

(2)

283028

Toenl



COMUNE DI MODUGNO
(Provincia di Bari)

COMUNE DI MODUGNO	
Prot. n. <u>20031</u>	
16 APR. 2009	
Cat. _____	Clas. _____
Fasc. _____	Sottofasc. _____

I SETTORE - UFFICIO LEGALE - CONTRATTI

Prot. n. _____

Modugno, 15 aprile 2009

Al Dirigente II Settore
SEDE

OGGETTO: Procedura affidamento servizio di manutenzione bagni pubblici comunali. Nota del 30/3/2009 prot. 16896 e del 6/4/2009 prot. 18374.

Con la presente, in riferimento alle comunicazioni pervenute, così come individuate in oggetto, a firma, la prima, dell'Istruttore Direttivo del II Settore, Avv. Fanizza, la seconda a firma della S.V., la sottoscritta rileva quanto segue.

In primo luogo, senza voler entrare nel merito dei rapporti interdisciplinari di Codesto Settore, si nutrono forti dubbi sul fatto che un dipendente, anche se istruttore direttivo, possa legittimamente inviare, sua sponte, missive ad appartenenti alla classe dirigenziale ed all'intera, o quasi, compagine amministrativa dell'Ente.

Si ritiene, infatti, che dette comunicazioni dovrebbero essere trasmesse dal Dirigente del Settore, se non per obbligo quanto meno per correttezza nei rapporti istituzionali.

In secondo luogo, per quanto concerne il contenuto della missiva a firma del dipendente Fanizza, la sottoscritta non può condividere le conclusioni ivi contenute, né i presupposti logico – giuridici su cui queste si fondano.

Infatti, per quanto concerne la richiesta di chiarimenti rivolta dalla S.V. al dipendente Fanizza, la stessa si presenta tutt'altro che pretestuosa atteso che, leggendo la relazione pervenuta dall'ufficio, si evince come la Cooperativa Vita Nova ha reso false dichiarazioni in sede di una precedente gara, circa il possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione, e che, per l'effetto, Codesto Settore ha trasmesso gli atti alla procura poiché costituenti notizia di reato in danno della Pubblica Amministrazione.

Sinceramente, anche sulla scorta della copiosa e consolidata giurisprudenza esistente sul punto, nonché ai sensi di quanto disposto dall'art. 38, comma 1, lettere f) e h), D. Lgs. 163/2006, la scrivente non può condividere le conclusioni cui è giunto il dipendente, cioè che la partecipazione della Cooperativa *de qua* sia "giuridicamente valida ed efficace".

Qualora così fosse, allora, qualsiasi ditta, cooperativa o altro, che, in precedenza, abbia reso false dichiarazioni in sede di gara o, comunque, abbia reso un cattivo servizio all'amministrazione appaltante potrebbe tranquillamente partecipare poiché, come asserisce il citato dipendente, l'Ufficio Legale ha dichiarato che non vi è contenzioso pendente.

A parte l'ovvia considerazione che lo scrivente ufficio non può essere a conoscenza degli atti compiuti da ciascun settore e che, in quanto tali, non vengono trasmessi alla scrivente, ma si evidenzia, sul punto, che l'assenza di contenzioso con le ditte partecipanti non esime il Settore procedente a verificare, tra i suoi atti, la sussistenza di elementi tali da rendere incompatibile la partecipazione ad una gara di una determinata ditta.

Infatti, per mero scrupolo, si precisa che, non ogni contenzioso in sede giudiziale è suscettibile di determinare motivo di esclusione dalla gara di una ditta: l'esclusione è giustificata solo nei casi in cui il contenzioso pendente derivi da grave inadempimento, negligenza o malafede della ditta nell'esecuzione di un precedente appalto.

Da tanto deriva che, come chiarisce anche una recente sentenza del TAR Abruzzo – Pescara n. 151 del 7/3/2008, ai fini dell'esclusione dalla gara di una ditta partecipante, ex art. 38 D.Lgs. 163/2006, "non è necessario che il comportamento di grave negligenza o mala fede sia accertato in sede giudiziale, essendo sufficiente la valutazione che la stessa amministrazione abbia fatto in sede amministrativa del comportamento tenuto in precedenti rapporti contrattuali..".

Ciò in quanto, sempre leggendo il contenuto della sentenza innanzi riportata, l'art. 38, sopra citato, costituisce uno strumento a presidio del rapporto fiduciario che deve intercorrere con la stazione appaltante e che richiede, ai fini dell'esclusione, una "motivata valutazione" che può essere anche quella del riferimento all'episodio già contestato.

Orbene, volendo pervenire ad una visione della problematica più aderente alle normative vigenti ed alla giurisprudenza esistente, la circostanza che il Dirigente II

Settore, in una precedente gara, abbia rilevato le dichiarazioni mendaci rese dalla Cooperativa Vita Nova, circa il possesso di requisiti richiesti per la partecipazione alla procedura stessa, e che, per l'effetto, abbia trasmesso gli atti alla Procura della Repubblica per l'esercizio dell'azione penale, costituirebbe atto idoneo ad integrare gli estremi per l'esclusione dalla gara della cooperativa Vita Nova, così come previsto dall'art. 38, comma 1, lett. f) e h) D.Lgs. 163/2006.

Giova, inoltre, rammentare alla S.V. che lo scrivente ufficio, con nota dell'11 marzo 2008 prot. 14321 che, per comodità si allega alla presente, aveva informato tutti i Dirigenti di Settore in merito all'avvenuta attivazione di procedura giudiziale avverso la Cooperativa Saturno, compresa la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica, rappresentando tali elementi motivo di esclusione dalle gare già bandite, o per quelle da espletarsi, della predetta cooperativa.

Tale nota, stranamente ignorata dal dipendente, sebbene riferita a soggetto diverso da quello di cui si discute, costituiva un valido precedente e supporto per addivenire alle conclusioni formulate dalla scrivente nel presente atto.

Rimanendo, comunque, a disposizione per qualsiasi chiarimento in merito si porgono Cordiali saluti

Il Responsabile Ufficio Legale

Avv. Cristina Carlucci



COMUNE DI MODUGNO

provincia di Bari

II SETTORE URBANISTICA E GESTIONE DEL TERRITORIO

Servizio Sportello Unico Attività Produttive

Via Rossini n° 49, piano secondo – 70026 Modugno – tel. +390805354841 – fax +390805865365
mailto:settore2@comune.modugno.ba.it

Prot. n. 18374

Modugno, 6 aprile 2009

Al Segretario Generale

Al Responsabile Ufficio Legale

Al Sindaco

All'Assessore al Personale

All'Assessore all'Ambiente

Loro Sedi

Oggetto: riscontro nota prot. 16896 del 30/03/2009.

In allegato alla presente, per opportuna conoscenza, si trasmette alle SS.LL. copia della missiva di riscontro alla nota in oggetto.

Cordialità.

IL DIRIGENTE II SETTORE

(Dott. Ing. Giuseppe CAPRIULO)



COMUNE DI MODUGNO

provincia di Bari

II SETTORE URBANISTICA E GESTIONE DEL TERRITORIO

Servizio Sportello Unico Attività Produttive

Via Rossini n° 49, piano secondo – 70026 Modugno – tel. +390805354841 – fax +390805865365

mailto:settore2@comune.modugno.ba.it

Prot. n. 18374

Modugno, 6 aprile 2009

Al Funzionario
Avv. Angelo Fanizza

e, p.c.
Al Dirigente I Settore
Dr.ssa Beatrice Maggio

Loro Sedi

Oggetto: riscontro nota prot. 16896 del 30/03/2009.

Si riscontra la nota in oggetto con la quale a fronte di quanto richiesto da questo Ufficio, pur con notevoli difficoltà esplicative nei Suoi confronti, viene formulato il predetto ed atteso parere istruttorio.

Nell'evidenziarLe che la Sua disquisizione in ordine alla responsabilità del procedimento, a norma dell'art. 6 comma 1 lett. A) della L. 241/90, come già evidenziato nella mia richiesta non è pertinente al caso *de quo*, ciò, tanto più, alla luce del fatto già noto alla S.V. che – ove mai Lei fosse stato membro della suddetta commissione – non avrebbe potuto, nè tanto meno dovuto, esprimere, a norma di legge, alcun parere in ordine alla procedura di che trattasi in quanto incompatibile.

