

Ed invero, l'impresa aggiudicataria di un appalto deve non solo essere in regola con gli obblighi previdenziali ed assistenziali sulla stessa gravanti fin dal momento della presentazione della domanda, ma deve conservare la correttezza contributiva per tutto lo svolgimento del rapporto contrattuale. Ne consegue che l'eventuale accertamento di una pendenza di carattere previdenziale o assistenziale in capo all'impresa pure dichiarata aggiudicataria dell'appalto, ed anche se la stessa si sia prodotta in epoca successiva alla scadenza del termine per partecipare al procedimento di scelta del contraente implica, a seconda dei casi, la impossibilità per l'amministrazione appaltante di stipulare il contratto con l'impresa medesima, ovvero la risoluzione dello stesso; sempre in forza di ciò, è del tutto irrilevante un eventuale adempimento tardivo della obbligazione contributiva quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento. (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2009, n. 1458)

Sotto il delineato profilo, è senz'altro legittima la disposta caducazione di aggiudicazione definitiva (con l'escussione della relativa cauzione provvisoria) alla stregua di una irregolarità grave e sussistente già all'epoca della fase di aggiudicazione in capo alla società ricorrente, tenuto anche conto che il DURC assume la valenza di una dichiarazione di scienza, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della pubblica amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso.

E' pacifico che l'art. 38, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 163/2006, considera causa di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti di servizi, ovvero, causa di impedimento alla stipula dei relativi contratti, le <<violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali>>.

La norma riproposta testualmente consente di ritenere che il requisito della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a gare per l'aggiudicazione di appalti con la p.a. non solo deve essere presente al momento della offerta, ma deve essere assicurata pure in momenti successivi alla presentazione della domanda e dell'offerta e quindi certamente fino al momento della aggiudicazione, essendo palese l'esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa (cfr. Cons. Stato, IV, 31 maggio 2007, n. 2876).

L'art. 38, d.lgs. n. 163/2006, peraltro, indica anche una differenza tra la regolarità contributiva richiesta al partecipante alla gara e la regolarità contributiva richiesta all'aggiudicatario al fine della stipula del contratto. Infatti, il concorrente può essere escluso solo in presenza di gravi violazioni, definitivamente accertate, sicché le violazioni non gravi, o ancora non definitive, non sono causa di esclusione. Invece, al fine della stipula del contratto, l'affidatario deve presentare la certificazione di regolarità contributiva ai sensi dell'art. 2, d.l. n. 210/2002 (art. 38, co. 3, d.lgs. n. 163/2006); tale disposizione, a sua volta, prevede il rilascio del d.u.r.c., documento unico di regolarità contributiva, che attesta contemporaneamente la regolarità contributiva quanto agli obblighi nei confronti dell'I.N.P.S., dell'I.N.A.I.L. e delle Casse edili. Il d.u.r.c. regolare, poi, è requisito che accompagna l'intera fase di esecuzione del contratto, essendo necessario al fine del pagamento secondo gli stati di avanzamento e al fine del pagamento della rata di saldo dopo il collaudo.

Con un primo capo di impugnativa, censura la società ricorrente l'apparato motivazionale della disposta caducazione dall'aggiudicazione in relazione alla riscontrata causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs 163/2006, asserendo, in sostanza, che la motivazione sul punto risulterebbe apodittica, non essendo stata evidenziata l'attività istruttoria a tali fini svolta, né l'entità delle violazioni asseritamente accertate, non potendo assurgere a causa di esclusione dalle gare di appalto qualunque violazione degli obblighi contributivi, ma solo quelle gravi e definitivamente accertate. In ogni caso, l'illegittimità del provvedimento emergerebbe anche dalla circostanza in fatto della piena regolarità contributiva della

ricorrente come attestato dal DURC del 5 giugno 2009, depositato agli atti del giudizio, e dalla ulteriore circostanza in fatto, quanto al pregresso, che le momentanee irregolarità non sarebbero tali da determinare la disposta caducazione della intervenuta aggiudicazione definitiva in ragione della contemporanea sussistenza di poste attive nei confronti degli enti previdenziali. qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

L'assunto attoreo circa un presunto difetto motivazionale quanto a gravità e definitività delle irregolarità contributive non può essere condiviso, tenuto conto della esatta portata delle norme applicabili alla fattispecie in esame.

Non giova, pertanto, alla ricorrente l'esibizione di un DURC in data successiva ai fatti per cui è causa, essendo incontrovertibile che, invece, i DURC esaminati dalla stazione appaltante, al momento della verifica del possesso dei requisiti ex art. 11, comma 8, d.lgs. 163/2006, hanno evidenziato irregolarità relativamente alla posizione INAIL alle date 26/09/2008 – 27/12/2008 e 26/02/2009 – 26/03/2009, per importi, rispettivamente di euro 5.895,00 e 177.701,00, e nei confronti dell'INPS al 26/09/2008.

In altri termini, la società ricorrente, sia alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda che di quello per la presentazione dell'offerta, (26 settembre 2009 e 4 febbraio 2009) risulta in posizione irregolare.

Contesta, però, la ricorrente, che l'Amministrazione avrebbe ommesso di valutare la portata di tali indiscusse certificazioni, che non sarebbero tali da qualificare le violazioni ivi riportate come gravi e definitive.

Sulla portata di tale prescrizione normativa, in coordinata lettura con quella applicativa, ha avuto modo di esprimersi recentemente il giudice di appello che, nel ripercorrere l'evoluzione del regime normativo in materia, ha enucleato le coordinate applicative della disposizione per cui è causa, con considerazioni che il Collegio condivide e che fa proprie ai fini del presente contenzioso. (cfr. Cons di Stato, Sez. VI, n. 4905/2009 e 4907/2009 del 4 agosto 2009)

Deve essere, infatti, precisato, che anteriormente alla entrata in vigore del codice appalti, l'art. 12, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 157/1995, prevedeva l'esclusione dalle gare, tra l'altro, di coloro che <<che non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali a favore dei lavoratori, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti>>.

La diversa formulazione delle norme a raffronto fa ritenere che, prima del d.lgs. n. 163/2006, per gli appalti di servizi andava dichiarata dal concorrente qualsivoglia violazione in ordine al pagamento di contributi previdenziali e assistenziali. Nel nuovo regime, sono causa di esclusione solo le gravi violazioni, definitivamente accertate.

E' rilevante, a questo punto, esaminare quali sono i presupposti in presenza dei quali il d.u.r.c. può attestare la regolarità contributiva ovvero negarla, in relazione alla normativa vigente all'epoca degli atti di gara e del provvedimento di caducazione (2008 – 2009).

