

## **Si reputa equo, ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., fissare la decorrenza dell'inefficacia del contratto attualmente in essere e del contestuale subentro della ricorrente alla data del 1 febbraio 2011**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Si reputa equo, ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., fissare la decorrenza dell'inefficacia del contratto attualmente in essere e del contestuale subentro della ricorrente alla data del 1 febbraio 2011.

annullamento degli atti impugnati nella parte in cui hanno disposto l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara e l'aggiudicazione del lotto C) alla controinteressata

l'inefficacia del contratto stipulato dalla stazione appaltante con la società CONTROINTERESSATA relativamente al lotto C), ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., considerato che il servizio oggetto dell'affidamento ha durata triennale, che l'esecuzione del contratto è appena iniziata e che sussiste certamente l'interesse della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione del lotto in questione e a subentrare nel contratto, anche alla luce della specifica domanda proposta in tal senso dall'interessata nel presente giudizio;

**il subentro della ricorrente nel predetto contratto di appalto avente ad oggetto il lotto C), considerato che l'offerta della ricorrente è già stata esaminata dalla commissione esaminatrice e giudicata la migliore per il lotto in questione.**

Peraltro, l'effettivo subentro della ricorrente nel contratto è subordinato alla positiva verifica da parte

della stazione appaltante della sussistenza in capo alla concorrente dei requisiti soggettivi prescritti dalla legge e dalla disciplina di gara, nonché alla valutazione degli eventuali profili di anomalia dell'offerta.

Considerati i tempi tecnici ragionevolmente occorrenti alla stazione appaltante per procedere a dette verifiche e la necessità per l'amministrazione di non rimanere sprovvista del servizio durante il tempo occorrente all'espletamento di detti incombenzi, si reputa equo, ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., fissare la decorrenza dell'inefficacia del contratto attualmente in essere e del contestuale subentro della ricorrente alla data del 1 febbraio 2011.

. Non residuano, invece, margini per disporre la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno per equivalente in relazione al periodo intercorrente tra la stipula del contratto CONTROINTERESSATA/IRIDE e l'effettivo subentro in detto contratto della ricorrente, attesa l'insussistenza di elementi di "colpa" della p.a.: la novità della fattispecie esaminata, la ragionevolezza dell'obiettivo perseguito, l'opinabilità della soluzione adottata e l'accuratezza dell'istruttoria eseguita non consentono, pur a fronte di un provvedimento conclusivo illegittimo, di individuare nel comportamento dell'amministrazione profili di negligenza, imperizia o imprudenza di sorta.

4. In conclusione, il ricorso va accolto per quanto di ragione nei termini innanzi esposti, mentre le spese di lite possono essere compensate attesa la novità e la peculiarità delle questioni esaminate.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 33 del 20 gennaio 2011 pronunciata dal Tar Piemonte, Torino

**N. 00033/2011 REG.PROV.COLL.**

**N. 00610/2010**

**00610/2010**

**REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 610 del 2010, proposto da\*\*\*

**contro\*\*\***

**nei confronti di\*\*\***

**per l'annullamento\*\*\***

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di \*\*\*\*\* e di Controinteressata S.a.s.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2011 il dott. \*\*\*\*\* e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Iride s.p.a. ha bandito una gara, nell'ottobre 2009, per l'affidamento triennale dei servizi di controllo e manutenzione degli impianti di rilevazione ed estinzione incendio fissi e mobili degli edifici del Comune di Torino e del Gruppo Iride, per un importo complessivo di € 1.021.841,44.

L'appalto è stato suddiviso in tre lotti (A, B e C), da aggiudicare mediante procedura aperta con il criterio del prezzo più basso e con la possibilità di aggiudicazione disgiunta dei vari lotti.

2. Alla gara hanno partecipato otto concorrenti.

3. In esito alle operazioni di gara, con determinazione dell'amministratore delegato della stazione appaltante n. 16 del 02.03.2010, sono state dichiarate aggiudicatarie definitive le società CONTROINTERESSATA s.a.s. (per i lotti A e C) e ALFA s.r.l. (per il lotto B).