Pertanto - *tralasciando le Sue del tutto personali e per nulla condivisibili valutazioni circa presunti "toni" dai "connotati coercitivi", solo per averLe chiesto un mero parere che attiene alle Sue obbligazioni lavorative a norma del vigente C.C.N.L.L. presso questo Ente* - La invito a non reiterare ulteriormente per l'ovvietà dei contenuti ed il superamento della materia, missive inerenti l'oggetto al mio indirizzo.

La invito altresì, e spero in forma definitiva, a evitare ulteriore impegno lavorativo per quanto sopra.

La invito, infine, a non usare carta intestata di questo Ente per comunicazioni inerenti fatti personali che La dovessero riguardare.

Cordialità.

per ricevuta 6/4/09 Dfa

IL DIRIGENTE II SETTORE
(Dott. Ing. Giuseppe CAPRIULO)

vedi anche art. 38^{co. 1} (lett. f) D. Lgs 163/06

LexItalia.it

Prima pagina | Legislazione | Giurisprudenza | Articoli e note | Forum on line | Weblog

Giurisprudenza

n. 3/2008 - © copyright

TAR ABRUZZO - PESCARA, SEZ. I - sentenza 7 marzo 2008 n. 151 - Pres. Zuballi, Est. Rasola - Tessitore S.p.A. (Avv. ti Cerceo, Piacentini, Vivani, Licci Marini e D'Amelio) c. A.R.P.A. S.p.A. (Avv. Referza e Malena) ed Italscania S.p.a. (Avv. Valorzi, Spagnolo e Visintainer) - (respinge).

1. Contratti della P.A. - Bando e lettera di invito - Previsione di condizioni più restrittive di quelle previste dalla legge - Possibilità - Limiti - Individuazione.

2. Contratti della P.A. - Gara - Esclusione - Ex art. 38.1, lett. f), D. L.vo n. 163 del 2006 - Per grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara - Natura - Individuazione - Motivazione - Necessità - Riferimento all'episodio contestato - Sufficienza.

3. Contratti della P.A. - Gara - Esclusione - Ex art. 38.1, lett. f), D. L.vo n. 163 del 2006 - Per grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara - Accertamento degli episodi contestati in sede amministrativa - Sufficienza.

4. Contratti della P.A. - Gara - Esclusione - Ex art. 38.1, lett. f), D.L.vo n. 163 del 2006 - Di impresa che, nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto con la stazione appaltante, abbia posto in essere un grave inadempimento per grave negligenza o malafede - Prevista dalla *lex specialis* - Legittimità - Fattispecie.

1. Nel bando di gara l'Amministrazione appaltante può autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito (1).

2. L'art. 38.1, lett. f) del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici), il quale prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi dei 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", non ha carattere sanzionatorio, ma contempla una misura a presidio dell'elemento fiduciario, che esclude di per sé qualsiasi automatismo, perché l'esclusione deve essere il risultato di una "motivata valutazione" (2); la motivazione, tuttavia, può essere costituita dal riferimento all'episodio contestato, in base ad un'attività di mero riscontro della fattispecie concreta con quella astratta.

3. Ai fini dell'applicabilità dell'art. 38.1, lett. f) del D.Lvo 12 aprile 2006 n. 163, non è necessario che il comportamento di grave negligenza o mala fede sia accertato in sede giurisdizionale, essendo sufficiente la valutazione che la stessa amministrazione abbia fatto in sede amministrativa del comportamento tenuto in precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare ad una nuova procedura di evidenza pubblica (3).

4. Ove il bando di gara e il capitolato speciale dispongano l'automatica esclusione dalla procedura di coloro che siano incorsi in grave inadempimento in forniture di beni e servizi alla stazione appaltante o che "abbiano in qualsiasi forma commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di precedenti prestazioni affidate dalla Società appaltante stessa", deve ritenersi legittimo, ex art. 38.1, lett. f), D.Lvo 12 aprile 2006 n. 163, il provvedimento di esclusione di una ditta che, risultata vittoriosa di una precedente procedura di evidenza pubblica, abbia fornito, alla P.A., in esecuzione del contratto successivamente stipulato, prodotti di qualità inferiore e/o comunque diversi e/o difformi da quelli dichiarati in sede di

offerta, così effettuando una mendace dichiarazione circa la qualità del prodotto e falsando il regolare svolgimento della gara, caratterizzato dal fraudolento conseguimento di un maggiore punteggio che, altrimenti, ove non vi fosse stato il mendacio, non sarebbe stato attribuito (4).

(1) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/62/cds4_2006-09-15-4.htm; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, 21 dicembre 2005, n. 14344.

(2) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 dicembre 2006, n. 7104, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/62/cds6_2006-12-04.htm secondo cui il provvedimento preclusivo della partecipazione deve essere congruamente motivato e rispondente al principio di proporzionalità.

(3) Cfr. T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, n. 5092/2006.

V. anche Cons. Stato, Sez. IV, 25 agosto 2006, n. 4999, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/62/cds4_2006-08-25-9.htm

(4) Nella specie la società esclusa era risultata in una precedente gara aggiudicataria della fornitura di 33 autobus, avendo conseguito il miglior punteggio e in particolare l'attribuzione di quattro punti per aver garantito la realizzazione del rivestimento esterno per almeno il 70% della superficie complessiva in acciaio inox e/o alluminio, oltre il punteggio per aver garantito la consegna degli automezzi nei termini previsti dalla disciplina di gara. Gli autobus, in numero di 12, dovevano essere consegnati il 9.12.2002, mentre gli altri 21 dovevano essere consegnati l'8.1.2003.

La dichiarazione relativa alla percentuale di rivestimento si era rivelata ben presto falsa, palesando l'evidente e scorretto obiettivo di conseguire irregolarmente il duplice punteggio previsto. Onde, per tale motivo era stata esclusa dalla gara.

Documenti correlati:

CONSIGLIO DI STATO SEZ. IV, sentenza 25-8-2006, n. 4999, pag. http://www.lexitalia.it/p/62/cds4_2006-08-25-9.htm (per l'esclusione dalla gara ex art. 75 D.P.R. n. 554/99 nei confronti dell'impresa incorsa in "grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara", è sufficiente fare riferimento alla valutazione in sede amministrativa), con commento di O. CARPARELLI.

CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI, sentenza 4-12-2006, n. 7104, pag. http://www.lexitalia.it/p/62/cds6_2006-12-04.htm (sull'applicabilità o meno agli appalti di forniture dell'art. 68 del r.d. n. 827/1924, secondo cui sono escluse dalle gare le ditte che, nell'eseguire altra impresa, si siano rese colpevoli di negligenza o malafede, sulla conformità o meno di tale norma al diritto comunitario e sui suoi presupposti applicativi).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 12-10-2004, n. 6541, pag. http://www.lexitalia.it/p/cds/cds5_2004-10-12-7.htm (sui presupposti necessari per disporre l'esclusione dalle gare di imprese che si siano rese colpevoli, in occasione di precedenti forniture, di negligenza o malafede).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI, sentenza 8-3-2004, n. 1071, pag. http://www.lexitalia.it/p/cds/cds6_2004-03-08.htm (per l'esclusione dalla gara ex art. 75 D.P.R. n. 554/99 nei confronti dell'impresa incorsa in "grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara", è sufficiente fare riferimento alla valutazione in sede amministrativa, non occorrendo attendere l'eventuale accertamento in sede giurisdizionale).

TAR PUGLIA - LECCE SEZ. II, sentenza 20-12-2007, n. 4309, pag. http://www.lexitalia.it/p/72/tarpugliale2_2007-12-20.htm (sulla legittimità o meno dell'esclusione di una ditta da una gara pubblica per grave negligenza, consistita nell'omessa sorveglianza di un cantiere, in pendenza dell'effettuazione del collaudo delle opere realizzate).

TAR CAMPANIA - NAPOLI SEZ. I, sentenza 16-6-2006, n. 7067, pag.

http://www.lexitalia.it/p/61/tarcampna1_2006-06-16.htm (sull'illegittimità di una deliberazione con cui un'Ausl ha disposto l'esclusione, da tutte le gare, di una impresa per grave negligenza durante l'esecuzione di un precedente contratto, ove tale deliberazione non sia stata preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento).

TAR LAZIO - ROMA SEZ. I TER, sentenza 12-12-2006, n. 14212, pag. http://www.lexitalia.it/p/62/tarlazioiter_2006-12-12.htm (sui presupposti necessari per disporre l'esclusione dalle gare di imprese che si siano rese colpevoli, in occasione di precedenti forniture, di negligenza o malafede ed in particolare sul presupposto della "gravità" che deve essere specificamente apprezzato dalla stazione appaltante).