Ed invero, in data 24 ottobre 2007 è stato adottato un decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, in attuazione dell'art. 1, co. 1176, l. n. 296/2006, a tenore del quale << Con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sentiti gli istituti previdenziali interessati e le parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le modalità di rilascio, i contenuti analitici del documento unico di regolarità contributiva di cui al comma 1175, nonché le tipologie di pregresse irregolarità di natura previdenziale ed in materia di tutela delle condizioni di lavoro da non considerare ostative al rilascio del documento medesimo. In attesa dell'entrata in vigore del decreto di cui al presente comma sono fatte salve le vigenti disposizioni speciali in materia di certificazione di regolarità contributiva nei settori dell'edilizia e dell'agricoltura>>.

La lettura globale di tale d.m. induce a ritenere fuori di dubbio che esso disciplina il d.u.r.c. in termini generali, quale che sia lo scopo per cui il d.u.r.c. è richiesto, e, dunque, si riferisce anche a quello necessario per l'affidamento di appalti pubblici, atteso che la stessa premessa del regolamento ha chiarito l'equivoco che poteva insorgere da una esegesi letterale della norma primaria. Si legge, infatti, nel preambolo: "Considerata l'esigenza di una disciplina uniforme in ordine alle modalità di rilascio ed ai contenuti analitici del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC), sia per la concessione

di agevolazioni «normative e contributive», sia per gli appalti di lavori servizi e forniture pubbliche che per i lavori privati dell'edilizia, nonché per la fruizione di benefici e sovvenzioni previsti dalla disciplina comunitaria”.

Secondo il d.m. in esame, ai fini specifici della partecipazione a gare di appalto, viene fissata una soglia di <<gravità>> delle violazioni, ritenendosi le violazioni al di sotto di tale soglia di gravità non ostative al rilascio del d.u.r.c.; non si considera, in particolare, grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore a 100 euro, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del d.u.r.c. (art. 8, co. 3, d.m. citato); la pendenza di qualsivoglia contenzioso amministrativo impedisce di ritenere il soggetto in posizione irregolare; fino alla decisione che respinge il ricorso, può essere dichiarata la regolarità contributiva (art. 8, co. 2, lett. a), d.m. citato); non costituisce causa ostativa al rilascio del d.u.r.c. l'aver beneficiato degli aiuti di stato specificati nel d.P.C.M. emanato ai sensi dell'art. 1, co. 1223, l. n. 296/2006, sebbene non ancora rimborsati o depositati in conto bloccato (art. 8, co. 4, d.m. citato).

Alla stregua di quanto chiarito con il d.m. del 2007, si può affermare che il d.u.r.c. attesta solo le irregolarità contributive <<definitivamente accertate>>, e solo quelle che superano una <<soglia di gravità>>, fissata autonomamente dal citato d.m, con la conseguenza che la declaratoria di non regolarità contributiva è grave indizio, ai fini dell'art. 38, co. 1, lett. i), codice appalti, che sia stata commessa una <<violazione grave>> e <<definitivamente accertata>>.

**E' stato pure osservato come, a seguito della entrata in vigore della disciplina sul certificato di regolarità contributiva, dettata dagli articoli 2, d.l. 25 settembre 2002, n.210, come modificato dalla l.conv. 22 novembre 2002 n.266, e 86 comma 10 d.lgs. 10 settembre 2003, n.276, la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti alle procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacare il contenuto** (Cons.Stato, Sez. V, 23 gennaio 2008, n.147).

il giudice di appello ha ritenuto anche che, a causa della inderogabilità e imperatività della disciplina in questione, anche nell'ipotesi in cui un bando di gara di appalto pubblico non preveda l'obbligo per l'impresa che risulti aggiudicataria di presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva, il medesimo bando debba intendersi integrato dalla prescrizione di tale obbligo di cui all'art. 2, d.l. 25 settembre 2002, n.210.

Le norme citate, pertanto, se rendono doverosa l'esclusione dalla gara dell'impresa cui sia riferibile l'irregolarità conclamata alla stregua della documentazione amministrativa in possesso dalla stazione appaltante, in uno stadio anteriore all'intervento dell'aggiudicazione, tanto più impongono la revoca dell'aggiudicazione, ove in ipotesi già intervenuta, al fine di evitare la illogica aggiudicazione di una gara destinata ad essere oggetto di successiva ed obbligatoria autotutela alla stregua della normativa ora richiamata (Cons. Stato, Sez. VI, 29 ottobre 2004, n.7045).

**Attesa la natura giuridica del DURC, e la portata di quanto con lo stesso dichiarato agli effetti dell'art. 38, comma 1, lett. f), non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute, e perde di giuridica consistenza quanto invece asserito dalla ricorrente circa la doverosa istruttoria che la stazione appaltante avrebbe dovuto avviare, anche al fine di accertare la sussistenza di eventuali poste in attivo nei confronti degli enti previdenziali.**

Si legga anche

Quali sono gli ambiti di discrezionalità di una Stazione Appaltante rispetto alle dichiarazioni contenute nel certificato di regolarità contributiva?è corretto affermare che negli appalti di lavori, la certificazione di qualità è già dimostrata attraverso il possesso dell'attestazione SOA?

A seguito dell'entrata in vigore della disciplina sul certificato di regolarità contributiva, dettata dall'art.2 del D.L. 25 settembre 2002 n. 210 , così come modificato dalla legge di conversione 22 novembre 2002 n. 266 e dall'art. 3, comma 8 lett. b-bis) del D.Lgs. 14 agosto 1996 n. 494, lettera aggiunta dall'art. 86, comma 10, del D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276, la verifica della regolarità contributiva non è più di competenza delle stazioni appaltanti, ma è demandata agli enti previdenziali: la stazione appaltante non deve dunque far altro che prendere atto della certificazione senza poter in alcun modo sindacarne le risultanze (come avviene del resto con riferimento a qualsiasi certificazione acquisita per comprovare requisiti, il cui accertamento è affidato ad altre amministrazioni

Merita di essere segnalata la decisione numero 147 del 23 gennaio 2008 emessa dal Consiglio di Stato per due importanti insegnamenti in essa contenuti:

< il procedimento di rilascio della certificazione di regolarità contributiva ha una sua autonomia rispetto al procedimento di gara (si è già del resto sottolineato che la stessa certificazione è richiesta anche per i lavori privati, ove non si fa certo riferimento a procedimenti di gara) ed è sottoposto alle regole proprie della materia previdenziale, della cui corretta applicazione è peraltro competente a conoscere il giudice ordinario.>

Inoltre, in tema di appalti pubblici di lavori, il Supremo Giudice Amministrativo ci insegna che:

< Anche in proposito deve essere condivisa la conclusione cui è giunto il Tar sulla base della dichiarazione contenuta nell'attestazione SOA circa il possesso di tale certificato di qualità e dell'art. 4 comma 3 del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, il quale prevede che "Il possesso della certificazione di qualità aziendale ovvero il possesso della dichiarazione della presenza di requisiti del sistema di qualità aziendale, rilasciate da soggetti accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, al rilascio della certificazione nel settore delle imprese di costruzione, è attestato dalle SOA".

