

Tra le cause che possono determinare il mancato invito o l'esclusione di un concorrente, e, successivamente, la mancata aggiudicazione di una gara (con la dovuta escussione della relativa cauzione provvisoria), 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.

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 degli artt. 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.

Con un primo motivo di ricorso deduce la ricorrente violazione e falsa applicazione dell'art. 38, d.lgs. 163/2006 sotto molteplici profili; violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7 e seg., legge 241/1990; violazione e falsa applicazione dei principi generali in materia di contratti pubblici; eccesso di potere per travisamento dei fatti, ingiustizia manifesta, contraddittorietà e difetto di istruttoria; motivazione carente, incongrua e contraddittoria; difetto di motivazione.

Il provvedimento gravato sarebbe privo di puntuale motivazione, non essendo stata data congrua ed esaustiva contezza dei presupposti e circostanze significative di una "grave negligenza", né delle ragioni per cui "le contestazioni, le penali, le detrazioni" ovvero la relazione sul punto redatta da SGS, rappresentino trasgressioni talmente gravi da comportare l'inaffidabilità del contraente privato e addirittura l'incapacità dello stesso a partecipare alla gara.

Lamenta, altresì, l'irregolarità degli accertamenti a tali fini compiuti unilateralmente da Trenitalia, la assenza dei presupposti in fatto in punto detrazioni di qualità, e la contraddittorietà dell'operato di quest'ultima, che ha costantemente e ripetutamente riconosciuto la piena adeguatezza delle prestazioni svolte dalla ricorrente nel corso dell'esecuzione del contratto, ripetutamente prorogato, ed ha invitato ed ammesso alle nuove gare la medesima impresa di pulizia.

Illegittimo, poi, sarebbe l'aver richiamato l'avvenuta risoluzione contrattuale, peraltro a rapporto ormai concluso, che avrebbe il solo scopo di superare la già contestata carenza di istruttoria, ma ponendo con ciò un circolo vizioso: la risoluzione, che si fonderebbe su dati insussistenti e comunque non definitivamente accertati, sarebbe stata adottata al solo fine di giustificare l'esclusione dalla gara in corso.

Con il secondo motivo di ricorso, deduce la ricorrente violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. g) ed h), d.lgs. 163/2006; eccesso di potere per motivazione carente e perplessa, insussistenza e/o erroneità dei presupposti, sviamento; violazione del principio del contraddittorio.

Il provvedimento gravato è illegittimo anche nella parte in cui viene contestato l'accertamento da parte dell'Agenzia delle entrate una irregolarità di natura fiscale che può configurare la sussistenza delle cause ostative di cui alle lettere g) ed h) dell'art. 38, comma 1, d.lgs. 163/2006, non essendo stata specificata quale sia la presunta irregolarità, né essendo stata esperita da Trenitalia alcuna istruttoria al riguardo. Sul punto, precisa la ricorrente di avere ricevuto la notifica di una cartella di pagamento per interessi correlati all'asserito ritardato pagamento afferente il periodo di imposta 2005, peraltro, già impugnata innanzi alla competente Commissione tributaria Provinciale di Roma. Non sussistendo alcuna irregolarità fiscale definitivamente accertata, la stazione appaltante ha errato nel ritenere la ricorrente non in regola con gli adempimenti fiscali.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Oggetto del ricorso in esame è la legittimità del provvedimento con cui Trenitalia s.p.a., nell'ambito di gara a procedura negoziata per l'affidamento in appalto dei servizi di pulizia del materiale rotabile e degli impianti industriali, ha disposto l'esclusione delle offerte presentate dalla società ricorrente., sulla base della rilevata causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006; la parte finale del provvedimento fa riferimento, inoltre, alla sussistenza delle cause ostative di cui all'art. 38, lett. g) e h), per accertata irregolarità fiscale.