TAR LAZIO - ROMA SEZ. III, sentenza 27-9-2006, n. 9461, pag. http://www.lexitalia.it/p/62/tarlazio3_2006-09-27.htm (sulla presupposti per l'applicazione dell'art. 75 lett. f) del D.P.R. n. 554/199 che prevede l'esclusione delle imprese che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati alla stazione appaltante e sull'applicabilità a tal fine in via analogica della lettera h della stessa norma che prevede un termine di efficacia di 1 anno dell'apposita annotazione nel casellario).

TAR LOMBARDIA - MILANO SEZ. III, sentenza 9-3-2004, n. 828, pag. http://www.lexitalia.it/p/tar/tarlombmi3_2004-03-09.htm (sulla esclusione dalla gara di una impresa allorché, tramite le risultanze del Casellario informativo dell'Aut. LL.PP., si scopra che ha falsamente dichiarato di non essere incorsa in grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 314 del 2007, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Tessitore S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Giulio Cerceo, Claudio Piacentini, Claudio Vivani, Alessandro Licci Marini, Piero D'Amelio, con domicilio eletto presso Giulio Cerceo in Pescara, via G. D'Annunzio 142;

contro

A.R.P.A. S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Pietro Referza, Massimo Malena, con domicilio eletto presso Paola Di Lorito in Pescara, via Caravaggio,174;

nei confronti di

Italscania-Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Valorzi, Marco Spagnuolo, Rosanna Visintainer, con domicilio eletto presso Marco Spagnuolo in Pescara, via Pesaro,41;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

DELLA DETERMINAZIONE, COMUNICATA CON NOTA N.2099 IN DATA 5 LUGLIO 07, CON LA QUALE L'A.R.P.A. SPA HA DISPOSTO L'ESCLUSIONE DELLA RICORRENTE DALLA GARA PER LA FORNITURA DI N.7 AUTOBUS; DEL BANDO DI GARA PUBBLICATO SULLA G.U.R.I. N.65 DEL 6 GIUGNO 2007; DEL CAPITOLATO SPECIALE D'ONERI; DEI VERBALI DI GARA E DI OGNI ALTRO ATTO PRESUPPOSTO E CONNESSO NONCHE' PER IL RISARCIMENTO DEL DANNO...

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.R.P.A. S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Italscania-Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21/02/2008 il dott. Luciano Rasola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 1° 8.2007 la Società Tessitore impugna la nota del 4.7.2007 con cui alla predetta si è comunicato che non poteva essere invitata a produrre offerta e che pertanto veniva esclusa dalla gara per la fornitura di 7 autobus, indetta dall'A.R.P.A. (Autolinee Regionali Pubbliche Abruzzesi Spa), essendosi resa gravemente inadempiente agli obblighi contrattuali in una precedente fornitura di 33 autobus, da detta Società effettuata, in cui ha apprestato mezzi assai difformi rispetto a quelli offerti, provvedendo alla consegna degli stessi con estremo ritardo per gli ingenti interventi di conformazione resisi indispensabili.

Precisa l'esponente che la gara in questione è la gara n. 6 ed è una delle 8 gare indette dall'A.R.P.A. per la fornitura di autobus di linea e da noleggio da rimessa, con servizio di "Full service".

Aggiunge che l'esclusione è stata determinata dall'applicazione delle previsioni contenute nel bando di gara (al punto subVI.3 lett.b "Informazioni complementari") e nel capitolato speciale (agli artt.2 e 7), che dispongono l'esclusione dalla procedura di coloro che siano incorsi in grave inadempimento in forniture di beni e servizi alla stazione appaltante o che "abbiano in qualsiasi forma commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di precedenti prestazioni affidate dalla Società appaltante stessa".

L'esponente quindi passa a tratteggiare gli accadimenti relativi alla precedente fornitura di n. 33 autobus, in cui si è verificato che gli autobus forniti, che dovevano essere composti, quanto ai rivestimenti esterni, in acciaio inox ed alluminio per almeno il 70% della superficie complessiva esterna dell'automezzo, presentavano di contro una superficie di alluminio ed acciaio inferiore a quella dichiarata in sede di offerta (più precisamente "pari al 56% circa di quella totale"), al che si ovviava mediante interventi integrativi, che tuttavia comportavano ritardi nella consegna con conseguente applicazione di penali, contestate in sede civile di fronte al Tribunale di Chieti.

Ciò detto in via di estrema sintesi per quanto concerne la precedente fornitura, la Società Tessitore affida il ricorso a due motivi, variamente articolati.

Con il primo sono censurati il bando di gara ed il capitolato speciale d'oneri per la violazione, sotto un duplice profilo, dell'art. 38.1, lett. f) del D.Lvo 12.4.2006, n. 163, e per eccesso di potere per illogicità e congruità, violazione del principio di parità di trattamento, nonché contraddittorietà manifesta.

Si sostiene che la *lex specialis*, prevedendo l'esclusione di concorrenti responsabili di "grave inadempimento", avrebbe introdotto una causa di esclusione di portata più ampia rispetto alle ipotesi di esclusione previste dall'art. 38 citato, limitate ai casi di "grave negligenza o malafede" nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante.

Sotto un secondo profilo sono contestate le previsioni del Capitolato speciale d'oneri, di cui, in particolare, quella contenuta nell'art. 7 che avrebbe stabilito l'automatica esclusione dei concorrenti che "secondo motivata valutazione della Società appaltante abbiano in qualsiasi forma commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di precedenti prestazioni affidate dalla Società appaltante stessa", elencando poi, esemplificativamente, alcune ipotesi riconducibili a detta fattispecie (rifiuto di ottemperare gli obblighi assunti, mancato riconoscimento di penalità, ecc.); si sostiene il contrasto con l'art. 38 del meccanismo di esclusione automatica dei concorrenti.

In relazione alle ipotesi indicate a titolo esemplificativo, in particolare, si rileva che, in quanto riferite a elementi di carattere "oggettivo", configgono con la ratio dell'art. 38, dall'altro che contrastano con il principio della parità di trattamento, in quanto la ricorrente ha pendente un contenzioso civile proprio per l'applicazione e riscossione di penali a carico della Tessitori per la ritardata consegna degli autobus.

Viene infine evidenziata la contraddittorietà tra bando e capitolato speciale.

Il bando infatti sostituisce la nozione di "grave inadempimento" alla causa di esclusione prevista dalla legge riguardante la "grave negligenza e malafede"; il Capitolato, pur richiamando all'art. 2 la nozione di "grave inadempimento", reintroduce all'art. 7 la formulazione di cui all'art. 38.

Il secondo motivo è rivolto avverso il provvedimento di esclusione, che sarebbe carente di motivazione, in violazione dell'art. 3 della L. 241/1990 e che si fonderebbe su un presupposto inesistente, quello del grave inadempimento nell'esecuzione della precedente fornitura.

Tutti i 33 autobus oggetto della fornitura sono stati accettati dall'A.R.P.A. e consegnati dalla Società ricorrente.

Per quanto concerne i tempi di consegna, i primi 10 autobus sono stati consegnati nei termini previsti, mentre per gli altri 23 autobus l'inosservanza del termine ultimo stabilito non sarebbe dipesa dalla volontà della Ditta Tessitore.

In ogni caso, ove voglia ipotizzarsi un inadempimento della Tessitore, esso non può essere qualificato "grave", non avendo l'A.R.P.A. risolto il contratto d'appalto, ma avendo solo applicato una penale.

D'altro canto, in occasione del collaudo finale di accettazione del 10.6.2003 l'A.R.P.A. riconosceva l'insussistenza sul piano contrattuale di grave inadempimento della Tessitore.

Con altro motivo si contestano le motivazioni poste a fondamento dell'esclusione, dal momento che gli accertamenti eseguiti già in data 29.1.2003 avevano dato un esito del tutto favorevole, mentre pienamente positivo era risultato il collaudo finale di accettazione del 10.6.2003.

Per quanto riguarda poi il tempo di consegna, la ricorrente ritiene che debba essere respinta la ricostruzione addotta dall'A.R.P.A.

Viene avanzata richiesta di risarcimento danni.

Con memoria depositata il 5.9.2007, si è costituita in giudizio la Società appaltante che replica analiticamente alle argomentazioni di parte ricorrente, ritenendole infondate e chiedendo che il ricorso sia respinto.