Nè la predetta conclusione può essere disattesa per il fatto che l'impresa interessata aveva prodotto in gara una specifica certificazione sulla qualità che poteva far sorgere qualche dubbio sull'effettiva portata della certificazione stessa, perché ogni dubbio in proposito doveva essere fugato dalla circostanza, prevista espressamente dal bando al punto 10 lett.b), che il possesso del requisito di qualità doveva essere indicato nell'attestazione SOA, sicché nella fattispecie l'amministrazione avrebbe comunque dovuto considerare decisivo quanto dichiarato in quest'ultima attestazione.>

**GIUSTO A TITOLO DI PRECISAZIONE, RIPORTIAMO IL NOSTRO COMMENTO ALLA SENTENZA DI PRIMO GRADO**

La regolarità contributiva viene provata dall'Inail senza che l'amministrazione Committente possa disporre di autonomi poteri di accertamento e valutazione

Due sono le osservazioni importanti che possiamo dedurre dalla lettura della sentenza del Tar Puglia, Bari n. 2926 decisa il 19 luglio 2006

1. Considerato quanto ai vizi dedotti col primo e secondo motivo di ricorso che legittimamente l'Amministrazione comunale ha ritenuto provato il requisito della regolarità contributiva dell'impresa mandante, a fronte di atti provenienti dall'I.N.A.I.L. che, da ultimo espressamente annullando e/o revocando originaria dichiarazione negativa di regolarità contributiva, hanno asseverato l'insussistenza di profili di irregolarità, **non disponendo di autonomi poteri di accertamento e valutazione e dovendo quindi prendere soltanto atto di tali**

**asseverazioni, espressive dei poteri pubblicistici riconosciuti all'Istituto assicuratore, e delle connesse valutazioni di stretta discrezionalità tecnica;**

2. Considerato, quanto ai vizi dedotti col terzo motivo, che l'attestazione SOA presentata dall'impresa mandante, esibita dalla stessa società ricorrente, reca espressa indicazione, senza distinzione alcuna, che "l'impresa possiede la certificazione (art. 2, comma 1, lettera q) D.P.R. 34/2000) valida fino al 01/04/2007 " e rammentato al riguardo che, ai sensi dell'art. 4 comma 3 del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, "**Il possesso della certificazione di qualità aziendale** ovvero il possesso della dichiarazione della presenza di requisiti del sistema di qualità aziendale, rilasciate da soggetti accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, al rilascio della certificazione nel settore delle imprese di costruzione, **è attestato dalle SOA**";

a cura di Sonia Lazzini

riportiamo qui di seguito la sentenza numero 12411 del 3 dicembre 2009, emessa dal Tar Lazio, Roma

**N. 12411/2009 REG.SEN.  
N. 05372/2009 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Terza Ter)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5372 del 2009, proposto dalla Soc Servizi Globali Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa, giusta delega a margine dell'atto introduttivo, dagli avv. ti Enzo Perrettini e Achille Reali, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via Isonzo, 42;

***contro***

della Soc Trenitalia Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa, giusta delega a margine dell'atto di costituzione, dagli avv. ti Alessandra

Sandulli e Andrea Trotta, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Roma, c.so Vittorio Emanuele II, 349;

***nei confronti di***

Cncp - Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi della rete ferroviaria italiana scarl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso, giusta delega a margine dell'atto di costituzione, dall'avv. Aldo De Caria, presso il cui studio è domiciliato elettivamente in Roma, via L. Boccherini, 3;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

del provvedimento, di estremi e contenuto sconosciuti, comunicato in data 19 maggio 2009, con cui è stata disposta la caducazione e/o inefficacia dell'aggiudicazione definitiva in favore della soc. ricorrente dell'appalto dei servizi di pulizia dei materiali robotili e degli impianti industriali - lotto 8 - Compagnia divisione passeggeri nazionale/internazionale di cui al bando pubblicato sulla GUUE del 24 luglio 2008;

della nota Trenitalia del 19 maggio 2009;

del provvedimento di estremi e contenuto sconosciuti, con cui Trenitalia ha aggiudicato il lotto 8 al CNP - Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi della rete ferroviaria italiana scarl,

di tutti gli altri atti e provvedimenti prodromici, connessi e comunque correlati, ivi compresi, se occorre, gli accertamenti, di estremi e contenuto sconosciuti, di presunta irregolarità contributiva e previdenziale, la nota Trenitalia del 14 maggio 2009, il provvedimento, di estremi e contenuto sconosciuti, con cui è stata disposta la risoluzione dell'accordo quadro del 10 marzo 2006 n. 1687 e relativi contratti applicativi, nonché, in parte qua, dei verbali di gara di estremi e contenuto sconosciuti;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della resistente Soc Trenitalia Spa e della controinteressata Cncp - Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 3156/2009 del 6 luglio 2009,

Vista l'ordinanza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione sesta, n. 3644/2009 del 14 luglio 2009;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2009 il Cons. Donatella Scala e uditi, altresì, l'avv. Perrettini per la parte ricorrente, gli avv. ti Sandulli e Trotta per la resistente Trenitalia e l'avv. De Caria per il controinteressato Consorzio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

Premette la società Servizi Globali s.r.l., specializzata nel settore delle pulizie ferroviarie, di avere acquisito dalla Ferroser s.r.l., con atto del 7 febbraio 2008, il ramo di azienda relativo ai servizi di pulizia dei materiali rotabili, impianti e servizi connessi, ivi compreso il rapporto contrattuale in essere con Trenitalia afferente il lotto 11 Sicilia, di cui all'accordo quadro sottoscritto dalla ATI Saes (mandataria) con Ferroser e Serfer, con decorrenza 1 febbraio 2006 e scadenza al 31 gennaio 2007, ed al successivo contratto applicativo del 1° agosto 2007, con pari decorrenza e scadenza al 31 luglio 2008; successivamente anche la Saes, con contratto dell'8 aprile 2008 ha ceduto a Servizi Globali il proprio ramo d'azienda, compreso l'appalto dei servizi relativo al lotto 11 - Sicilia.

