento di esclusione ha motivato adeguatamente sui contrapposti interessi in gioco in relazione alla peculiarità delle prestazioni dedotte in contratto ed alla conseguente necessità di proteggere massimamente la sicurezza dei passeggeri e del servizio di t.p.l.;

b) l'assodata mancanza dei requisiti soggettivi dell'impresa con la quale stipulare il contratto rende doverosa la decadenza dalla precedente aggiudicazione.

7.6. Con il sesto motivo (pagine 27 – 28 del ricorso di primo grado), si contesta lo sviamento di potere in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante per aver fatto riferimento, nel provvedimento di esclusione, a inadempimenti ulteriori della ditta Cosmopol in analoghe commesse intrattenute con altre aziende di trasporto pubblico locale.

7.6.1. Il motivo è inammissibile perché.

a) contesta un argomento pleonastico nell'economia del provvedimento di esclusione;

b) è completamente generico.

7.7. Con il settimo motivo (pagina 28 del ricorso di primo grado), si contesta la violazione dell'art. 75 del codice dei contratti pubblici sotto il profilo che l'incameramento della cauzione sarebbe possibile solo in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario.

7.7.1. Il motivo è palesemente infondato alla luce delle conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza di questo Consiglio in ordine ai presupposti applicativi della cauzione provvisoria (cfr. Ad. plen. n. 34 del 2014; Ad. plen. n. 8 del 2012).

8. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza respingere l'appello.

9. Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55 e dell'art. 26, co. 1, c.p.a. (violazione del dovere di sinteticità e manifesta infondatezza del motivi).

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 l'impugnata sentenza.

Condanna le società Cosmopol s.p.a. e B.T.V. s.p.a., in solido fra loro, a rifondere in favore dell'Azienda Napoletana Mobilità s.p.a. e della Security Service s.r.l., le spese e gli onorari del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 8.000,00 (ottomila/00), oltre accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali), in favore di ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/06/2015

IL SEGRETARIO

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