Quanto al primo capo motivazionale, censura, in sostanza, la ricorrente l'illegittimità della disposta esclusione, che si accompagna a coevi provvedimenti con cui la medesima si è vista caducare le definitive aggiudicazioni in relazione ai lotti Lombardia e Liguria, in ragione di un operato ricorso ex post allo strumento della risoluzione di pregressi rapporti contrattuali, peraltro già conclusi, ed alla contestazione di pregresse inadempienze contrattuali, al solo strumentale fine di costituire la fattispecie di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 163/2006, e, in definitiva, per creare artificiosamente la motivazione a sostegno della esclusione impugnata. In altri termini, la risoluzione contrattuale, adottata in assenza di effettive gravi inadempienze dell'impresa, e comunque a rapporto ormai esaurito, sarebbe stata fatta valere allo solo scopo funzionale di escludere la ricorrente dalle gare ancora in corso, in contraddizione, peraltro, con il positivo accertamento da parte della stessa stazione appaltante dei requisiti nella fase della prequalificazione e con la successiva lettera di invito.

La ricorrente sostiene l'illegittimità della assunzione a base del gravato provvedimento di una mera manifestazione di volontà – la risoluzione contrattuale – non idonea di per sé con effetti vincolanti per la Stazione appaltante a comprovare gli estremi della grave negligenza o mala fede, tanto più che, non essendo stata offerta alcuna motivazione in ordine alle contestata carenza di qualità – accertata da parte non di soggetto terzo né contestata in contraddittorio - ed alle ragioni di una ritenuta gravità di penali e detrazioni, tali presupposti sarebbero inidonei ai fini della configurazione della causa di esclusione ex art. 38, codice dei contratti; il progredire dell'operato della stazione appaltante denuncierebbe, in definitiva, lo sviamento della attività amministrativa, prefigurata al fine di escludere definitivamente le imprese storicamente operanti i servizi di pulizia dei treni non solo dai rapporti ancora pendente, ma anche dai nuovi affidamenti.

La tesi, ancorché suggestivamente enunciata e doviziosamente articolata, non convince il Collegio.

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, avendo essa ritenuto che, nell'ambito dei pregressi rapporti contrattuali, la ricorrente abbia commesso "grave negligenza" nell'esecuzione dei servizi di pulizia affidati con accordi quadro del 2006, relativamente ai lotti Lombardia e Liguria, come da contestazioni, penali e detrazioni per qualità mancante contestate nel periodo ottobre 2006 – marzo 2009, e dall'esito delle verifiche in ordine alla qualità del servizio erogato, come relazionato da società di certificazione in data 15 aprile 2008, in base a cui è stata, peraltro, deliberata la risoluzione per inadempimento degli stessi accordi quadro in data 7 maggio 2009

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 implicanti senz'altro una valutazione, ad opera di quest'ultima, della inadeguatezza del contegno contrattuale tenuto dalla ricorrente rispetto all'esigenza di garantire il carattere fiduciario del rapporto.

Per mera completezza espositiva sul punto, deve essere soggiunto che circa la legittimità della risoluzione contrattuale, quale circostanza in fatto idonea ex se ad integrare in concreto un accertamento in sede amministrativa della negligenza contrattuale, si è medio tempore espresso il giudice civile che, con ordinanza del 5 luglio 2009, ha respinto ogni istanza per l'adozione di un provvedimento di urgenza in ordine alla clausola risolutiva di cui alla comunicazione in data 7 maggio 2009 per difetto di "fumus boni juris" avendo ritenuto infondata l'eccezione di illegittimità della risoluzione contrattuale.

Non può non ritenersi, allora, come un particolare sforzo motivazionale avrebbe dovuto pretendersi dalla stazione appaltante ove Trenitalia, nonostante la risoluzione di pregressi rapporti intervenuta successivamente all'invito della ricorrente a partecipare a nuova gara, a causa di reiterate contestazioni di inadempimento, avesse ritenuto di confermarne la partecipazione.

Né potrebbe porsi a preclusione di tale determinazione, come adombrato dalla ricorrente, la circostanza, come verificatasi nel caso che ne occupa, di un previo superamento del vaglio relativo al possesso dei medesimi requisiti poi ritenuti successivamente insussistenti, 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 giudiziale definitiva, atteso che la risoluzione di pregressi rapporti intervenuta successivamente all'invito a partecipare a nuova gara della ricorrente, a causa di reiterate contestazioni di

inadempimento, costituiscono cause di per se idonee a suffragare la disposta esclusione.