All'udienza camerale del 6.9.2007, questo TAR ha respinto l'istanza cautelare, impugnata dinanzi al Consiglio di Stato che accoglieva l'istanza di sospensione, ritenendo la tesi dell'appellante meritevole di favorevole valutazione, considerando i presupposti della disposta esclusione e l'interesse cautelare dell'appellante suscettibile di essere soddisfatto mediante l'ammissione con riserva alla gara, che nel frattempo tuttavia era stata già aggiudicata.

Il giudice di appello demandava altresì a questo Tribunale di valutare eventuali ulteriori domande cautelari proposte per ottenere la sospensione degli effetti dell'intervenuta aggiudicazione.

Con atto di motivi aggiunti, notificato il 23.11.2007, la Società Tessitore impugna il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara alla Ditta Italscania Spa, intervenuta nelle more del proposto giudizio di appello al Consiglio di Stato avverso l'ordinanza n. 172/2007 di questo TAR con cui è stata rigettata l'istanza

cautelare, ordinanza peraltro riformata in sede di appello.

Col primo dei motivi aggiunti la Società Tessitore deduce l'illegittimità derivata dalla illegittimità della sua esclusione dalla procedura, posto che nella gara del 2002 non si sarebbe verificato "grave inadempimento", per cui la predetta ricorrente ripercorre l'intera vicenda della precedente fornitura onde dimostrare l'insussistenza del grave inadempimento, ammessa dalla stessa A.R.P.A., sulla base peraltro di due pareri legali e di pareri tecnici, atteso che in definitiva gli autobus erano stati collaudati e consegnati.

Con ulteriore memoria depositata il 19.12.2007 l'A.R.P.A. eccepisce l'inammissibilità dei motivi aggiunti sia per indeterminatezza degli atti impugnati, sia perché avrebbero dovuto essere proposti nel ricorso originario, che viene tardivamente integrato con argomenti che, con riguardo alla gara del 2002, tendono a dimostrare che non si sarebbe verificato "grave inadempimento"; per il resto si insiste in termini ampi e articolati nelle tesi esposte.

In vista della nuova udienza camerale fissata per 20.12.2007, i difensori delle parti hanno chiesto che la causa fosse decisa nel merito.

Con atto depositato l'8.2.2008 si è costituita in giudizio la Società Italscania Spa, che è risultata aggiudicataria della gara in questione e che deposita atti e documenti vari, producendo in data 15.2.2008 articolata memoria difensiva con cui contesta il ricorso e i motivi aggiunti in quanto inammissibili oltre che infondati in fatto e in diritto.

In vista dell'udienza di merito le parti hanno prodotto ulteriori memorie e documenti.

La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza pubblica del 21 febbraio 2008.

DIRITTO

Con il ricorso proposto la Società ricorrente impugna il provvedimento di esclusione dalla gara indetta dall'A.R.P.A. (Autolinee Regionali Pubbliche Abruzzesi), per la fornitura di 7 autobus con servizio di "full service", di cui alla determinazione comunicata con nota del 4.7.2007, con cui si specificava che "Tessitore Spa, già aggiudicataria della gara d'appalto per la fornitura di n. 33 autobus interurbani lunghi, di cui al bando ARPA 10.4.2002, si è resa...gravemente inadempiente degli obblighi contrattuali", avendo apprestato "mezzi assai difformi rispetto a quelli offerti e, a seguito degli ingenti interventi di conformazione resisi indispensabili, ha effettuato la consegna degli autobus con estremo ritardo rispetto alle scadenze contrattuali".

L'impugnativa investe anche il bando di gara nella parte in cui stabilisce l'esclusione degli offerenti che siano incorsi in grave inadempimento in forniture di beni o servizi alla stazione appaltante, nonché il capitolato speciale d'oneri allegato al bando, nella parte in cui è prevista l'esclusione automatica dalla partecipazione i con concorrenti che, secondo motivata valutazione, "abbiano commesso... grave negligenza o malafede nell'esecuzione di precedenti prestazioni affidate dalla Società appaltante stessa....".

1. Ciò premesso, va esaminato il primo motivo di ricorso con cui si deduce la violazione dell'art. 38.1, lett.f) del D.Lvo 163 del 12.4.2006 in quanto il bando, precludendo la partecipazione dei soggetti incorsi in un grave inadempimento in precedenti forniture, avrebbe dilatato l'ambito delle cause di esclusione previste dalla disposizione ricordata.

La censura non appare fondata.

La norma appena citata stabilisce, tra l'altro, l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi dei 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".

In disparte che siffatta previsione normativa è testualmente riproposta nel capitolato d'oneri, non sembra che l'ipotesi del grave inadempimento di cui parla il bando di gara dilati in modo irragionevole e illogico il ventaglio delle cause di esclusione dalla procedura, sovvertendo il dettato normativo, trattandosi di contro di una locuzione che evidenzia meglio la fattispecie idonea ad incrinare l'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico e che ricomprende in sé le ipotesi della grave negligenza e della malafede.

La stazione appaltante, in altri termini, non sembra che abbia introdotto una condizione di partecipazione ulteriore rispetto a quella stabilita dalla legge, anche se, "nel bando di gara l'amministrazione appaltante può autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito" (C.S., sez. IV, 15.9.2006, n. 5377; TAR Lazio, Roma, sez. I, 21.12.2005, n.14344).

Ciò, in quanto, "in materia di requisiti di ammissione alle gare d'appalto della pubblica amministrazione, le norme regolatrici, sia comunitarie che interne, prevedono fattispecie elastiche, strutturate su concetti non tassativi, ma indeterminati, che implicano, per la loro definizione da parte dell'interprete, un rinvio alla realtà sociale", con la conseguenza che in sede di formulazione del bando non può non riconoscersi all'amministrazione la facoltà sopra indicata, onde adeguare, integrandola, se del caso, la fattispecie normativa astratta alla fattispecie concreta, salvo il rispetto del limite della logicità e ragionevolezza, limite che nella specie non appare affatto superato.

Il riferimento normativo alle ipotesi della "grave negligenza e della malafede" costituisce il riferimento a due ipotesi di "grave inadempimento", nelle quali comunque si aggrava la lesione del rapporto fiduciario.

Se l'esclusione dalla gara disposta dall'art. 38.1, lett.f) del D.Lvo 163/2006, secondo la giurisprudenza (C.S., sez. IV, 25.8.2006, n.4999), non ha carattere sanzionatorio, ma è prevista a presidio dell'elemento fiduciario, la rilevanza di detto elemento non può non ridondare in senso espansivo relativamente all'ambito delle cause comunque rientranti nella nozione di "grave inadempimento" e comportanti l'impossibilità di ulteriori rapporti con il concorrente che in precedenti situazioni contrattuali si sia reso responsabile verso la stessa stazione appaltante di comportamenti tali da far venir meno il requisito dell'affidabilità.

Una lettura restrittiva delle ipotesi di cui alla disposizione in argomento, che tenda rigidamente a limitare l'area delineata dai concetti di "grave negligenza" e di "malafede", finisce per risolversi in una minore tutela dell'elemento fiduciario che deve intercorrere tra le parti contraenti.

A proposito dell'art. 11.1 lett. c) del D.Lvo 358/1992, che prevede l'esclusione dalle gare dei soggetti che abbiano commesso un "grave errore" nell'esercizio della propria attività professionale, il Consiglio di Stato riconduce tale ipotesi al più ampio concetto di "violazione dei doveri professionali" che abbraccia, alla stessa e parallela stregua del "grave inadempimento", un'ampia gamma di ipotesi, riconducibili alla negligenza, all'errore ed alla malafede, purché tutte qualificabili "gravi", richiedendo che la responsabilità risulti accertata e provata con qualsiasi mezzo di prova, sebbene senza la necessità di una sentenza passata in giudicato (C.S., sez. V, 12.10.2004, n. 6541).

Sotto tale profilo, appare fuorviante il riferimento, sic et simpliciter, operato in ricorso, al principio (TAR Lazio, Roma, sez. I, 12.12.2006, n. 14212), secondo cui "la disciplina della esclusione dei concorrenti dalle gare pubbliche costituisce necessariamente un regime legale tipico di norme a fattispecie esclusiva perché preordinato a comprimere posizioni di diritto soggettivo che trovano la loro tutela nella Costituzione (artt. 3 e 41)"; il principio, infatti, è enunciato non nell'ottica di limitare il potere discrezionale della stazione appaltante di fissare nel bando di gara requisiti di ammissione "diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali" (cfr. C.S., sez. IV, n. 5377/2006 citata), ma per imporre una motivazione particolarmente rigorosa nell'apprezzamento (nel caso esaminato nella citata pronuncia n. 14212/2006), dell'errore grave, tenuto conto che la disciplina dei casi di esclusione, tipizzata legalmente, lo è (o può esserlo) anche nel bando.