Prosegue la ricorrente che Trenitalia, con successive note del 31 luglio 2008 e 6 febbraio 2009, ha comunicato alla società subentrata la proroga del contratto in essere fino al 31 maggio 2009 “ai medesimi patti e condizioni”; precisa Servizi Globali che il rapporto contrattuale è stato, peraltro, caratterizzato da reciproche contestazioni, sfociate in contenzioso civile pendente innanzi il Tribunale di Roma. Frattanto, Trenitalia ha indetto, con bando su GURI del 24 luglio 2008, la procedura negoziata per la stipula di accordi quadro della durata di 36 mesi per “l’affidamento dei servizi di pulizia del materiale rotabile e degli impianti industriali, da espletarsi presso gli impianti di Trenitalia”, servizio suddiviso in 20 lotti, facendo precedere tale scelta da esternazioni dei vertici societari in merito alla volontà di cambiare le imprese di pulizia in atto operanti.

La volontà realmente perseguita attraverso la indizione di tale ultima gara sarebbe stata suffragata, a parere della società istante, anche dalle previste modalità di partecipazione, come da clausola della *lex specialis*, in base a cui il concorrente non poteva presentare offerte per più di due lotti relativi a prestazioni da eseguirsi nel territorio di un medesima regione, e per più di tre lotti relativi a prestazioni da eseguirsi nel territorio di diverse regioni, in modo da precludere la stessa partecipazione a più di due lotti alle “vecchie imprese”, che sole hanno requisiti tali da consentire una partecipazione per tutti i lotti.

Essendo stata ritenuta illegittima dal Consiglio di Stato (ordinanza n. 5207 del 30 settembre 2008) la clausola di cui sopra, Trenitalia ha emendato il bando di gara, e la ricorrente ha presentato domanda di partecipazione.

Superata la fase di prequalifica, l’impresa è stata invitata con lettera del 19 dicembre 2008 a presentare offerta in relazione a tutti i lotti posti a base di gara.

A seguito dell’espletamento della gara, Trenitalia con nota del 9 aprile 2009 n. 0014355 ha comunicato a Servizi Globali l’aggiudicazione definitiva del lotto n. 8.



Peraltro, ad un mese dalla aggiudicazione, la stazione appaltante ha comunicato, con nota in data 14 maggio 2009, la risoluzione dell'accordo quadro e relativo contratto applicativo, stipulati per l'affidamento del servizio di pulizia afferente il lotto 11 Sicilia, ai sensi dell'art. 24 dell'accordo quadro per "aver fatto registrare uno scostamento percentuale di qualità mancante dell'impianto superiore al limite ed al numero di casi stabiliti nel CTO, parte A, art.11.2.5", il tutto all'evidente fine di creare ex post una clausola di esclusione che consentisse di caducare la già intervenuta aggiudicazione, e di affidare il servizio ad altra impresa.

Con il ricorso in epigrafe la società Servizi Globali impugna, pertanto, il provvedimento in data 19 maggio 2009 con cui Trenitalia ha disposto la caducazione dell'aggiudicazione definitiva già disposta il precedente 9 aprile 2009, per l'affidamento dei servizi di pulizia dei materiali rotabili e degli impianti industriali, lotto 8 - Compagnia Divisione Passeggeri Nazionale/Internazionale, sulla scorta di una duplice motivazione: a) la sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs. 163/2006; b) nell'ambito dei rapporti contrattuali in essere, la commissione di grave negligenza nell'esecuzione dei servizi di pulizia affidati con l'accordo quadro n. 1687 del 10 marzo 2006 relativo al lotto 11 Sicilia, che ha fatto venir meno nei confronti della società il rapporto fiduciario indispensabile ai fini dell'affidamento di nuovi appalti.

Con un primo gruppo di censure, afferenti la prima parte della motivazione del gravato provvedimento, deduce la società ricorrente I) violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs. 163/2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 3, legge 241/1990; eccesso di potere per motivazione carente e perplessa, insussistenza e/o erroneità dei presupposti, carenza di istruttoria, sviamento, violazione del principio del contraddittorio; II) violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs. 163/2006; eccesso di potere per

insussistenza e/o erroneità dei presupposti di fatto, irragionevolezza, carenza di motivazione, sviamento.

Con un secondo gruppo di censure, relative alla seconda parte della motivazione a sostegno della gravata caducazione, la ricorrente deduce altresì: I) violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 163/2006; violazione e falsa applicazione degli artt. 1175 e 1375 c.c.; violazione e falsa applicazione del buon andamento, regolarità e trasparenza delle procedure di gara, eccesso di potere per erroneità dei presupposti, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità manifesta, sviamento; II) eccesso di potere per contraddittorietà, erroneità dei presupposti, illogicità manifesta, difetto di motivazione, sviamento; III) lo sviamento di potere e la falsità della causa.

Chiede, pertanto, alla stregua delle articolate doglianze, l'accoglimento del ricorso e delle istanze con lo stesso avanzate.

Si è costituita in giudizio la società Trenitalia, provvedendo ad un corposo deposito documentale ed eccependo, con memoria difensiva, l'inammissibilità, e, comunque, l'infondatezza delle censure di parte avversa.

Si è costituita, altresì, la s.c.a r.l. Consorzio Nazionale cooperative pluriservizi che, con memoria depositata il 6 luglio 2009, ha eccepito l'infondatezza del ricorso, chiedendone il rigetto.

L'adita sezione, con ordinanza 3156/09 del 6 luglio 2009, ha respinto l'istanza di misure cautelari così motivando: "Rilevato che dall'esame dei DURC depositati in giudizio dalla resistente Amministrazione si evince che la società ricorrente per tutto lo svolgimento della gara per l'affidamento del servizio in controversia non era in regola con i versamenti contributivi e previdenziali;

Considerato che quando in sede di gara, all'atto della verifica del possesso dei requisiti di regolarità contributiva in capo alla partecipante, è rilasciato un DURC negativo, e dunque sussiste inequivocabilmente una situazione di irregolarità

contributiva, quest'ultima determina l'esclusione dalla gara qualunque sia il relativo importo delle somme dovute, senza che alla Stazione appaltante residuino margini di apprezzamento dell'inadempimento medesimo;

Considerato che il certificato attestante la presenza di poste attive, peraltro nei soli confronti dell'INPS, versato in atti dalla ricorrente, nemmeno vale a sanare le rilevate irregolarità, non inficiando la portata negativa attestata nei DURC, e ciò in disparte la valutazione della dichiarazione resa in sede di gara circa il possesso dei requisiti di ordine generale non rispondente a verità;

Ritenuto che il primo motivo richiamato dalla Stazione appaltante a supporto del gravato provvedimento è di per sé solo sufficiente a suffragare l'effetto demolitorio della aggiudicazione della gara di cui si controverte in capo alla società ricorrente;”.