4. Alla gara ha partecipato anche la società Ricorrente s.r.l., che è stata tuttavia esclusa dalla commissione giudicatrice in occasione della seduta dell'11.12.2009 "per la sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lett. f) del d. lgs. n. 163/2006 e s.m.i."

Detta causa di esclusione è stata ritenuta sussistente in considerazione di alcuni "eventi" che avevano vista coinvolta "l'impresa individuale Ricorrente di G\_ Luigi" durante l'esecuzione di analoghi rapporti contrattuali intercorsi con la stessa stazione appaltante, e precisamente:

a) l'avvenuta "risoluzione in danno" del contratto relativo alla gestione del servizio di prevenzione incendi del Palazzo di Giustizia "\*\*\*\*\*" di Torino;

b) l'avvenuta escussione della fideiussione per anomalie nell'esecuzione di altro contratto avente ad

oggetto la fornitura e la posa di estintori negli edifici del Comune di Torino;

c) la segnalazione alla Procura della Repubblica di Torino di un comportamento di rilievo penale asseritamente posto in essere dal G\_ Luigi nei confronti del direttore dei lavori della stazione appaltante.

4. L'offerta della concorrente esclusa è stata comunque esaminata dalla commissione, anche a seguito di formale diffida dell'interessata (che ha reclamato la propria estraneità all'impresa individuale Ricorrente di G\_ Luigi). In esito a tale verifica, l'offerta di Ricorrente s.r.l. è risultata la migliore per il lotto C, con un ribasso percentuale del 47,77%. Ciò nondimeno, la stazione appaltante ha deciso di confermare l'esclusione della concorrente sulla base di un'articolata motivazione, i cui punti salienti possono essere così sintetizzati:

- la concorrente Ricorrente s.r.l. e l'impresa individuale Ricorrente di G\_ Luigi, pur essendo soggetti di diritto formalmente autonomi, è verosimile che abbiano un medesimo "centro decisionale";

- ciò si ricava da una pluralità di elementi: \*\*\*\*\*, oltre ad essere il padre di \*\*\*\*\* (amministratore unico di Ricorrente s.r.l.) è anche socio maggioritario e direttore commerciale di quest'ultima società; le due imprese hanno lo stesso logo, la stessa dicitura posta sotto il logo, la stessa sede legale, la stessa casella di posta elettronica e le stesse sedi territoriali in Lombardia, Piemonte e Lazio;

- pertanto, il giudizio di inaffidabilità già espresso dalla stazione appaltante nei confronti della ditta individuale Ricorrente di G\_ Luigi si estende necessariamente anche alla società Ricorrente s.r.l., anche perché la norma di cui all'art. 38, comma 1 lett. f) del D. Lgs. 163/2006 non ha carattere sanzionatorio, ma mira a preservare l'elemento fiduciario che deve connotare i rapporti contrattuali tra privati e pubblica amministrazione

5. Con ricorso ritualmente proposto, la Ricorrente s.r.l. ha impugnato dinanzi a questo Tribunale i provvedimenti indicati in epigrafe e ne ha chiesto l'annullamento con le conseguenziali pronunce caducatorie e risarcitorie. Il ricorso è stato affidato ad un unico motivo, con il quale sono stati dedotti vizi di violazione di legge e di eccesso di potere sotto plurimi profili.

In particolare, la ricorrente ha contestato la sussistenza di un collegamento sostanziale tra la società Ricorrente s.r.l. e l'impresa individuale Ricorrente di G. Luigi; ha osservato che il richiamo all'istituto del collegamento sostanziale non è comunque pertinente alla fattispecie in esame dal momento che le due imprese non hanno partecipato congiuntamente alla stessa procedura di gara; ha contestato che l'art. 38 comma 1 lett. f) del Codice dei Contratti possa giustificare l'esclusione dalla gara di un soggetto diverso da quello resosi responsabile di una "grave negligenza" o di un "grave errore" in occasione di un precedente rapporto contrattuale con la stessa amministrazione; ha proposto domanda risarcitoria, in forma specifica (con il subentro nel contratto già stipulato dall'Amministrazione per il lotto C), ovvero, in subordine, per equivalente.