Ne consegue che Trenitalia legittimamente, in presenza di una situazione come quella copiosamente descritta in atti, ha proceduto a rivedere le proprie precedenti determinazioni e, in definitiva, a rifiutare di proseguire nei confronti della ricorrente un procedimento di selezione, da cui non sarebbe potuta scaturire alcuna utile partecipazione.

Peraltro, anche la sequenza temporale delle determinazioni assunte dalla stessa committente, lungi dall'essere state artatamente create, come dalla parte ricorrente asserito, siccome invece agganciate a verifiche protrattesi nel corso di oltre un biennio (ottobre 2006 – marzo 2009) e, dunque, ben prima della indizione e svolgimento della nuova gara indetta nel 2008, contribuisce a far ritenere la piena legittimità dell'operato di Trenitalia, atteso che la risoluzione contrattuale che ha suffragato il provvedimento di secondo grado è successiva (maggio 2009) alla lettera di invito della ricorrente alla nuova gara (19 dicembre 2008).

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.

Il delineato quadro fattuale e di 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.

La rilevata infondatezza dei motivi di gravame orientati a denunciare il primo capo motivazionale della impugnata esclusione esime il Collegio dall'esame della censura diretta 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. f), d.lgs 163/2006.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 11789 del 26 novembre 2009, emessa dal Tar Lazio, Roma

**N. 11789/2009 REG.SEN.
N. 04544/2009 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 4544 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Soc Ricorrente Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. ti Achille Chiappetti e Enzo Perrettini, e presso lo studio del primo domiciliata elettivamente in Roma, via Paolo Emilio, 7;

contro

la Soc Trenitalia Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. ti Maria Alessandra Sandulli e Andrea Trotta, e presso lo studio della prima domiciliata elettivamente in Roma, c.so Vittorio Emanuele II, 349;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento, di estremi e contenuti sconosciuti, comunicato con nota 21 maggio 2009, con il quale Trenitalia s.p.a. ha escluso le offerte presentate dalla Ricorrente s.p.a. nella gara indetta con bando pubblicato sulla GURI del 19.12.2008 n. 147 e sulla GUUE n. 2008/S 241-321174 dell'11.12.2008 per l'affidamento dell'appalto dei servizi di pulizia del materiale rotabile e degli impianti industriali di Trenitalia s.p.a. – Lotti nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 e 35;
- della nota di Trenitalia s.p.a. del 21 maggio 2009 prot. n. 0019479;
- di tutti gli altri atti e provvedimenti prodromici, connessi e comunque consequenziali, ivi comprese, si opus sit, le note Trenitalia del 7 maggio 2009 nn. 0017872 e 0017871;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc Trenitalia Spa;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Vista l'ordinanza collegiale n. 2666/2009 dell'11 giugno 2009;
Vista l'ordinanza n. 3305/2009 del 26 giugno 2009 resa dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale;
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 29 ottobre 2009 il Cons. Donatella Scala e uditi, altresì, li avv. ti Chiappetti e Perrettini per la società ricorrente, gli avv. ti Sandulli e Trotta per la resistente Trenitalia spa;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in epigrafe la società Ricorrente s.p.a. (RICORRENTE) impugna il provvedimento in data 21 maggio 2009 con cui Trenitalia s.p.a. ha escluso le offerte dalla medesima presentate per l'affidamento di alcuni lotti dell'appalto dei servizi di pulizia del materiale rotabile e degli impianti industriali di cui al bando pubblicato su GURI n. 147 del 19.12.2008.

Asserisce RICORRENTE, in proposito, che l'atto impugnato è l'ultimo, in ordine temporale, di un insieme di provvedimenti con cui la stazione appaltante ha messo in atto una strategia di estromissione della azienda che storicamente svolge l'attività di erogazione dei servizi di pulizia del materiale ferroviario in favore dell'unico committente Ferrovie dello Stato s.p.a. e delle società da questa controllate, Trenitalia e R.F.I.

Da ultimo, riferisce RICORRENTE, di avere conseguito l'affidamento del servizio di pulizia di cui al bando del 6 maggio 2005 da svolgersi in tutto il territorio nazionale, suddiviso in lotti regionali, relativamente ai lotti n. 1 – Lombardia e n. 8 – Liguria.