Il Consiglio di Stato, Sezione sesta, con ordinanza 3644/2009 del 14 luglio 2009, ha accolto l'istanza cautelare di primo grado, ritenendo che, in relazione ai complessi aspetti della fattispecie sottoposta a giudizio e, soprattutto, con riferimento alla posizione della società ausiliaria SAES s.p.a., sussistessero i presupposti per l'accoglimento dell'istanza cautelare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 23 bis, comma 3 della legge 6.12.1971, n. 1034, nel testo aggiunto dall'art. 4 della legge 21.7.2000, n. 205, ai fini della trattazione della causa nel merito.

In vista della discussione della causa nel merito, tutte le parti del giudizio hanno depositato memorie conclusionali, insistendo nelle rispettive deduzioni, eccezioni e conclusioni; in particolare, CNCP ha evidenziato, con memoria del 6 novembre 2009, come medio tempore si sia verificata causa autonoma di esclusione dalla gara in controversia, ex art. 38, lett. a), d.lgs. 163/2006, per essere stato dichiarato dal Tribunale civile di Bari, con sentenza del 30 luglio 2009, lo stato di insolvenza della Servizi Globali, con ammissione alla amministrazione straordinaria e nomina del

commissario giudiziale; da tanto, inferisce la controinteressata la sopravvenuta causa di improcedibilità per carenza di interesse alla decisione.

Anche la ricorrente Servizi Globali, con memoria del 6 novembre 2009, ha confermato la intervenuta apertura di procedura straordinaria ai sensi dell'art. 27, comma 2, lett. b), e 30 del d.lgs. 270/1990, con prosecuzione dell'esercizio dell'impresa sotto la gestione del Commissario, prof. Vaccarella.

Alla pubblica udienza del 12 novembre 2009, i difensori delle parti hanno insistito nelle rispettive prospettazioni, ed il Collegio ha trattenuto causa per la decisione.

### DIRITTO

Come accennato in fatto, la società ricorrente, nelle more della definizione del ricorso in esame, è stata ammessa alla procedura di cui all'art. 27, d.lgs. 270/1990, recante la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, con nomina di un commissario giudiziale, individuato dal competente Tribunale civile nel prof. Romano Vaccarella.

Sul punto, il Collegio ritiene che la sopravvenuta ammissione della società ricorrente all'amministrazione straordinaria non determina ex se, come eccepito dalla società controinteressata, anche la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione, attesa la finalità di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa alla stessa sottesa, come anche evidenziato dalla volontà di proseguire il giudizio da parte del designato commissario giudiziale, che ha sottoscritto delega in tal senso ai difensori della Servizi Globali, giusta procura a margine della memoria depositata in data 6 novembre 2009.

Il ricorso, peraltro, nel merito si rivela infondato.

Con un primo capo di impugnativa, censura la società ricorrente l'apparato motivazionale della disposta caducazione dall'aggiudicazione in relazione alla riscontrata causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs 163/2006, asserendo, in sostanza, che la motivazione sul punto risulterebbe apodittica, non

essendo stata evidenziata l'attività istruttoria a tali fini svolta, né l'entità delle violazioni asseritamente accertate, non potendo assurgere a causa di esclusione dalle gare di appalto qualunque violazione degli obblighi contributivi, ma solo quelle gravi e definitivamente accertate. In ogni caso, l'illegittimità del provvedimento emergerebbe anche dalla circostanza in fatto della piena regolarità contributiva della Servizi Globali, come attestato dal DURC del 5 giugno 2009, depositato agli atti del giudizio, e dalla ulteriore circostanza in fatto, quanto al pregresso, che le momentanee irregolarità non sarebbero tali da determinare la disposta caducazione della intervenuta aggiudicazione definitiva in ragione della contemporanea sussistenza di poste attive nei confronti degli enti previdenziali.

L'assunto attoreo circa un presunto difetto motivazionale quanto a gravità e definitività delle irregolarità contributive non può essere condiviso, tenuto conto della esatta portata delle norme applicabili alla fattispecie in esame.

E' pacifico che l'art. 38, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 163/2006, considera causa di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti di servizi, ovvero, causa di impedimento alla stipula dei relativi contratti, le <<violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali>>.

La norma riproposta testualmente consente di ritenere che il requisito della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a gare per l'aggiudicazione di appalti con la p.a. non solo deve essere presente al momento della offerta, ma deve essere assicurata pure in momenti successivi alla presentazione della domanda e dell'offerta e quindi certamente fino al momento della aggiudicazione, essendo palese l'esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa (cfr. Cons. Stato, IV, 31 maggio 2007, n. 2876).

Non giova, pertanto, alla ricorrente l'esibizione di un DURC in data successiva ai fatti per cui è causa, essendo incontroverso che, invece, i DURC esaminati dalla stazione appaltante, al momento della verifica del possesso dei requisiti ex art. 11, comma 8, d.lgs. 163/2006, hanno evidenziato irregolarità relativamente alla posizione INAIL alle date 26/09/2008 – 27/12/2008 e 26/02/2009 – 26/03/2009, per importi, rispettivamente di euro 5.895,00 e 177.701,00, e nei confronti dell'INPS al 26/09/2008.

In altri termini, la società ricorrente, sia alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda che di quello per la presentazione dell'offerta, (26 settembre 2009 e 4 febbraio 2009) risulta in posizione irregolare.

Contesta, però, la ricorrente, che l'Amministrazione avrebbe ommesso di valutare la portata di tali indiscusse certificazioni, che non sarebbero tali da qualificare le violazioni ivi riportate come gravi e definitive.

Sulla portata di tale prescrizione normativa, in coordinata lettura con quella applicativa, ha avuto modo di esprimersi recentemente il giudice di appello che, nel ripercorrere l'evoluzione del regime normativo in materia, ha enucleato le coordinate applicative della disposizione per cui è causa, con considerazioni che il Collegio condivide e che fa proprie ai fini del presente contenzioso. (cfr. Cons di Stato, Sez. VI, n. 4905/2009 e 4907/2009 del 4 agosto 2009)

Deve essere, infatti, precisato, che anteriormente alla entrata in vigore del codice appalti, l'art. 12, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 157/1995, prevedeva l'esclusione dalle gare, tra l'altro, di coloro che <<che non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali a favore dei lavoratori, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti>>.

