

MASSIMA – Estratto punto 15.2.1 della sentenza.

Contrariamente all'assunto dell'odierna appellante principale GIELLE, il motivo di risoluzione contrattuale, lungi dal risolversi in «meri disguidi nella fase di consegna dei lavori di dubbia imputabilità alla stessa Gielle» (v. così, testualmente, le relative deduzioni difensive), integra all'evidenza un grave errore professionale, imputabile all'esclusiva sfera di responsabilità dell'appaltatrice, che ha reso impossibile l'esecuzione del contratto pubblico d'appalto intercorso con il Comune di Trieste e ha comportato la sua risoluzione per inadempimento.

15.2.2. In linea di diritto, ritiene il Collegio, in adesione all'orientamento giurisprudenziale maggioritario formatosi sul requisito dell'assenza di un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, di cui all'art. 12, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 157 del 1995 – cui corrisponde la fattispecie ex art. 38, comma 1, lett. f), ultima parte, d.lgs. n. 163 del 2006 –, e sui correlati obblighi dichiarativi, che tale ipotesi non possa essere limitata ai soli errori commessi in precedenti rapporti con la stazione che ha indetto la gara, fondandosi la causa di esclusione in esame sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, con la conseguenza che le imprese concorrenti, in linea con l'onere collaborativo che sottende i rapporti con la pubblica amministrazione, sono onerate di dichiarare, a pena di esclusione, pregresse risoluzioni contrattuali anche se relative ad appalti affidati da altre stazioni appaltanti, diverse da quella che ha bandito la gara che, proprio per tale ragione, normalmente non è a conoscenza di tali fatti (v. in tal senso, ex plurimis, Cons. St., Sez. VI; 10 maggio 2007, n. 2245; Cons. St. Sez. III, n. 2289 del 2014; Cons. St., Sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4870).

Consiglio di Stato n. 1766 del 05.05.2016

N. 01766/2016REG.PROV.COLL.

N. 06024/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6024 del 2012, proposto da: Impresa GIELLE, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fulvio Mastroviti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Botti, in Roma, via Monte Santo, 25;

contro

GEIE TMB - Gruppo europeo di interesse economico del Traforo del Monte Bianco, in persona del legale rappresentate *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Feroci, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Cesare Beccaria, 88;

nei confronti di

GSA - Gruppo Servizi Associati soc. cons. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Pavanini, Valeria Zambardi (i quali hanno rinunciato al mandato con dichiarazione del 1° luglio 2015), Giorgio Orsoni e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Federico Confalonieri, 5; Eusebi Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Santucci, Maurizio Discepolo e Barbara Schiadà, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via Conca D'Oro, 184/190; Euroasafety s.p.a., Globalsafety s.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VALLE D'AOSTA, n. 00056/2012, resa tra le parti e concernente: affidamento del servizio antincendio e primo soccorso nel traforo del Monte Bianco - risarcimento danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2015, il Consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, gli avvocati Mastroviti, Feroci, Manzi e Discepolo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La presente controversia inerisce alla gara d'appalto, indetta con bando del 17 marzo 2006 (dunque in data anteriore all'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006) dal *Gruppo europeo di interesse economico del Traforo del Monte Bianco - GEIE TMB*, con procedura ristretta per licitazione privata e secondo il criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa ex art. 23, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 157 del 1995, avente ad oggetto l'affidamento del servizio antincendio e di primo soccorso al traforo del Monte Bianco e relative pertinenze, da effettuarsi con postazioni sul piazzale italiano del traforo, su quello francese nonché all'interno del tunnel stesso, di durata triennale e per un importo a base d'asta di euro 14.750.000,00.

La gara veniva aggiudicata alla *GSA - Gruppo Servizi Associati società consortile a responsabilità limitata*.

2. Le società seconda e terza classificate, rispettivamente *GIELLE* e *Eusebi Service s.r.l.*, con separati ricorsi al T.a.r. per la Valle d'Aosta hanno contestato l'aggiudicazione e gli atti di gara.

La prima classificata *GSA*, nella qualità di controinteressata, ha proposto ricorsi incidentali.

3. L'adito T.a.r., con sentenze n. 8/2008 e n. 9/2008, dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in base alla considerazione che la stazione appaltante *GEIE TMB* non sarebbe un organismo di diritto pubblico e non sarebbe pertanto tenuto al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, la cui concreta adozione in via di autolimitazione non era, tuttavia, idonea a incidere sul riparto di giurisdizione.