Non può trascurarsi, infine, di considerare che, a ben vedere, la Società ricorrente dà un rilievo del tutto strumentale alla introdotta previsione del "grave inadempimento", in quanto, anche in assenza di detta previsione, l'esclusione può trovare e trova fondamento nella violazione dei principi di correttezza e buona fede, cui è riconducibile la nozione legale di comportamento gravemente negligente o in "malafede", quali cause di esclusione, previste sia dall'art. 38 più volte menzionato sia dal Capitolato speciale d'oneri (art. 7), posto che l'esclusione è motivata, tra l'altro, con il riferimento all'aver la Società Tessitore apprestato, nella precedente fornitura, "mezzi assai difformi rispetto a quelli offerti", il che configura, come appresso meglio si specificherà, una condotta riconducibile alla grave negligenza o malafede, cause di esclusione queste in ordine alle quali nulla si dice in ricorso, avendo la contestazione "preso di mira" esclusivamente la fattispecie del "grave inadempimento".

2. Del tutto inconsistente, nonostante l'abile prospettazione, appare anche il secondo motivo dedotto, con cui si contesta la legittimità dell'art. 7 del Capitolato speciale d'oneri nella parte in cui stabilisce l'automatica esclusione dei concorrenti che secondo "motivata valutazione" della Società appaltante, abbiano in qualsiasi

forma commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di precedenti prestazioni affidate sempre dalla medesima Società appaltante, elencando quindi alcune ipotesi da ricomprendersi in dette fattispecie ("rifiuto di ottemperare agli obblighi assunti, mancato riconoscimento di penalità, mancato saldo di importi dovuti, ecc.").

In proposito, giova il riferimento alla sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. III, 27.9.2006, n. 9461, secondo cui "il grave inadempimento che, ai sensi dell'art. 75.1, lett.f) DPR 554/1999 (oggi art. 38 già citato), preclude la partecipazione alle gare d'appalto di lavori pubblici e la stipula dei relativi contratti, va valutato discrezionalmente in relazione all'influenza negativa sul rapporto fiduciario con l'impresa...; pertanto non costituisce, al pari di altre ipotesi quali quella del collegamento sostanziale, una causa automatica di esclusione".

E che nella specie, non si sia trattato di esclusione automatica, ma di provvedimento oggetto di una motivata e discrezionale ponderazione, è provato dalla circostanza che la valutazione ha trovato il suo pregnante "ubi consistam" nel riferimento ai "mezzi assai difformi rispetto a quelli offerti", apprestati dalla Società Tessitore nella precedente fornitura, difformità che, per tutte le conseguenze derivatene nella pregressa vicenda, ha inciso negativamente sul rapporto fiduciario, il che si desume chiaramente dal tenore della nota del 4.7.2007, secondo cui "Tessitore Spa non può essere invitata a produrre offerta e pertanto è esclusa dalla gara in oggetto"; del tutto irrilevante appare pertanto la previsione dell'automatica esclusione di cui al capitolato speciale, posto che siffatta previsione nei fatti non ha trovato attuazione alcuna, essendo stata l'esclusione ampiamente motivata, non potendo -si aggiunge- trovarla nemmeno in teoria.

L'astratta previsione di capitolato, infatti, così come formulata, esclude di per sé qualsiasi automatismo, perché se l'esclusione deve essere il risultato di una "motivata valutazione", il che si è puntualmente verificato nella specie, va da sé che non può parlarsi di "esclusione automatica", che non ha bisogno di essere giustificata da una valutazione motivata, basandosi su un'attività di mero riscontro della fattispecie concreta con quella astratta..

Evidente è la intrinseca contraddizione in termini, che tuttavia non si risolve in senso pregiudizievole per i suoi destinatari, della disposizione capitolare in argomento, ove si rifletta che la previsione di una esclusione che deve essere il frutto di una valutazione motivata esclude in sé qualsiasi possibilità di una esclusione automatica.

Nella specie, la discrezionale valutazione compiuta è stata incentrata sul contegno di malafede, configurante grave inadempimento, o, comunque, se si vuole escludere indulgentemente tale elemento, su un contegno di grave negligenza configurante anch'essa grave inadempimento, tenuto nella precedente fornitura, in cui sono stati forniti mezzi assai difformi rispetto a quelli dichiarati in offerta, il che, in disparte il grave ritardo verificatosi nella consegna dei mezzi stessi, ha di per sé influenzato negativamente il rapporto fiduciario con l'impresa, tanto da farla ritenere inaffidabile e non degna di essere invitata alla gara in questione.

In relazione poi alle ipotesi indicate a titolo esemplificativo (e sopra riportate), in cui è ravvisabile la grave negligenza o la malafede nell'esecuzione di precedenti prestazioni, contrariamente a quanto si sostiene circa il carattere "oggettivo" degli elementi di riferimento (penali, mancato saldo di importi, ecc.), che, secondo parte ricorrente, porterebbe alla esclusione automatica, si rileva che l'esclusione, anche in tal caso, non può essere mai automatica, dovendo sempre essere sorretta da una "motivata valutazione".

Non viola poi il principio della parità di trattamento l'aver previsto tra dette ipotesi esemplificative il "mancato riconoscimento di penalità", avuto riguardo alla situazione della ricorrente che, in sede civile ha pendente un contenzioso con l'A.R.P.A., in cui ha contestato l'applicazione di penali per la ritardata consegna degli autobus della precedente fornitura; nessuna violazione del ricordato principio paritario si è verificata in quanto, nonostante detta previsione, l'esclusione non è stata determinata da una siffatta ragione.

3. Con ulteriore motivo la Società Tessitore contesta il provvedimento di esclusione per difetto di motivazione e per eccesso di potere per carenza del presupposto, sostenendo che non sarebbe ad essa imputabile alcun inadempimento nella pregressa vicenda contrattuale svoltasi a seguito di gara d'appalto indetta dall'A.R.P.A. il 10.4.2002 per la fornitura di n. 33 autobus e aggiudicata alla predetta società, che ripercorre pertanto le varie fasi di detta fornitura, meglio e più ampiamente illustrate poi nell'atto di motivi aggiunti, proposto per l'impugnativa dell'aggiudicazione alla ditta Troiani Srl della gara da cui la Tessitore è stata esclusa.

Si afferma che tutti i 33 autobus sono stati accettati dall'A.R.P.A., sia pure a seguito di "interventi integrativi" apportati dall'impresa aggiudicataria per quanto concerne le percentuali in acciaio inox e alluminio dei rivestimenti esterni e che la consegna in ritardo dei mezzi non sarebbe dipesa dalla volontà della ricorrente. In

ogni caso non può discorrersi di inadempimento "grave", atteso che l'A.R.P.A. non ha risolto il contratto d'appalto.

Prima di procedere oltre, occorre esaminare, a proposito dei motivi aggiunti, le eccezioni di inammissibilità elevate dall'A.R.P.A. sia per indeterminatezza dell'atto di aggiudicazione impugnato, di cui non sono indicati gli estremi, sia perché detti motivi sarebbero integrativi di vizi proposti avverso l'atto di esclusione dalla gara che avrebbero dovuto essere proposti nel ricorso originario.

Le eccezioni vanno entrambe disattese.

Per quanto concerne l'atto di aggiudicazione, in disparte che dal testo dell'atto di motivi aggiunti è possibile l'esatta e completa individuazione dell'atto che si è inteso di impugnare, si rileva che lo stesso è stato depositato in giudizio dall'A.R.P.A., per cui, essendosene conosciuti gli estremi, nessuna necessità aveva e ha la Società Tessitore di predisporre ulteriori motivi aggiunti.

Anche la seconda eccezione va disattesa, poiché i motivi definiti "aggiunti", altro non sono che sviluppo dei motivi in breve già rappresentati nel ricorso introduttivo del giudizio a proposito della gara svoltasi nel 2002..

Ciò detto, prima di esaminare restroiettivamente, sia pure in via di estrema sintesi, la vicenda pregressa, va ricordato il principio per cui l'esclusione dalla gara, disposta, ex art. 38.1, lett.f) del D.Lvo 163/2006, del concorrente che abbia commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di forniture affidate dalla stessa stazione appaltante che bandisce la gara tende a tutelare l'elemento fiduciario che deve sussistere nei rapporti contrattuali di appalto pubblico fin dall'inizio (C.S., sez. IV, 4999/2006, già citata).