La diversa formulazione delle norme a raffronto fa ritenere che, prima del d.lgs. n. 163/2006, per gli appalti di servizi andava dichiarata dal concorrente qualsivoglia violazione in ordine al pagamento di contributi previdenziali e assistenziali. Nel

nuovo regime, sono causa di esclusione solo le gravi violazioni, definitivamente accertate.

L'art. 38, d.lgs. n. 163/2006, peraltro, indica anche una differenza tra la regolarità contributiva richiesta al partecipante alla gara e la regolarità contributiva richiesta all'aggiudicatario al fine della stipula del contratto. Infatti, il concorrente può essere escluso solo in presenza di gravi violazioni, definitivamente accertate, sicché le violazioni non gravi, o ancora non definitive, non sono causa di esclusione. Invece, al fine della stipula del contratto, l'affidatario deve presentare la certificazione di regolarità contributiva ai sensi dell'art. 2, d.l. n. 210/2002 (art. 38, co. 3, d.lgs. n. 163/2006); tale disposizione, a sua volta, prevede il rilascio del d.u.r.c., documento unico di regolarità contributiva, che attesta contemporaneamente la regolarità contributiva quanto agli obblighi nei confronti dell'I.N.P.S., dell'I.N.A.I.L. e delle Casse edili. Il d.u.r.c. regolare, poi, è requisito che accompagna l'intera fase di esecuzione del contratto, essendo necessario al fine del pagamento secondo gli stati di avanzamento e al fine del pagamento della rata di saldo dopo il collaudo.

E' rilevante, a questo punto, esaminare quali sono i presupposti in presenza dei quali il d.u.r.c. può attestare la regolarità contributiva ovvero negarla, in relazione alla normativa vigente all'epoca degli atti di gara e del provvedimento di caducazione (2008 – 2009).

Ed invero, in data 24 ottobre 2007 è stato adottato un decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, in attuazione dell'art. 1, co. 1176, l. n. 296/2006, a tenore del quale << Con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sentiti gli istituti previdenziali interessati e le parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le modalità di rilascio, i contenuti analitici del documento unico di regolarità contributiva di cui al comma 1175, nonché le tipologie di pregresse irregolarità di natura previdenziale ed in

materia di tutela delle condizioni di lavoro da non considerare ostative al rilascio del documento medesimo. In attesa dell'entrata in vigore del decreto di cui al presente comma sono fatte salve le vigenti disposizioni speciali in materia di certificazione di regolarità contributiva nei settori dell'edilizia e dell'agricoltura>>.

La lettura globale di tale d.m. induce a ritenere fuori di dubbio che esso disciplina il d.u.r.c. in termini generali, quale che sia lo scopo per cui il d.u.r.c. è richiesto, e, dunque, si riferisce anche a quello necessario per l'affidamento di appalti pubblici, atteso che la stessa premessa del regolamento ha chiarito l'equivoco che poteva insorgere da una esegesi letterale della norma primaria. Si legge, infatti, nel preambolo: "Considerata l'esigenza di una disciplina uniforme in ordine alle modalità di rilascio ed ai contenuti analitici del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC), sia per la concessione di agevolazioni «normative e contributive», sia per gli appalti di lavori servizi e forniture pubbliche che per i lavori privati dell'edilizia, nonché per la fruizione di benefici e sovvenzioni previsti dalla disciplina comunitaria".

Secondo il d.m. in esame, ai fini specifici della partecipazione a gare di appalto, viene fissata una soglia di <<gravità>> delle violazioni, ritenendosi le violazioni al di sotto di tale soglia di gravità non ostative al rilascio del d.u.r.c.; non si considera, in particolare, grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore a 100 euro, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del d.u.r.c. (art. 8, co. 3, d.m. citato); la pendenza di qualsivoglia contenzioso amministrativo impedisce di ritenere il soggetto in posizione irregolare; fino alla decisione che respinge il ricorso, può essere dichiarata la regolarità contributiva (art. 8, co. 2, lett. a), d.m. citato); non costituisce causa ostativa al rilascio del d.u.r.c. l'aver beneficiato degli aiuti di stato specificati nel d.P.C.M. emanato ai



sensi dell'art. 1, co. 1223, l. n. 296/2006, sebbene non ancora rimborsati o depositati in conto bloccato (art. 8, co. 4, d.m. citato).

Alla stregua di quanto chiarito con il d.m. del 2007, si può affermare che il d.u.r.c. attesta solo le irregolarità contributive <<definitivamente accertate>>, e solo quelle che superano una <<soglia di gravità>>, fissata autonomamente dal citato d.m, con la conseguenza che la declaratoria di non regolarità contributiva è grave indizio, ai fini dell'art. 38, co. 1, lett. i), codice appalti, che sia stata commessa una <<violazione grave>> e <<definitivamente accertata>>.

E' stato pure osservato come, a seguito della entrata in vigore della disciplina sul certificato di regolarità contributiva, dettata dagli articoli 2, d.l. 25 settembre 2002, n.210, come modificato dalla l.conv. 22 novembre 2002 n.266, e 86 comma 10 d.lgs. 10 settembre 2003, n.276, la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti alle procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto (Cons.Stato, Sez. V, 23 gennaio 2008, n.147).

Ed invero, l'impresa aggiudicataria di un appalto deve non solo essere in regola con gli obblighi previdenziali ed assistenziali sulla stessa gravanti fin dal momento della presentazione della domanda, ma deve conservare la correttezza contributiva per tutto lo svolgimento del rapporto contrattuale.

Ne consegue che l'eventuale accertamento di una pendenza di carattere previdenziale o assistenziale in capo all'impresa pure dichiarata aggiudicataria dell'appalto, ed anche se la stessa si sia prodotta in epoca successiva alla scadenza del termine per partecipare al procedimento di scelta del contraente implica, a seconda dei casi, la impossibilità per l'amministrazione appaltante di stipulare il contratto con l'impresa medesima, ovvero la risoluzione dello stesso; sempre in forza di ciò, è del tutto irrilevante un eventuale adempimento tardivo della

obbligazione contributiva quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento. (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2009, n. 1458)

Sul punto il giudice di appello ha ritenuto anche che, a causa della inderogabilità e imperatività della disciplina in questione, anche nell'ipotesi in cui un bando di gara di appalto pubblico non preveda l'obbligo per l'impresa che risulti aggiudicataria di presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva, il medesimo bando debba intendersi integrato dalla prescrizione di tale obbligo di cui all'art. 2, d.l. 25 settembre 2002, n.210.