4. Questa Sezione, pronunciando sui due appelli proposti dalle originarie ricorrenti *GIELLE* ed *Eusebi Service*, previa riunione, con sentenza n. 3892/2011 affermava la giurisdizione del giudice amministrativo, annullando la sentenza del T.a.r. e rinviando la causa al primo giudice.

5. Riassunta la causa dinanzi al T.a.r., quest'ultimo con la sentenza in epigrafe (n. 56/2012) – dando atto della riunione dei due ricorsi n. 93 del 2006 (proposto dalla seconda classificata *GIELLE*) e n. 7 del 2007 (proposto dalla terza classificata *Eusebi Servizi*), già disposta dallo stesso T.a.r. con la sentenza interlocutoria n. 94/2011, con la quale era stata ordinata l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei componenti della commissione giudicatrice –, previa reiezione delle eccezioni di improcedibilità, inammissibilità e irricevibilità sollevate, sotto vari profili, dalla stazione appaltante e dalla controinteressata *GSA*, respingeva nel merito entrambi i ricorsi principali e dichiarava di conseguenza improcedibili, per carenza di interesse, i ricorsi incidentali proposti dalla controinteressata nei confronti di entrambe le ricorrenti principali, con i quali, tra l'altro, erano stati dedotti motivi di natura escludente sia nei confronti della seconda classificata *GIELLE*, sia nei confronti della terza classificata *Eusebi Servizi*.

6. Avverso tale sentenza ha interposto appello principale l'impresa *GIELLE* (originaria ricorrente nel ricorso n. 93 del 2006), sostanzialmente riproponendo i motivi di primo grado (in parte attinenti alla fase di ammissione dell'aggiudicataria e delle relative consorziate alla gara, in parte inerenti alla fase di verifica della congruità del prezzo offerto), seppur adattati all'impianto motivazionale dell'impugnata sentenza.

L'appellante *GIELLE* chiedeva pertanto, in riforma della sentenza di primo grado, la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni, esposti nell'importo di euro 2.982.663,01 a titolo di lucro cessante e di euro 43.400,00 a titolo di danno emergente, oltre agli accessori di legge.

7. Costituendosi in giudizio, la stazione appaltante *GEIE TMB* contestava la fondatezza dell'avversario appello, anche sotto i profili della irrituale proposizione della domanda risarcitoria e, comunque, dell'insussistenza dei fatti costitutivi della relativa pretesa, chiedendone la reiezione e proponendo, a sua volta, appello incidentale avverso la statuizione con cui il T.a.r. aveva respinto l'eccezione di inammissibilità dell'avversario ricorso di primo grado per carenza di interesse.

8. Si costituiva, altresì, in giudizio l'originaria controinteressata *GSA*, contestando l'appello principale e chiedendone la reiezione, nonché riproponendo, con atto di appello incidentale notificato alle controparti, i motivi di ricorso incidentale formulati in primo grado [tra cui il motivo, secondo cui la seconda classificata *GIELLE* avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per la falsa dichiarazione in ordine al requisito di cui all'art. 12, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 157 del 1995 – perpetrato di grave errore professionale, con riguardo alla risoluzione per inadempimento di un contratto d'appalto del servizio di manutenzione di dotazioni antincendio intercorso con il Comune di Trieste – e per l'insussistenza del requisito medesimo]. L'appellata *GSA* eccepiva, altresì, l'inammissibilità dell'avversaria domanda risarcitoria, per genericità ed assoluta indeterminazione nella sua formulazione originaria.

9. Si costituiva, infine, anche l'originaria ricorrente e terza classificata *Eusebi Servizi*, proponendo appello incidentale avverso la reiezione del proprio ricorso di primo grado, volto a censurare sia l'aggiudicazione in favore di *GSA* sia l'ammissione alla gara della seconda classificata *GIELLE*, sostanzialmente riproponendo i motivi di prima istanza, seppur adattati all'impianto motivazionale dell'impugnata sentenza.

10. In replica all'appello incidentale tardivo (*ex art. 334 cod. proc. civ.*) della *Eusebi Servizi*, la stazione appaltante ne eccepiva l'inammissibilità, in quanto la terza classificata, originaria ricorrente autonoma e soccombente sui motivi dedotti in primo grado con il ricorso n. 7 del 2007, avrebbe dovuto proporre tempestivo appello principale entro trenta giorni dalla notifica della sentenza, attesa l'autonomia e indipendenza della posizione della medesima rispetto a quella dell'appellante principale *GIELLE*. Contestava comunque la fondatezza dell'appello incidentale e ne chiedeva la reiezione, in rito e nel merito.

11. Con atto del 4 novembre 2015, notificato a mezzo di posta elettronica certificata alle controparti e depositato il 5 novembre 2015, *Eusebi Service* dichiarava di rinunciare all'appello incidentale, a spese compensate.

12. All'udienza pubblica del 15 dicembre 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

13. La rinuncia di *Eusebi Service* all'appello incidentale *sub § 9.*, nulla opponendo le controparti, comporta la declaratoria di improcedibilità di detta impugnazione incidentale, con impedimento all'ingresso di ogni correlativa questione di rito e di merito, a spese del presente grado di giudizio interamente compensate tra la rinunciataria e le controparti.

14. Prima di passare all'esame delle questioni devolute al presente grado, giova premettere che:

- il 15 settembre 2006 è stato stipulato il contratto di appalto tra la stazione appaltante *GEIE TMB* e l'aggiudicataria *GSA*;

- il 1° ottobre 2006 è stata iniziata l'esecuzione del servizio, ultimato il 21 marzo 2010 (come da certificato di regolare esecuzione del servizio prodotto in primo grado il 22 novembre 2011);

- pertanto, l'interesse al ricorso persiste ai soli fini risarcitori, con la precisazione che *GIELLE* sin dal ricorso introduttivo di primo grado (del 6 novembre 2006), oltre alla domanda di annullamento degli atti di gara e di accertamento della caducazione del contratto, ha formulato anche domanda di risarcimento dei danni per equivalente monetario.

15. Nel merito, è fondato il profilo di censura dedotto nell'ambito del primo motivo del ricorso incidentale di primo grado proposto dall'originaria controinteressata *GSA* e dalla stessa riproposto

nella 'memoria e appello incidentale' del 9 ottobre 2012, con cui si lamenta l'erronea mancata esclusione della ricorrente principale *GIELLE* dalla gara per l'insussistenza del requisito di cui all'art. 12, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 157 del 1995 (e correlativa falsa dichiarazione), essendo la stessa incorsa in grave errore professionale nell'ambito di contratto d'appalto del servizio di manutenzione di dotazioni antincendio intercorso con il Comune di Trieste che, con deliberazione del 23 novembre 2000, aveva risolto il contratto per una grave inadempienza di *GIELLE*.

15.1. A prescindere da ogni questione processuale concernente il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale a reciproca valenza escludente nelle controversie in materia di appalti pubblici, si osserva che nel caso di specie – connotato dalla circostanza che residuano mere questioni risarcitorie (v. sopra *sub* 14.) – la fondatezza della censura escludente dedotta con il ricorso incidentale di primo grado comporta non già l'inammissibilità del ricorso principale di primo grado, bensì l'infondatezza nel merito della domanda risarcitoria (l'unica ad essere residua in seguito all'esecuzione integrale del contratto nelle more del giudizio), non essendo configurabile una pretesa risarcitoria da danno emergente e da lucro cessante per perdita della chance di aggiudicazione in capo ad un'impresa concorrente, la quale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, poiché difetta uno degli elementi costitutivi del diritto al risarcimento dei danni, ossia la titolarità di una situazione giuridica soggettiva suscettibile di lesione. In altri termini, l'accoglimento della censura non impedisce l'esame nel merito del ricorso principale, ma costituisce ragione autonomamente sufficiente a sorreggere la statuizione reiettiva della domanda risarcitoria, già adottata dal T.a.r. in conseguenza dell'infondatezza dei motivi di ricorso principale di primo grado.

Pertanto, per ragioni di economia processuale, si ravvisa opportuno procedere, in via preliminare di merito (e non in via pregiudiziale di rito), all'esame della censura escludente dedotta dall'impresa aggiudicataria con il sopra richiamato motivo del ricorso incidentale di primo grado, devoluto in secondo grado con la sopra citata 'memoria e appello incidentale'.

15.2. Orbene, ritiene il Collegio che sia fondato il profilo di censura circa l'illegittima mancata esclusione dell'impresa *GIELLE* dalla gara a causa della risoluzione, per grave inadempimento, di un appalto aggiudicatole a suo tempo dal Comune di Trieste.

15.2.1. In linea di fatto, risulta documentalmente comprovato che il Comune di Trieste, con delibera n. 1157 del 23 novembre 2000, aveva disposto la risoluzione del contratto avente ad oggetto l'affidamento, all'impresa *GIELLE*, aggiudicataria in esito a procedura di evidenza pubblica, del servizio di manutenzione, controllo, ricarica e adeguamento dotazioni antincendio in edifici e automezzi di proprietà comunale, con la motivazione che, «*ai sensi dell'art. 6 del Capitolato Speciale d'Appalto, l'aggiudicatario, entro 7 giorni, doveva notificare per iscritto all'Amministrazione comunale il nominativo di un responsabile tecnico, munito della facoltà e dei mezzi occorrenti per tutte le provvidenze che riguardano l'adempimento contrattuale di natura tecnica e degli obblighi contrattuali*», ma che l'impresa *GIELLE*, «*ha indicato il nominativo di una persona non propria dipendente e di cui non poteva assicurare né la disponibilità incondizionata né la competenza richieste, tant'è che nessuno si è presentato per la consegna dei lavori, convocata per il 19/20/2000, senza produrre giustificazione in merito*», con la conseguenza che «*è venuto a mancare uno degli elementi indispensabili per l'esecuzione del servizio affidato, unitamente all'accertata mancata disponibilità dei mezzi richiesti*» e ritenendo pertanto «*necessario [...] procedere alla risoluzione del contratto Rep. 52630/00 nei confronti della GIELLE [...], salva ed impregiudicata l'azione per il risarcimento di eventuali maggiori danni*» (v. così, testualmente, la citata deliberazione comunale, *sub* doc. 20 del relativo fascicolo di primo grado).

Contrariamente all'assunto dell'odierna appellante principale *GIELLE*, il motivo di risoluzione contrattuale, lungi dal risolversi in «*meri disguidi nella fase di consegna dei lavori di dubbia imputabilità alla stessa Gielle*» (v. così, testualmente, le relative deduzioni difensive), integra all'evidenza un grave errore professionale, imputabile all'esclusiva sfera di responsabilità dell'appaltatrice, che ha reso impossibile l'esecuzione del contratto pubblico d'appalto intercorso con il Comune di Trieste e ha comportato la sua risoluzione per inadempimento.

15.2.2. In linea di diritto, ritiene il Collegio, in adesione all'orientamento giurisprudenziale maggioritario formatosi sul requisito dell'assenza di un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, di cui all'art. 12, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 157 del 1995 – cui corrisponde la fattispecie *ex art. 38, comma 1, lett. f)*, ultima parte, d.lgs. n. 163 del 2006 –, e sui correlati obblighi dichiarativi, che tale ipotesi non possa essere limitata ai soli errori commessi in precedenti rapporti con la stazione che ha indetto la gara, fondandosi la causa di esclusione in esame sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, con la conseguenza che le imprese concorrenti, in linea con l'onere collaborativo che sottende i rapporti con la pubblica amministrazione, sono onerate di dichiarare, a pena di esclusione, pregresse risoluzioni contrattuali anche se relative ad appalti affidati da altre stazioni appaltanti, diverse da quella che ha bandito la gara che, proprio per tale ragione, normalmente non è a conoscenza di tali fatti (v. in tal senso, *ex plurimis*, Cons. St., Sez. VI; 10 maggio 2007, n. 2245; Cons. St. Sez. III, n. 2289 del 2014; Cons. St., Sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4870).

15.2.3. Applicando tale principio di diritto alla fattispecie *sub iudice*, la dichiarazione circa l'assenza di cause di esclusione di cui all'art. 12 d.lgs. n. 157 del 1995 imposta dalla lettera di invito, quale effettuata dalla concorrente *GIELLE*, deve qualificarsi non conforme a verità e, per le considerazioni sopra svolte, deve ritenersi sussistente la causa di esclusione in esame, con la conseguenza che l'originaria ricorrente *GIELLE* doveva essere estromessa dalla gara.

15.3. Per le esposte ragioni, di natura assorbente – con conseguente superfluità di esaminare gli altri motivi dedotti nel presente grado sia in via principale sia in via incidentale –, si impone la conferma dell'impugnata sentenza, reiettiva del ricorso di primo grado, ma con diversa motivazione. Ne consegue, altresì, la reiezione dell'appello principale proposto dall'originaria ricorrente (in funzione dell'accoglimento della domanda risarcitoria) e la declaratoria d'improcedibilità dell'appello incidentale proposto dalla stazione appaltante, per assorbimento dei relativi motivi.

16. Tenuto conto di ogni circostanza connotante la presente controversia, si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 6024 del 2012), provvede come segue:

- (i) dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto da *Eusebi Service*, per intervenuta rinuncia, a spese del presente grado di giudizio interamente compensate tra le parti;
- (ii) accoglie il ricorso incidentale di primo grado proposto da *GSA*, respinge l'appello principale proposto da *GIELLE* e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza con diversa motivazione,
- (iii) dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto dalla stazione appaltante;

(iv) dichiara le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

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

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

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Vincenzo Lopilato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/05/2016

IL SEGRETARIO

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