6. Si sono costituite IRIDE S.P.A. e la controinteressata CONTROINTERESSATA s.a.s. (aggiudicataria del lotto C), contestando il fondamento del ricorso ed invocandone il rigetto.

7. Con ordinanza n. 444/10 del 14.06.2010 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente. Tale ordinanza è stata però riformata in appello dal Consiglio di Stato, con ordinanza della V Sezione n. 4115/10 del 02.09.2010, sul rilievo che "l'appello presenta profili di fondatezza quanto meno circa la inapplicabilità al caso di specie del disposto dell'art. 38, lett. f) del D. Lgs. n. 163 del 2006, considerato che la Ricorrente s.r.l. non aveva in precedenza eseguito alcuna prestazione per la stazione appaltante".

8. In prossimità dell'udienza di discussione, le difese della ricorrente e dell'amministrazione hanno prodotto nuove memorie.

9. In esito all'udienza pubblica del 13 gennaio 2011, sentiti i difensori delle parti come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. In sede cautelare, la Sezione aveva ritenuto che il provvedimento impugnato si sottraesse alle censure sollevate dalla ricorrente, apparendo esso ispirato dalla ragionevole esigenza dell'amministrazione di impedire forme di interposizione fittizia nella procedura di gara: di impedire, in particolare, che un soggetto (l'impresa individuale di G\_ Luigi), già ritenuto inaffidabile dalla stazione appaltante perché resosi responsabile di gravi inadempimenti nell'esecuzione di analoghi rapporti contrattuali nonché di un comportamento di asserito rilievo penale nei confronti di un dipendente dell'ente, potesse ripresentarsi di lì a poco in un'analogha procedura di gara sotto le vesti apparenti di un diverso soggetto giuridico (la società Ricorrente s.r.l., della quale il G\_ Luigi, oltre che padre dell'amministratore unico \*\*\*\*\*, è anche socio di maggioranza e direttore commerciale). In tale prospettiva, il richiamo fatto dalla stazione appaltante all'istituto del "collegamento negoziale", la valutazione circa l'esistenza di un unico "centro decisionale" e lo stesso il riferimento all'art. 38 comma 1 lettera f) del Codice dei Contratti, benchè formalmente impropri, rendevano però perfettamente percepibile l'intenzione dell'amministrazione di contrastare, utilizzando istituti tipici, ogni tentativo "trasformistico" degli operatori del settore (per usare un'efficace espressione della difesa dell'amministrazione) e di impedire, in definitiva, l'elusione delle norme di legge poste a presidio dell'elemento fiduciario, che costituisce requisito essenziale di ogni rapporto contrattuale tra privati e P.A.

2. Tuttavia, a seguito dell'esame più approfondito proprio della sede di merito, tali considerazioni devono essere rimediate.

Il collegio non può ignorare il diverso principio autorevolmente formulato dal giudice di appello nel riformare l'ordinanza cautelare della Sezione. Il giudice di appello ha ritenuto che nel caso di specie l'art. 38, lettera f) del D. lgs. n. 163/2006 non fosse applicabile dal momento che Ricorrente s.r.l. non aveva in precedenza eseguito alcuna prestazione per la stazione appaltante.



Il collegio, re melius perpensa, condivide tale valutazione.

E' principio condiviso, infatti, quello per cui in materia di procedure ad evidenza pubblica le clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta la impresa partecipante alla gara sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione (da ultimo, Consiglio Stato, sez. V, 15 novembre 2010, n. 8044; Consiglio Stato, sez. V, 10 settembre 2010, n. 6550; Consiglio Stato, sez. V, 21 maggio 2010, n. 3213).

Da tale principio consegue che la norma contenuta nell'art. 38 comma 1 lettera f) del Codice dei Contratti, nel prevedere quale requisito di partecipazione alla gara che il concorrente non abbia commesso "grave negligenza o malafede" nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante ovvero un "errore grave" nell'esercizio della propria attività professionale, non può essere estesa in via interpretativa a soggetti giuridici diversi (quand'anche collegati) da quello che abbia concretamente presentato la domanda di partecipazione e abbia reso la dichiarazione prevista dalla suddetta norma, essendo quest'ultima di natura eccezionale, e quindi di stretta interpretazione.

3. Alla stregua di tali considerazioni, il ricorso è fondato e va accolto.

3.1. Per l'effetto, va disposto:

a) l'annullamento degli atti impugnati nella parte in cui hanno disposto l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara e l'aggiudicazione del lotto C) alla controinteressata CONTROINTERESSATA s.a.a.;

b) l'inefficacia del contratto stipulato dalla stazione appaltante con la società CONTROINTERESSATA

relativamente al lotto C), ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., considerato che il servizio oggetto dell'affidamento ha durata triennale, che l'esecuzione del contratto è appena iniziata e che sussiste certamente l'interesse della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione del lotto in questione e a subentrare nel contratto, anche alla luce della specifica domanda proposta in tal senso dall'interessata nel presente giudizio;

c) il subentro della ricorrente nel predetto contratto di appalto avente ad oggetto il lotto C), considerato che l'offerta della ricorrente è già stata esaminata dalla commissione esaminatrice e giudicata la migliore per il lotto in questione.

3.2. Peraltro, l'effettivo subentro della ricorrente nel contratto è subordinato alla positiva verifica da parte della stazione appaltante della sussistenza in capo alla concorrente dei requisiti soggettivi prescritti dalla legge e dalla disciplina di gara, nonché alla valutazione degli eventuali profili di anomalia dell'offerta.

3.3. Considerati i tempi tecnici ragionevolmente occorrenti alla stazione appaltante per procedere a dette verifiche e la necessità per l'amministrazione di non rimanere sprovvista del servizio durante il tempo occorrente all'espletamento di detti incombenzi, si reputa equo, ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., fissare la decorrenza dell'inefficacia del contratto attualmente in essere e del contestuale subentro della ricorrente alla data del 1 febbraio 2011.

3.4. Non residuano, invece, margini per disporre la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno per equivalente in relazione al periodo intercorrente tra la stipula del contratto CONTROINTERESSATA/IRIDE e l'effettivo subentro in detto contratto della ricorrente, attesa l'insussistenza di elementi di "colpa" della p.a.: la novità della fattispecie esaminata, la ragionevolezza dell'obiettivo perseguito, l'opinabilità della soluzione adottata e l'accuratezza dell'istruttoria eseguita non consentono, pur a fronte di un provvedimento conclusivo illegittimo, di individuare nel comportamento dell'amministrazione profili di negligenza, imperizia o imprudenza di sorta.

4. In conclusione, il ricorso va accolto per quanto di ragione nei termini innanzi esposti, mentre le spese di lite possono essere compensate attesa la novità e la peculiarità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) lo accoglie, e per l'effetto annulla la determinazione dell'amministratore delegato di \*\*\*\*\* s.p.a. n. 16 del 02.03.2010 e l'allegata relazione di affidamento limitatamente alle parti in cui hanno disposto l'esclusione dalla gara di Ricorrente s.r.l. e l'affidamento del lotto C) alla società Controinteressata s.a.s;

b) dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra \*\*\*\*\* s.p.a. e Controinteressata s.a.s. relativamente al lotto C) di gara, con decorrenza dal 1 febbraio 2011;

c) dispone il subentro di Ricorrente s.r.l. nel contratto di cui al punto precedente, limitatamente al lotto C), con decorrenza dal 1 febbraio 2011, subordinatamente alla verifica da parte della stazione appaltante dei prescritti requisiti;

d) compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\* , Presidente

\*\*\*\*\* , Primo Referendario

\*\*\*\*\* , Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/01/2011

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/si-reputa-equo-ai-sensi-dell-art-122-cod-proc-amm-fissare-la-decorrenza-dell-inefficacia-del-contratto-attualmente-in-essere-e-del-contestuale-subentro-della-ricorrente-alla-data-del-1-febbraio/>