Le norme citate, pertanto, se rendono doverosa l'esclusione dalla gara dell'impresa cui sia riferibile l'irregolarità conclamata alla stregua della documentazione amministrativa in possesso dalla stazione appaltante, in uno stadio anteriore all'intervento dell'aggiudicazione, tanto più impongono la revoca dell'aggiudicazione, ove in ipotesi già intervenuta, al fine di evitare la illogica aggiudicazione di una gara destinata ad essere oggetto di successiva ed obbligatoria autotutela alla stregua della normativa ora richiamata (Cons. Stato, Sez. VI, 29 ottobre 2004, n.7045).

Sotto il delineato profilo, è senz'altro legittima la disposta caducazione di aggiudicazione definitiva alla stregua di una irregolarità grave e sussistente già all'epoca della fase di aggiudicazione in capo alla società ricorrente, tenuto anche conto che il DURC assume la valenza di una dichiarazione di scienza, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della pubblica amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso. (cfr Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2009, n. 1458)

Attesa la natura giuridica del DURC, e la portata di quanto con lo stesso dichiarato agli effetti dell'art. 38, comma 1, lett. f), non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute, e perde di giuridica consistenza quanto invece asserito dalla ricorrente circa la doverosa istruttoria che la stazione appaltante avrebbe dovuto avviare, anche al fine di accertare la sussistenza di eventuali poste in attivo nei confronti degli enti previdenziali.

La rilevata infondatezza dei motivi di gravame orientati a denunciare il primo capo motivazionale della impugnata esclusione potrebbe esimere il Collegio dall'esame delle censure dirette ad evidenziare l'illegittimità della seconda parte motiva dello stesso provvedimento, atteso che, anche in ipotesi di fondatezza di tale mezzo di ricorso, nessuna utilità concreta deriverebbe alla parte ricorrente, resistendo l'esclusione del 21 maggio 2009 nei propri effetti espulsivi sulla base della sola causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs 163/2006.

Peraltro, anche l'esame di tali mezzi di impugnativa non giova alla ricorrente.

Come accennato in fatto, il secondo ordine di motivi è orientato a denunciare l'illegittimità dell'autonomo capo motivazionale afferente la caducazione dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), per essere stata commessa grave negligenza nell'esecuzione dei pregressi rapporti contrattuali, sulla base della ritenuta apoditticità della motivazione, che non troverebbe riscontro nella realtà, ma sarebbe suffragata dal mero arbitrio della stazione appaltante che sulla base di atti unilaterali, quali l'applicazione di penalità e detrazioni di qualità, avrebbe precostituito, in sostanza, i presupposti per giustificare l'adozione del gravato provvedimento, pure in assenza di un inadempimento contrattuale debitamente accertato. L'insussistenza della grave negligenza sarebbe, peraltro, confortata dalle proroghe del vincolo contrattuale giunto a scadenza nelle more del completamento della procedura concorsuale, e dal superamento della fase di prequalifica da parte

della ricorrente, ove già era necessario effettuare il vaglio dei requisiti richiesti dall'art. 38, d.lgs. 163/2006, culminata con la lettera di invito, circostanze che comproverebbero la strumentalità di pregressi inadempimenti, rilevati in via postuma al solo fine della caducazione del provvedimento di aggiudicazione.

Infine, assume la ricorrente come l'adozione del gravato provvedimento evidenzerebbe il comportamento sviato di Trenitalia che, sulla scorta di esternazioni dell'Amministratore delegato di F.S. di "far fuori" le imprese di pulizia titolari di gran parte degli appalti di pulizia dei treni, ha precostituito i presupposti per operare, con modalità inaccettabili, controlli a mezzo di ignote società di verifica, risolvendo i contratti già scaduti, al solo scopo strumentale di poter escludere Servizi Globali, appaltatore di precedente analogo servizio, dalle gare in corso o per privarla delle aggiudicazioni già conseguite.

La tesi non ha pregio.

Intanto, occorre precisare che il chiesto vaglio di legittimità deve essere circoscritto alla valutazione discrezionale operata dalla stazione appaltante in sede di verifica del possesso dei prescritti requisiti in capo alla società ricorrente, prodromica, ai sensi dell'art. 11, comma 8, d.lgs. 163/2006, all'efficacia della aggiudicazione definitiva del 9 aprile 2009, avendo essa ritenuto che, nell'ambito dei pregressi rapporti contrattuali, la parte ricorrente abbia commesso "grave negligenza" nell'esecuzione dei servizi di pulizia affidati con accordo quadro del 2006, relativamente al lotto Sicilia, come da contestazioni, penali e detrazioni per qualità mancante contestate sin dal 2008, in base a cui è stata, peraltro, deliberata la risoluzione per inadempimento dello stesso accordo quadro in data 14 maggio 2009.

Ritiene, in proposito, il Collegio che nell'ambito di questo giudizio non può discutersi sulla sussistenza o meno delle cause che hanno determinato Trenitalia a risolvere il pregresso rapporto contrattuale con la ricorrente, essendo tali

valutazioni relative alla fase esecutiva del contratto, e, secondo il noto criterio di riparto in siffatta materia, riservate al giudice ordinario, presso cui, peraltro, pende apposito giudizio, ma si controverte se quanto accertato dalla detta stazione appaltante costituisca un fattore ostativo, come previsto dal codice dei contratti all'art. 38, ai fini della aggiudicazione da parte della ricorrente di uno dei lotti in cui la gara in questione è stata suddivisa.

Come noto, l'art. 38 del d.lgs. 163/2006, nell'elencare i requisiti di ordine generale dei partecipanti alle procedure di affidamento, stabilisce, per i fini di interesse, alla lett. f), che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che, "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."

Con ciò richiamando, peraltro, un principio generale già espresso dall'art. 68, del r.d. n. 827 del 1924, in materia di amministrazione del patrimonio e di contabilità generale dello Stato, secondo cui "sono esclusi dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza e malafede", e il testo dell'art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, recante il Regolamento di attuazione della l. 11 febbraio 1994 n. 109, che pure prevedeva analoghe esclusioni, e sulla cui base, tra l'altro, è stato redatto l'art. 38 in esame.