L'affidamento del servizio è stato formalizzato con gli Accordi Quadro del 13.2.2006 ed i relativi contratti applicativi in data 13.02.2006 e 25.07.2007, per una durata di tre anni, con scadenza il 31 gennaio 2009, salva la facoltà di proroga da parte del committente fino ad un massimo di tre anni.

Riferisce RICORRENTE che, nonostante tale possibilità, Trenitalia, in vista della scadenza naturale dell'Accordo Quadro, ha ritenuto, invece, di dare corso a nuova procedura negoziata, (di cui al bando pubblicato su G.U.R.I. il 25 giugno e 28 luglio 2008 e su G.U.C.E. il 24 luglio 2008), finalizzata alla istituzione di accordi quadro per "l'affidamento dei servizi di pulizia del materiale rotabile e degli impianti industriali, da espletarsi presso gli impianti di Trenitalia", suddivisa 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 RICORRENTE, anche dalle previste modalità di partecipazione, di cui alla suddivisione in molteplici lotti, con drastica riduzione dei valori di ciascuno di essi, e la modifica dei requisiti richiesti in modo tale da allargare la platea dei partecipanti.

In particolare, evidenzia la RICORRENTE la 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, con i soli limiti relativi alla aggiudicazione, e non più in sede di presentazione di offerta.

Superata la fase di prequalifica in tutte le gare, 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, la Commissione ha aggiudicato, con distinte note del 9 aprile 2009 alla RICORRENTE tre lotti (lotto 10 Lombardia – Divisione passeggeri regionale, lotto 18 Liguria – Divisione passeggeri regionale e lotto 20 – Direzione Tecnica ed Acquisti industriali), il che avrebbe comportato il subentro a se medesima per i lotti Lombardia e Liguria.

Lo stesso discorso viene sviluppato dalla RICORRENTE in merito alla gara di cui al presente ricorso, ove pure la medesima ha presentato domanda di partecipazione per tutti i lotti ed è stata invitata a presentare offerta con lettera di invito del 18 marzo 2009, con ciò confermandosi la sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo a RICORRENTE, compreso quello di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), d. lgs. 163/2006.

Riferisce la società RICORRENTE che, ad un mese dalle aggiudicazioni in relazione a tre lotti di cui alla prima gara, e l'ammissione al prosieguo della seconda procedura ancora in corso, la stazione appaltante, con due distinte note in data 14 maggio e 21 maggio 2009, di contenuto quasi identico, ha comunicato di avere risolto gli accordi quadro e relativi contratti applicativi stipulati per l'affidamento del servizio di pulizia afferenti i lotti Lombardia e Liguria 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".

I provvedimenti richiamati da ultimo avrebbero posto le premesse per concretizzare il già preannunciato disegno di estromissione di RICORRENTE dagli appalti più ampi ancora in corso di svolgimento in via di proroga, ma anche da quelli più piccoli conseguibili a seguito del frazionamento e limitazione numerica dei lotti conseguibili con le gare da ultimo indette, in primis, attraverso la nota del 14 maggio 2009 con cui Trenitalia ha comunicato l'inefficacia delle aggiudicazioni definitive dei lotti 10, 18 e 20, essendo stata verificata la sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006, per commissione di grave negligenza nell'esecuzione dei servizi di pulizia affidati nel 2006 relativamente ai lotti Lombardia e Liguria.

Il disegno di cui sopra si è realizzato, altresì, con la nota impugnata del 21 maggio 2009, con cui i medesimi motivi di cui sopra sono stati posti a supporto della esclusione della RICORRENTE anche dalla seconda gara.

Con un primo motivo di ricorso deduce RICORRENTE violazione e falsa applicazione dell'art. 38, d.lgs. 163/2006 sotto molteplici profili; violazione e falsa applicazione degli art. 3, 7 e seg., legge 241/1990; violazione e falsa applicazione dei principi generali in materia di contratti pubblici; eccesso di potere per travisamento dei fatti, ingiustizia manifesta, contraddittorietà e difetto di istruttoria; motivazione carente, incongrua e contraddittoria; difetto di motivazione.

Il provvedimento gravato sarebbe privo di puntuale motivazione, non essendo stata data congrua ed esaustiva contezza dei presupposti e circostanze significative di una "grave negligenza", né delle ragioni per cui "le contestazioni, le penali, le detrazioni" ovvero la relazione sul punto redatta da SGS, rappresentino trasgressioni talmente gravi da comportare l'inaffidabilità del contraente privato e addirittura l'incapacità dello stesso a partecipare alla gara.

Lamenta, altresì, l'irregolarità degli accertamenti a tali fini compiuti unilateralmente da Trenitalia, la assenza dei presupposti in fatto in punto detrazioni di qualità, e la

contraddittorietà dell'operato di quest'ultima, che ha costantemente e ripetutamente riconosciuto la piena adeguatezza delle prestazioni svolte da RICORRENTE nel corso dell'esecuzione del contratto, ripetutamente prorogato, ed ha invitato ed ammesso alle nuove gare la medesima impresa di pulizia.

Illegittimo, poi, sarebbe l'aver richiamato l'avvenuta risoluzione contrattuale, peraltro a rapporto ormai concluso, che avrebbe il solo scopo di superare la già contestata carenza di istruttoria, ma ponendo con ciò un circolo vizioso: la risoluzione, che si fonderebbe su dati insussistenti e comunque non definitivamente accertati, sarebbe stata adottata al solo fine di giustificare l'esclusione dalla gara in corso.

Con il secondo motivo di ricorso, deduce RICORRENTE violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. g) ed h), d.lgs. 163/2006; eccesso di potere per motivazione carente e perplessa, insussistenza e/o erroneità dei presupposti, sviamento; violazione del principio del contraddittorio.

Il provvedimento gravato è illegittimo anche nella parte in cui viene contestato l'accertamento da parte dell'Agenzia delle entrate una irregolarità di natura fiscale che può configurare la sussistenza delle cause ostative di cui alle lettere g) ed h) dell'art. 38, comma 1, d.lgs. 163/2006, non essendo stata specificata quale sia la presunta irregolarità, né essendo stata esperita da Trenitalia alcuna istruttoria al riguardo. Sul punto, precisa RICORRENTE di avere ricevuto la notifica di una cartella di pagamento per interessi correlati all'asserito ritardato pagamento afferente il periodo di imposta 2005, peraltro, già impugnata innanzi alla competente Commissione tributaria Provinciale di Roma. Non sussistendo alcuna irregolarità fiscale definitivamente accertata, la stazione appaltante ha errato nel ritenere RICORRENTE non in regola con gli adempimenti fiscali.

Con l'ultimo mezzo di gravame, denuncia RICORRENTE lo sviamento di potere e la falsità della causa.

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 RICORRENTE dalle gare in corso o per privarla delle aggiudicazioni già conseguite.

Conclude la parte ricorrente per l'accoglimento del ricorso, con annullamento del provvedimento con lo stesso impugnato.

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.

L'adita sezione, con ordinanza 2666/09 dell'11 giugno 2009, ha respinto l'istanza di misure cautelari così motivando: "Rilevato che la stazione appaltante ha esperito istruttoria in merito alla osservanza degli standard di qualità previsti dal pregresso rapporto contrattuale in essere per le medesime finalità oggetto di gara, che ha evidenziato nell'ambito territoriale di interesse scostamenti di gran lunga superiori rispetto a quelli idonei a giustificare la risoluzione del rapporto;

Considerato che le proroghe dei rapporti contrattuali in essere, nelle more della conclusione della gara per l'affidamento del servizio de quo, trovano coerente giustificazione nell'assicurazione senza soluzione di continuità del servizio stesso;

Ritenuto, pertanto, che il provvedimento impugnato è idoneamente sorretto dall'accertamento in via amministrativa della grave negligenza nell'esecuzione di pregressi rapporti contrattuali, in disparte il merito della risoluzione contrattuale, il cui sindacato sfugge all'adito Tribunale;"

Il Consiglio di Stato, Sezione sesta, con ordinanza 3305/2009 del 26 giugno 2009, ha accolto l'istanza cautelare di primo grado, ritenendo che il giudizio circa

l'esistenza della grave negligenza nell'esecuzione dei pregressi rapporti contrattuali afferisca a valutazioni che richiedono un approfondimento nel merito, tenuto anche conto che l'impresa aveva superato il vaglio di affidabilità, e che sussista un danno grave ed irreparabile dall'esecuzione dell'atto impugnato (caducazione aggiudicazione servizio di pulizia), posto che l'impresa svolge attività di servizio in settore nel quale Trenitalia rappresenta pressoché l'intera domanda.

Con atto di motivi ulteriori, depositato il 13 luglio 2009, la ricorrente ha dedotto il motivo ulteriore: eccesso di potere per sviamento, insussistenza e/o erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, motivazione carente e perplessa; violazione e falsa applicazione degli artt. 1175 e 1375 c.c.; violazione e falsa applicazione dei principi generali del buon andamento, regolarità e trasparenza delle procedure di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 38, d.lgs. 163/2006.

RICORRENTE ha censurato le relazioni della Direzione Regionale Liguria e della Direzione Regionale Lombardia, datate 7 maggio e 8 maggio 2009, depositate da Trenitalia nel giudizio cautelare di secondo grado, confermando le già introdotte censure ed evidenziano la strumentalità anche di dette relazioni, redatte in via postuma, a contratti scaduti, e dopo un mese dall'aggiudicazione definitiva dei tre lotti in favore della RICORRENTE, al solo sviato fine di "costruire" artificialmente i presupposti per la caducazione delle aggiudicazioni medesime, e l'esclusione dalle gare ancora in corso.

In vista della discussione nel merito della controversia tutte le parti costituite hanno depositato memorie conclusionali, insistendo nelle rispettive eccezioni e deduzioni.

Alla pubblica udienza del 29 ottobre 2009 la causa è stata trattenuta a sentenza.

DIRITTO

Oggetto del ricorso in esame è la legittimità del provvedimento con cui Trenitalia s.p.a., nell'ambito di gara a procedura negoziata per l'affidamento in appalto dei

servizi di pulizia del materiale rotabile e degli impianti industriali, ha disposto l'esclusione delle offerte presentate dalla società Ricorrente s.p.a., sulla base della rilevata causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006; la parte finale del provvedimento fa riferimento, inoltre, alla sussistenza delle cause ostative di cui all'art. 38, lett. g) e h), per accertata irregolarità fiscale.

Quanto al primo capo motivazionale, censura, in sostanza, RICORRENTE l'illegittimità della disposta esclusione, che si accompagna a coevi provvedimenti con cui la medesima si è vista cadudicare le definitive aggiudicazioni in relazione ai lotti Lombardia e Liguria, in ragione di un operato ricorso ex post allo strumento della risoluzione di pregressi rapporti contrattuali, peraltro già conclusi, ed alla contestazione di pregresse inadempienze contrattuali, al solo strumentale fine di costituire la fattispecie di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 163/2006, e, in definitiva, per creare artificiosamente la motivazione a sostegno della esclusione impugnata. In altri termini, la risoluzione contrattuale, adottata in assenza di effettive gravi inadempienze dell'impresa, e comunque a rapporto ormai esaurito, sarebbe stata fatta valere allo solo scopo funzionale di escludere RICORRENTE dalle gare ancora in corso, in contraddizione, peraltro, con il positivo accertamento da parte della stessa stazione appaltante dei requisiti nella fase della prequalificazione e con la successiva lettera di invito.

La ricorrente sostiene l'illegittimità della assunzione a base del gravato provvedimento di una mera manifestazione di volontà – la risoluzione contrattuale – non idonea di per sé con effetti vincolanti per la Stazione appaltante a comprovare gli estremi della grave negligenza o mala fede, tanto più che, non essendo stata offerta alcuna motivazione in ordine alle contestata carenza di qualità – accertata da parte non di soggetto terzo né contestata in contraddittorio - ed alle ragioni di una ritenuta gravità di penali e detrazioni, tali presupposti sarebbero inidonei ai fini della configurazione della causa di esclusione ex art. 38, codice dei

contratti; il progredire dell'operato della stazione appaltante denuncierebbe, in definitiva, lo sviamento della attività amministrativa, prefigurata al fine di escludere definitivamente le imprese storicamente operanti i servizi di pulizia dei treni non solo dai rapporti ancora pendente, ma anche dai nuovi affidamenti.

La tesi, ancorché suggestivamente enunciata e doviziosamente articolata, non convince il Collegio.

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, avendo essa ritenuto che, nell'ambito dei pregressi rapporti contrattuali, la RICORRENTE abbia commesso "grave negligenza" nell'esecuzione dei servizi di pulizia affidati con accordi quadro del 2006, relativamente ai lotti Lombardia e Liguria, come da contestazioni, penali e detrazioni per qualità mancante contestate nel periodo ottobre 2006 – marzo 2009, e dall'esito delle verifiche in ordine alla qualità del servizio erogato, come relazionato da società di certificazione in data 15 aprile 2008, in base a cui è stata, peraltro, deliberata la risoluzione per inadempimento degli stessi accordi quadro in data 7 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 tali pregressi rapporti contrattuali con 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 partecipazione da parte della ricorrente alla gara indetta per l'aggiudicazione di servizi di pulizia.

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 degli artt. 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 dalla RICORRENTE rispetto all'esigenza di garantire il carattere fiduciario del rapporto.

Per mera completezza espositiva sul punto, deve essere soggiunto che circa la legittimità della risoluzione contrattuale, quale circostanza in fatto idonea ex se ad integrare in concreto un accertamento in sede amministrativa della negligenza contrattuale, si è medio tempore espresso il giudice civile che, con ordinanza del 5 luglio 2009, ha respinto ogni istanza per l'adozione di un provvedimento di urgenza in ordine alla clausola risolutiva di cui alla comunicazione in data 7 maggio 2009 per difetto di "fumus boni juris" avendo ritenuto infondata l'eccezione di illegittimità della risoluzione contrattuale.

Non può non ritenersi, allora, come un particolare sforzo motivazionale avrebbe dovuto pretendersi dalla stazione appaltante ove Trenitalia, nonostante la risoluzione di pregressi rapporti intervenuta successivamente all'invito di RICORRENTE a partecipare a nuova gara, a causa di reiterate contestazioni di inadempimento, avesse ritenuto di confermarne la partecipazione.

Né potrebbe porsi a preclusione di tale determinazione, come adombrato dalla ricorrente, la circostanza, come verificatasi nel caso che ne occupa, di un previo superamento del vaglio relativo al possesso dei medesimi requisiti poi ritenuti successivamente insussistenti, 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 giudiziale definitiva, atteso che la risoluzione di pregressi rapporti intervenuta successivamente all'invito a partecipare a nuova gara di RICORRENTE, a causa di reiterate contestazioni di inadempimento, costituiscono cause di per se idonee a suffragare la disposta esclusione.

Ne consegue che Trenitalia legittimamente, in presenza di una situazione come quella copiosamente descritta in atti, ha proceduto a rivedere le proprie precedenti determinazioni e, in definitiva, a rifiutare di proseguire nei confronti della RICORRENTE un procedimento di selezione, da cui non sarebbe potuta scaturire alcuna utile partecipazione.

Peraltro, anche la sequenza temporale delle determinazioni assunte dalla stessa committente, lungi dall'essere state artatamente create, come dalla parte ricorrente asserito, siccome invece agganciate a verifiche protrattesi nel corso di oltre un biennio (ottobre 2006 – marzo 2009) e, dunque, ben prima della indizione e svolgimento della nuova gara indetta nel 2008, contribuisce a far ritenere la piena legittimità dell'operato di Trenitalia, atteso che la risoluzione contrattuale che ha suffragato il provvedimento di secondo grado è successiva (maggio 2009) alla lettera di invito della RICORRENTE alla nuova gara (19 dicembre 2008).

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.

La rilevata infondatezza dei motivi di gravame orientati a denunciare il primo capo motivazionale della impugnata esclusione esime il Collegio dall'esame della censura diretta 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. f), d.lgs 163/2006.

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.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Maria Luisa De Leoni, Presidente FF

Donatella Scala, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/11/2009

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

IL SEGRETARIO