In ordine alla valutazione circa la sussistenza o meno del necessario requisito di affidabilità, la citata norma (il che del resto era anche desumibile dalla normativa precedente) affida un potere ampiamente discrezionale all'amministrazione, cui è riservata la potestà di valutare la gravità delle infrazioni commesse, con riferimento alla specificità del rapporto, e di reputare se, a causa del comportamento tenuto dalla controparte, sia venuto meno il rapporto fiduciario con la stessa impresa, al punto da non consentirle ulteriori possibilità di contrattare con essa (TAR Sardegna, Cagliari, sez.I, 7.7.2006, n. 1433; C.S., sez. V, 20.10.2005, n. 5892).

Aggiunge la giurisprudenza che non è necessario che il comportamento di grave negligenza o mala fede sia accertato in sede giurisdizionale, essendo sufficiente la valutazione che la stessa amministrazione abbia fatto in sede amministrativa del comportamento tenuto in precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare ad una nuova procedura di evidenza pubblica (TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 5092/2006 già citata).

Il provvedimento preclusivo della partecipazione deve essere congruamente motivato e rispondente al principio di proporzionalità (C.S., sez. Vi, 4.12.2006, n. 7104).

Circa la sussistenza della congrua motivazione posta a fondamento dell'esclusione, non pare possano e debbano esserci dubbi, per cui si rinvia al tenore testuale del provvedimento e a tutte le argomentazioni innanzi svolte.

Si tratta di esaminare se la disposta interdizione dalla partecipazione alla gara risponda anche al principio di proporzionalità, tenuto conto dei presupposti, che la Tessitore afferma carenti, il che implica di ripercorrere i tratti salienti della vicenda pregressa.

La Società Tessitore è risultata aggiudicataria nella precedente gara della fornitura di 33 autobus, avendo conseguito il miglior punteggio e in particolare l'attribuzione di quattro punti per aver garantito la realizzazione del rivestimento esterno per almeno il 70% della superficie complessiva in acciaio inox e/o alluminio, oltre il punteggio per aver garantito la consegna degli automezzi nei termini previsti dalla disciplina di gara. Gli autobus, in numero di 12, dovevano essere consegnati il 9.12.2002, mentre gli altri 21 dovevano essere consegnati l'8.1.2003.

La dichiarazione relativa alla percentuale di rivestimento si rivelava ben preso falsa, palesando l'evidente e scorretto obiettivo di conseguire irregolarmente il duplice punteggio previsto, cui sopra si è fatto cenno..

Ad un primo collaudo, infatti, effettuato invero in modo non approfondito anche in base alla dichiarazione resa dalla Ditta, relativo a 10 automezzi, seguiva in data 3.12.2002 il collaudo degli altri 23 autobus, che dava esito negativo, accertandosi, in base a rilevazioni più attente, che la percentuale di acciaio inox dei

rivestimenti era pari al 56%, di gran lunga inferiore al 70% dichiarato in sede di offerta.

Dopo aver ribadito, con nota del 2.1.2003, la corrispondenza delle percentuali in acciaio inox ed alluminio a quelle dichiarate, con nota del 22.1.2003 la Tessitore riconosceva la mancanza di detta corrispondenza, per cui effettuava "interventi integrativi" ed in data 29.1.2003 i tecnici dell'A.R.P.A. potevano in effetti constatare che, per effetto di detti interventi, la percentuale di acciaio superava il 70%, limitatamente tuttavia ad uno solo dei mezzi, l'unico messo a disposizione della committente.

In data 21.3.2003 la ricorrente provvedeva a conformare tutti i mezzi oggetto della fornitura, richiedendo il collaudo, che, effettuato in data 11.4.2003, dava esito negativo.

Solo l'11.6.2003 si effettuava un ulteriore finale collaudo che dava esito positivo e a seguito del quale, in data 4.7.2003, veniva effettuata la consegna effettiva degli autobus, con un notevole ritardo rispetto a quelli che erano i tempi di consegna prestabiliti e che comportava l'applicazione di penali, per le quali pende contenzioso in sede civile.

Così stando le cose, sostenere, come fa la ricorrente, che non si può parlare di inadempimento, solo perché, riscontrata la difformità, a questa è stato posto rimedio in attuazione di una previsione contenuta nel Capitolato speciale della gara del 2002, appare quanto meno abnorme.

In ordine alla previsione di Capitolato, sembra opportuno spendere qualche precisazione.

Detto documento, in effetti, all'art. 7, prevede che "in caso di esito negativo di collaudo, il fornitore dovrà provvedere, a propria cura e spese, alla rimozione delle difformità contestate ed indicate nel verbale redatto; dovrà inoltre provvedere a ripristinare il veicolo per un ulteriore collaudo".

Orbene, se anche la disciplina di gara prevedeva siffatta possibilità, che sembra limitata a difformità non rilevanti, non può trascurarsi di considerare che le difformità riscontrate, nella specie, non sono state di lieve entità, ma hanno investito tutti i 33 autobus (non uno o due o cinque autobus) in relazione ad un aspetto essenziale della fornitura, che ben avrebbe potuto indurre la stazione appaltante ad annullare l'aggiudicazione; soprattutto va considerato anche che la mendace dichiarazione prodotta in sede di offerta circa la qualità del rivestimento esterno dei 33 mezzi ha falsato il regolare svolgimento della gara, in quanto ha valso il fraudolento conseguimento da parte del Tessitore di un duplice punteggio che altrimenti, ove non vi fosse stato il mendacio, non sarebbe stato attribuito, con la conseguente aggiudicazione di quell'appalto alla ditta De Simon, seconda classificata, che non a caso ha chiesto l'annullamento, per tale difformità, degli atti di quella procedura, con ricorso n.97/2003 respinto con sentenza di questo TAR n. 434/2003, solo perché tardivamente proposto.

Il regolare svolgimento della gara è rimasto alterato anche per la evidente violazione della "par condicio", derivante dalla consistenza degli interventi integrativi resisi necessari per conformare gli automezzi alle prescrizioni di gara, in quanto la rilevante consistenza di detti interventi ha finito per alterare il contenuto della stessa offerta, che, inizialmente non rispondente ai mezzi offerti, è stata resa accettabile solo ex post.

L'A.R.P.A., in quell'occasione ha ritenuto opportuno, per evidenti ragioni di economia, di avvalersi, forzandone in qualche misura l'ambito applicativo, della previsione di capitolato, che disciplina una soluzione conservativa, in coerenza con il diritto comune, e cioè con l'art. 1453 c.c., secondo cui nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo il risarcimento del danno.

La richiesta di adempimento, nella specie, ha avuto quale logico presupposto l'indubbio inadempimento dell'obbligazione, costituito dalla difformità della qualità del materiale di rivestimento degli autobus, estesa al complesso dei predetti, per cui non rileva che l'A.R.P.A. non abbia provveduto a risolvere il contratto d'appalto, in quanto la facoltà di risolvere il contratto è alternativa alla conservazione dello stesso.

Se, in altri termini, è stata riscontrata la difformità di cui sopra, dato questo incontestabile, è stato riscontrato l'inadempimento, che, se nella specie non ha comportato la risoluzione del rapporto, ha tuttavia avuto quale conseguenza un notevole ritardo nella consegna degli automezzi, imputabile in via esclusiva alla condotta della Tessitore, ritardo che, se non ha raggiunto gli otto mesi, termine questo il cui decorso consentiva, ex art. 6 del Capitolato, la risoluzione del contratto, non può tuttavia non essere ritenuto grave, tanto che ha dato luogo all'applicazione di penali contestata in sede civile.

Per le ragioni appena espresse, risibile appare la tesi della ricorrente allorché cerca di far leva, dandone una lettura di comodo, sul parere del professor Di Majo, richiesto dall'A.R.P.A., che contiene una macroscopica contraddizione.

Non può infatti affermarsi che "nel caso di specie, di difformità si era trattato, per ciò che riguardava la percentuale di rivestimento di metallo", per poi concludere che "non può parlarsi di inadempimento del fornitore ove esso, secondo quanto previsto dal capitolato stesso, abbia provveduto a sue spese a rendere esatta la prestazione dovuta".

La logica vuole che se c'è stata difformità e, nella specie, come visto, di notevole consistenza, c'è stato inadempimento, che è il dato rilevante ai fini della valutazione dell'elemento fiduciario. Se poi all'inadempimento si è posto rimedio, in applicazione della previsione capitolare, ciò non vale ad eliminare la libera valutazione in ordine all'elemento fiduciario da parte della stazione appaltante, che non può essere obbligata a trattare ulteriormente con la stessa ditta, che con il suo comportamento nella precedente fornitura, ha dato luogo ad una vicenda non commendevole, sotto il profilo della grave scorrettezza soggettiva e oggettiva e che sta avendo, a quanto pare, strascichi non solo in sede civile, per la contestazione delle penali applicate, ma anche in sede penale per il reato di frode in pubbliche forniture.

Ciò detto, deve darsi atto che, alla stregua dei principi giurisprudenziali sopra enunciati, la stazione appaltante correttamente ha valutato il contegno pregresso tenuto dalla Tessitore come gravemente inadempiente per la notevole difformità dei mezzi apprestati rispetto a quelli offerti e per il conseguente estremo ritardo nella consegna degli stessi, contegno tale che, nella motivata valutazione della stazione appaltante, ha gravemente corroso l'elemento fiduciario.

In tale valutazione, l'amministrazione esercita il potere ampiamente discrezionale di giudicare la maggiore o minore gravità delle infrazioni commesse che solo ad essa spetta, potere che deve essere motivato, com'è nella specie, e corrispondere al principio di proporzionalità e che, in quanto espressione della più ampia discrezionalità, appare sottratto al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non sia esercitato immotivatamente e in modo incongruo.

Avendo motivatamente giudicato gravi le infrazioni commesse, la determinazione di interdire la partecipazione della ricorrente alla gara in questione deve ritenersi misura anch'essa legittima sotto il profilo della proporzione.

Nessun rilievo può infine avere il fatto che la Società ricorrente sia risultata aggiudicataria di una fornitura di pezzi di ricambio per autobus, sia perché la disciplina di quella selezione concorsuale non prevedeva l'esclusione in caso di inadempimento, sia perché del tutto diversa è la natura dell'oggetto di detta fornitura, relativo a pezzi di ricambio.

Per le ragioni tutte che precedono il ricorso va respinto.

Le spese di causa, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la ditta ricorrente al pagamento delle spese di causa, che si liquidano in € 4.000,00, da ripartirsi in uguale misura a favore dell'A.R.P.A. e della ditta controinteressata.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 21/02/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Michele Eliantonio, Consigliere

Luciano Rasola, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 07/03/2008.



* Inizio pagina



COMUNE DI MODUGNO

Provincia di Bari

II SETTORE POLITICHE AMBIENTALI E QUALITA' DELLA VITA

Via Rossini n° 49, piano primo – 70026 Modugno – tel. +390805865332 – fax +390805865368
mailto:settore10@comune.modugno.ba.it

Prot. 16896

Modugno 30.3.2009

Al Dirigente II Settore

p.c.

Al Sindaco

All'Assessore al Personale

Al Responsabile del Procedimento
Dott. Saverio Simeone

Al Dirigente I Settore



Al Responsabile Ufficio Legale

Al Segretario Generale

All'Assessore alle Politiche Ambientali

Oggetto: Riscontro nota prot. 16764 del 27.3.2009. Procedura di affidamento per manutenzione dei bagni pubblici comunali.

Si riscontra nuovamente la nota di codesto Dirigente, con cui si reitera la richiesta di resa di un parere, relativo ad una procedura di gara già indetta e in corso di svolgimento, sulla *“ammissibilità, a norma di legge, della Cooperativa Vita Nova. Ciò con particolare riferimento agli atti e determinazioni già assunti da questo Settore e/o depositati”*: parere che – si ribadisce – ad avviso del sottoscritto non è per legge dovuto.

Ciò in quanto, com'è noto e già ribadito nella mia prot. 16350 del 26.3.2009, il sottoscritto non ricopre la qualifica di responsabile del procedimento nell'indizione della procedura di che trattasi: solo tale organo, ex art. 6, comma 1, lett. a) della legge n. 241/90 *“valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione del provvedimento”*.

Oltre a ciò, il sottoscritto ha rassegnato le proprie dimissioni, atto unilaterale recettizio, dalla Commissione di gara giusta nota prot. 14746 del 17.3.2009, peraltro dopo averne data anticipazione verbale a codesto Dirigente.

In ogni caso, rispetto alla nota dirigenziale, che – sia detto senza accenti acrimoniosi – ad avviso dello scrivente assume per il merito, e forse anche per i toni, della stessa, connotati coercitivi, si procede ad assolvere alla stessa, nei limiti richiesti nella nota prot. 15944.

Tanto premesso si osserva che:

- 1) codesto Dirigente ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di che trattasi, invitando, attraverso specifici poteri di selezione attribuitigli dalla legge, una serie di soggetti partecipanti, tra cui, appunto, la coop. Vita Nova (determina n. 105/2008);

- 2) nel recente passato detta cooperativa ha partecipato, in associazione temporanea di imprese con altra cooperativa, ad una precedente procedura, di analoga tipologia (negoziata), ottenendo una aggiudicazione provvisoria (determina n. 72/AMB/II del 30.11.2007) poi annullata, giusta determina, sempre di codesto Dirigente, n. 145 del 31.3.2008;
- 3) l'adozione dell'annullamento è conseguita all'esperimento, da parte di codesto Dirigente, di un apposito procedimento di verifica ex art. 12 d.lgs. n. 163/2006, contraddistinto in via istruttoria dalla richiesta (prot. 2792 dell'11.01.2008) ed acquisizione (prot. 4570 del 23.1.2008) del parere dell'Avvocatura Comunale, ma soprattutto (profilo rilevante) per profili di irregolarità del DURC in capo ad una delle ditte partecipante in A.T.I., appunto la coop. Vita Nova, la quale, peraltro, a quanto è noto, ha sanato in tempi successivi la propria posizione di irregolarità contributiva;
- 4) codesto Dirigente, inoltre, ha provveduto a notificare l'Autorità giudiziaria in relazione alla non veridicità della dichiarazione di regolarità contributiva espressa in corso di gara dalla predetta ATI, segnatamente dalla stessa Vita Nova (procedimento di cui il sottoscritto, ad oggi, non ha notizia di provvedimenti giudiziari);
- 5) con la medesima determinazione di annullamento codesto Dirigente ha, inoltre, deciso di *"Provvedere, al fine di non pregiudicare i diritti dell'utenza, alla gestione in via urgente del servizio di che trattasi mediante un affidamento diretto, nei limiti di legge in cui tale procedura è ammissibile, ad altro operatore qualificato, in possesso di tutti i requisiti di professionalità ed onorabilità (tecnici, morali e contributivi), per un tempo massimo di 60 giorni, entro il quale indire ed espletare nuovamente la procedura di affidamento del servizio"*, nonché *"Liquidare alla cooperativa Vita Nova, in qualità di capogruppo dell'A.T.I. costituita con la cooperativa Risorgimento, l'importo di €. €. 9.057,73, corrispondente al 50% dell'importo complessivo delle fatture n. 64 del 31.12.2007 e n. 7 del 31.1.2008, ammontante ad originarie €. 18.115,46, e ciò in forza delle ragioni riportate nella relazione del responsabile del procedimento"*;
- 6) codesto Dirigente ha quindi deciso di affidare il servizio, all'esito di apposita procedura, ad altra cooperativa, con decorrenza dal 1.1.2008 (determina n. 13 del 4.4.2008) e, a seguito di reiterate proroghe (determine dirigenziali n. 58/2008; 88/2008; 109/2008), sino, per quanto consta al sottoscritto, a tutt'oggi;
- 7) va inoltre considerato che codesto Dirigente ha provveduto a liquidare alla coop. Vita Nova le residue competenze economiche giuste determine n. 897/2008 (impegno di spesa) e n. 1325/2008.

Alla luce di quanto riferito e dei provvedimenti adottati da codesto Dirigente, l'ultimo dei quali (determina n. 105/2008) comprensivo dell'invito anche alla coop. Vita Nova per la presente procedura di gara, si evince la conseguenziale ammissibilità della partecipazione della citata cooperativa.

Il parere del sottoscritto non può quindi che attestarsi sul fatto che l'ammissibilità della partecipazione della coop. Vita Nova alla attuale procedura di gara, in quanto confortata da diversi provvedimenti dirigenziali e, soprattutto, non impugnata da alcuna ditta partecipante, **è giuridicamente valida ed efficace.**

Si evidenzia, inoltre, che nella nota prot. 4570 del 23.1.2008 trasmessa dal Responsabile dell'Ufficio Legale a codesto Dirigente non vi è menzione di rapporti contenziosi tra l'Amministrazione e la coop. Vita Nova

Tutto ciò indipendentemente dall'operato e dalle valutazioni esclusive che spetteranno alla Commissione di gara nel proseguio della procedura in corso.

Si manifestano, infine, a codesto Dirigente forti perplessità e, ove occorra, formale opposizione alla richiesta rivolta al Dirigente I Settore di inserimento della nota prot. 16764 nel fascicolo personale del sottoscritto, e ciò in quanto la contrarietà alla resa del parere richiesto è stata formulata in modo educato e motivato e, soprattutto, è stata anticipata verbalmente al Dirigente medesimo.

Se ne chiede, pertanto, il ritiro e si resta in attesa di riscontro.

IL FUNZIONARIO II SETTORE
Avv. Angelo Fanizza





COMUNE DI MODUGNO

Provincia di Bari

II SETTORE POLITICHE AMBIENTALI E QUALITA' DELLA VITA

Via Rossini n° 49, piano primo – 70026 Modugno – tel. +390805865332 – fax +390805865368
mailto:settore10@comune.modugno.ba.it

Prot. 16350

26 MAR. 2009

Modugno 25.3.2009

Al Dirigente II Settore

p.c.

Al Sindaco

Ai Responsabile del Procedimento
Dott. Saverio Simeone



Al Responsabile Ufficio Legale

Al Segretario Generale

All'Assessore alle Politiche Ambientali

Oggetto: Riscontro nota prot. 15944.

Con la nota in oggetto si è richiesto al sottoscritto di esprimere un parere su atti e determinazioni relativi alla procedura di affidamento (manutenzione dei bagni pubblici comunali), da ultimo indetta e in corso di svolgimento.

Al riguardo, si fa presente che il sottoscritto non ricopre la funzione di responsabile del procedimento di che trattasi e che, com'è noto, con nota prot. 14746 del 17.3.2009 ha rassegnato le proprie dimissioni dalla citata Commissione di gara.

In ragione di tali presupposti, non si è nelle condizioni di poter esprimere alcuna valutazione, che sarebbe viziata da incompetenza, in merito ad eventuali cause di incompatibilità o incapacità verso qualsiasi ditta concorrente.

Per quanto di utilità, su un più competente piano pareristico concernente la procedura di cui sopra, si evidenzia che nella nota prot. 4570 del 23.1.2008 trasmessa dal Responsabile dell'Ufficio Legale a codesto Dirigente (che si allega per comodità) non vi è menzione di rapporti contenziosi tra l'Amministrazione e la coop. Vita Nova.

IL FUNZIONARIO II SETTORE
Avv. Angelo Fanizza



COMUNE DI MODUGNO
(Provincia di Bari)

I SETTORE - UFFICIO LEGALE - CONTRATTI

Prot. n. _____

COMUNE DI MODUGNO	
Prot. n. 4576	
23 GEN. 2008	
Cat. _____	Clas. _____
Fasc. _____	Sottofasc. _____

Modugno, 22 gennaio '08

Al Dirigente II Settore
Ing. Giuseppe Capriulo

Al Responsabile IV Settore
Domenico Proscia
SEDE

OGGETTO: Espletamento procedure di gara per affidamento servizio di custodia e pulizia dei bagni pubblici (II Sett.) e del servizio di affissione di manifesti (IV Sett.) Richieste dell'11/1/2008 prot. 2792 e del 22/1/2008 prot.. Riscontro.

In riscontro alle rispettive richieste di informazioni, così come individuate in oggetto, lo scrivente ufficio rappresenta che, allo stato attuale, risulta pendente contenzioso con la Cooperativa Sociale Risorgimento, con la Cooperativa Sociale Saturno e con la Cooperativa Cosmo.

Per quanto concerne la prima, sussiste contenzioso dinanzi al TAR Puglia - Bari, introdotto dalla stessa Cooperativa, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare agli anziani (affidato alla Coop.va Solidarietà). Nelle more del processo si è rilevato, a seguito di controlli espletati, ex art. 71 D.P.R. 445/2000, sulle dichiarazioni sostitutive di certificazione, rese dalle ditte partecipanti, che la Cooperativa Risorgimento non possedeva affatto i requisiti richiesti nel bando di gara e dichiarati in sede di autocertificazione. Pertanto, con provvedimento dirigenziale successivo, veniva esclusa anche dalla graduatoria.

Per quanto concerne la Cooperativa Saturno, si rappresenta che, nei confronti della stessa, è in atto procedimento per il recupero delle somme indebitamente incassate per il pagamento del canone delle lampade votive del cimitero comunale, relativo alle annualità 2006 e 2007.

La Cooperativa Cosmo, invece, ha instaurato procedimento giudiziale per il pagamento di lavori eseguiti per conto dell'Ente e mai riconosciuti.

Il presente procedimento è assegnato ai sensi dell'art. 5 della L. 241/90 al funzionario	
29 GEN. 2008	
Modugno, _____	
IL DIRIGENTE DI SETTORE (Ing. Giuseppe Capriulo)	

Alla luce di quanto esposto, a parere della scrivente, poiché può essere motivo di esclusione da una procedura di gara la sussistenza di una negligente gestione di precedenti servizi, oppure la sussistenza di gravi inadempimenti commessi nei confronti della stazione appaltante, si rileva che, mentre la Cooperativa Cosmo ha agito giudizialmente per il riconoscimento di un diritto, forti riserve si esprimono nei confronti delle altre due cooperative citate atteso che, la Cooperativa Risorgimento ha reso false attestazioni in sede di gara e la Cooperativa Cosmo ha incassato indebitamente somme di pertinenza dell'Ente.

In merito, infine, alla richiesta manifestata dal Dirigente II Settore, si rileva che, essendo stata già aggiudicata la gara, sarebbe opportuno procedere, preliminarmente, ai controlli ex art. 71 D.P.R.445/2000 e valutare la situazione di conseguenza. Infatti, laddove vi sia il possesso dei requisiti richiesti e autocertificati, non risulterebbe sussistente un valido motivo di esclusione dalla gara o di annullamento dell'intera procedura atteso che, come è ovvio, grava sulla stazione appaltante l'onere di procedere preventivamente alla verifica di eventuali motivi di esclusione dalla gara, soprattutto quando viene seguita una procedura ristretta.

Distinti saluti

Il Responsabile Ufficio Legale

Avv. Cristina Carlucci





COMUNE DI MODUGNO

provincia di Bari

II SETTORE POLITICHE AMBIENTALI E QUALITA' DELLA VITA

Via Rossini n° 49, piano secondo – 70026 Modugno – tel. +390805354841 – fax +390805865365
mailto:settore2@comune.modugno.ba.it

Prot. n. 16764

Modugno, 27 marzo 2009

**Al Funzionario
Avv. Angelo Fanizza**

**Al Dirigente I Settore
Dr.ssa Beatrice Maggio**

e, p.c.:
**Al Segretario Generale
Al Responsabile Ufficio Legale
Al Sindaco
All'Assessore all'Ambiente**

Loro Sedi

Oggetto: richiesta di accertamenti istruttori relativi alle procedure di gara per l' affidamento della manutenzione dei bagni pubblici comunali – determina dirigenziale Reg.Gen.n.1284/208.

Si riscontra la Sua nota, in atti prot. 16350 del 25/03/2009, per rilevare che l'obbligo di eseguire gli adempimenti istruttori richiesti, di cui alla mia nota prot.15944 del 24/03/2009, rientra pienamente nelle Sue mansioni di dipendente qualificato di questa area di Settore.

Si rileva, altresì, che le argomentazioni addotte nella Sua nota del 25/03/09 prot. 16350 appaiono decisamente inconferenti sotto un duplice profilo: in primo luogo, si evidenzia che le dimissioni rassegnate dalla Commissione giudicatrice della procedura di gara in questione eliminano qualsiasi elemento di incompatibilità per l'adempimento richiesto; in secondo luogo, si eccepisce come nessuna attinenza alla richiesta formulata dal sottoscritto risulta avere il suo riferimento alle competenze in merito dell'Ufficio Legale atteso che, come detto, trattasi di accertamenti inerenti documentazione amministrativa, relativa a procedure di gara, in esclusivo possesso di questo settore e non riferite alla esistenza contenzioso giudiziale.

Pertanto, al fine del proseguimento delle attività d'ufficio, sono a richiamarla formalmente al compimento dei suoi doveri e, la invito formalmente e, spero, definitivamente, a fornire tempestivamente allo scrivente gli accertamenti richiesti.

Si invia la presente, al Dirigente dell'Ufficio Personale per l'inserimento della stessa nel Suo fascicolo personale.

Cordialità.

IL DIRIGENTE II SETTORE

(Dott. Ing. Giuseppe CAPRIULO)