In proposito, ritiene il Collegio che tra le cause che possono determinare il mancato invito o l'esclusione di un concorrente, e, successivamente, la mancata aggiudicazione di una gara, rientrano la malafede e la negligenza contrattuale per le

quali sia stata anche eventualmente adottata la risoluzione contrattuale, in quanto in tale ipotesi si manifesta il prioritario interesse pubblico ad evitare di intrattenere rapporti contrattuali con un soggetto inadempiente in relazione al quale sussiste la ragionevole possibilità che si determini ancora detta sfavorevole evenienza, e ciò, tanto più ove, come nel caso di specie, le inadempienze abbiano riguardato non solo prestazioni affidate dalla medesima stazione appaltante, ma addirittura le stesse obbligazioni oggetto di nuova procedura di affidamento.

Il giudice di appello, peraltro, si è costantemente pronunciato in ordine alla doverosità da parte delle stazioni appaltanti nell'adozione di provvedimenti espulsivi da procedure di affidamento di appalti una volta riscontrata una "grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara", precisando, peraltro che la prescritta esclusione non ha carattere sanzionatorio, essendo la stessa prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico.

Se la prevista causa di esclusione non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto dall'aspirante aggiudicatario nel corso di pregresso rapporto contrattuale intercorso con la stazione appaltante, è, invece, sufficiente la valutazione che la stessa Amministrazione abbia fatto, in sede per l'appunto amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare alla nuova procedura selettiva.

E', in definitiva, idoneo a supportare il provvedimento caducatorio, quale quello di cui si controverte, l'accertamento in sede amministrativa della causa di esclusione di cui all'art.38, comma 1, lett. f, d.lgs. 163/2009, ed il richiamo, "per relationem" del provvedimento con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, la stessa Amministrazione aveva provveduto alla risoluzione sulla scorta di ritenuti e

ripetuti inadempimenti contrattuali. (cfr. Cons. di Stato , sez. VI, 08 marzo 2004 , n. 1071; sez. IV, 31 marzo 2005 , n. 1435; sez. V, 20 ottobre 2005 , n. 5892; sez. IV, 25 agosto 2006 , n. 4999)

Del resto, dalla copiosa documentazione versata in atti da Trenitalia emergono in tutta evidenza le reiterate contestazioni di condotte implicantì senz'altro una valutazione, ad opera di quest'ultima, della inadeguatezza del contegno contrattuale tenuto da Servizi Globali rispetto all'esigenza di garantire il carattere fiduciario del rapporto.

Non può farsi a meno di evidenziare, allora, come un particolare sforzo motivazionale avrebbe dovuto pretendersi dalla stazione appaltante ove Trenitalia, nonostante la risoluzione del pregresso rapporto intervenuta successivamente all'aggiudicazione in favore di Servizi Globali, a causa di reiterate contestazioni di inadempimento, avesse ritenuto di confermare l'esito finale della procedura concorsuale e di instaurare ugualmente con la stessa società un nuovo rapporto contrattuale.

Né potrebbe porsi a preclusione di tale determinazione, come adombrato dalla ricorrente, la circostanza, verificatasi nel caso che ne occupa, di un previo superamento del vaglio relativo al possesso dei medesimi requisiti poi ritenuti insussistenti in sede finale, in quanto l'Amministrazione ha sempre la possibilità di riesaminare le determinazioni assunte in una precedente fase del procedimento, o anche dopo la conclusione dello stesso, in attuazione del fondamentale principio di buon andamento che la impegna ad adottare gli atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire ed autorizza, quindi, anche la revisione degli atti adottati, ove ciò sia reso opportuno da esigenze sopravvenute ovvero da un diverso apprezzamento della situazione preesistente (Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 2002, n. 4895).

Per altrettanto, non è necessario, al di là della contestazione di merito sulla sussistenza o meno del preteso inadempimento che non può essere oggetto per

quanto sopra detto del presente giudizio, che la grave negligenza o la malafede siano giudizialmente accertate con una pronuncia definitiva, atteso che la risoluzione di pregressi rapporti intervenuta successivamente all'aggiudicazione in favore della società ricorrente, a causa di reiterate contestazioni di inadempimento, costituisce ragione di per se idonea a suffragare la disposta caducazione.

Ne consegue che Trenitalia legittimamente, in presenza di una situazione come quella copiosamente descritta in atti, ha proceduto, sia pure dopo l'aggiudicazione definitiva, a rivedere le proprie precedenti determinazioni e, in definitiva, a rifiutare di procedere alla stipula del contratto.

Peraltro, le determinazioni assunte dalla stessa committente, lungi dall'essere state artatamente create, come dalla parte ricorrente asserito, siccome invece agganciate a verifiche protrattesi nel tempo, e risalenti quantomeno al 2008, dunque, anche prima della indizione e svolgimento della nuova gara, contribuiscono a far ritenere la piena legittimità dell'operato di Trenitalia, atteso che mentre l'aggiudicazione è del mese di aprile 2009, la risoluzione contrattuale che ha suffragato il provvedimento di secondo grado è successiva (maggio 2009).

Non hanno, dunque, pregio le doglianze sul punto sollevate, atteso che l'Amministrazione appaltante può sempre procedere a riesaminare i propri atti sulla base della sopravvenienza di nuove circostanze che rendano non più rispondente al pubblico interesse la determinazione precedentemente assunta.

E' stato, invero condivisibilmente, affermato, con specifico riferimento alla materia in trattazione, che il potere di negare l'approvazione dell'aggiudicazione per ragioni di pubblico interesse ben può trovare fondamento, in via generale, in specifiche ragioni di pubblico interesse e non trova ostacoli nell'esistenza dell'avvenuta aggiudicazione definitiva o provvisoria (Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2000, n. 6365).



Il delineato quadro fattuale e di diritto priva, a questo punto, di giuridica consistenza la censura con cui la ricorrente lamenta il perpetrato sviamento di potere in cui sarebbe incorsa Trenitalia, avendo posto in essere atti che tendevano, in realtà, a conseguire l'illegittimo scopo di affidare i lotti del servizio "de quo" non più alle imprese che storicamente avevano detenuto costantemente i detti affidamenti, ma esclusivamente a nuove imprese. La tesi, invero, non può essere condivisa, non solo alla luce delle considerazioni sopra rassegnate, che non conducono alle conclusioni cui pretenderebbe di pervenire parte ricorrente, ma anche tenuto conto che le aggiudicazioni successivamente disposte in favore delle ditte controinteressate sono avvenute esclusivamente in forza della graduatoria già approvata della gara su cui non v'è controversia.

Sulla base delle considerazioni che precedono il ricorso deve, pertanto, essere respinto.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale - Sezione Terza ter respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) in favore dell'Amministrazione resistente, ed in ulteriori euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) in favore della società controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Donatella Scala, Consigliere, Estensore

Rosa Perna, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO