



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 771 del 2016, proposto da:

LADISA S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Loiodice, Michelangelo Pinto, Pasquale Procacci e Francesco Paolo Bello, con domicilio eletto presso Giorgia Lovecchio Musti in Torino, corso Galileo Ferraris, 71;

*contro*

COMUNE di TRECATE, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Scaparone e Cinzia Picco, con domicilio eletto presso il primo in Torino, via S. Francesco D'Assisi, 14;

*nei confronti di*

MARKAS S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Mastroviti e Pietro Adami, con domicilio eletto presso la prima in Torino, via Amedeo Peyron, 47;

*per l'annullamento*

della nota prot. n. 21648 MS/so del 21.6.2016 del Comune di Trecate - Settore Cultura, Istruzione, Sport e Tempo Libero - Ufficio Istruzione, con

cui è stata comunicata alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva della procedura per l'affidamento della concessione del servizio di ristorazione scolastica previa realizzazione delle opere di completamento edili ed impiantistiche ed allestimento completo di centro cottura, a.s. 2016/28 per i comuni di Trecate, Romentino e Sozzago e del relativo provvedimento di aggiudicazione definitiva ovvero della determinazione n. 862-83/SC del Comune di Trecate del 20.6.2016;

del verbale di gara n. 7 del 13.5.2016 e del provvedimento di aggiudicazione provvisoria della procedura;

di tutti i verbali di gara, ivi compresi i verbali n. 1 e 2, del 10.3.2016 e del 1.4.2016, ivi compreso anche il verbale n. 5 della seduta del 22.4.2016;

della graduatoria finale di gara;

di tutti gli atti del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della Markas e del provvedimento con il quale è stata dichiarata la congruità dell'offerta dalla stessa proposta;

del silenzio diniego serbato ovvero del mancato definitivo riscontro all'istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva formulata dalla ricorrente;

di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali;

per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Markas S.r.l. e del Comune di Trecate;

Visto il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Markas S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2017 il dott. Giovanni Pescatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Il Comune di Trecate, nella qualità di stazione unica appaltante (ex art. 33 d.lgs. n. 163/2006) conferitagli in forza della convenzione stipulata con diversi comuni limitrofi, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della "concessione del servizio di Ristorazione scolastica per i Comuni di Trecate, Romentino e Sozzago, previa realizzazione opere di completamento edili e impiantistiche ed allestimento completo di Centro di Cottura di Via Isonzo, Trecate - aa.ss. 2016/28", per un valore a base di gara di €. 8.799.826,32.

Alla gara hanno partecipato due soli concorrenti: Markas s.r.l. e Ladisa s.p.a..

All'esito della valutazione delle offerte, Markas s.r.l. è risultata prima in graduatoria con 93,448 punti e Ladisa s.p.a. seconda, con punti 87,50.

Con la qui impugnata determinazione 20 giugno 2016 n. 862, la gara è stata aggiudicata in via definitiva a Markas s.r.l..

2. A sostegno della sua impugnativa la Ladisa s.p.a. svolge un'unica censura, secondo la quale Markas s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver riferito alla SUA Trecate - in sede di dichiarazione circa il possesso dei requisiti generali di partecipazione ex art. 38. d.lgs. n. 163/2006 - di aver subito, in precedenza, una risoluzione contrattuale da parte del Comune di Troia riferita ad un contratto d'appalto avente ad oggetto un analogo servizio di refezione scolastica.

La dichiarazione ex art. 38 è del 26 febbraio 2016, mentre la risoluzione è stata adottata dal Comune di Troia con determina del 24 febbraio 2016, pubblicata all'albo pretorio il successivo 26 febbraio.

La ricorrente richiama l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'art. 38, comma 1 lett. f) d.lgs. n. 163/2006 (che prevede l'esclusione 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; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con

qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante") va interpretato nel senso che il concorrente è tenuto a informare la stazione appaltante che bandisce la gara di ogni risoluzione contrattuale per colpa disposta nei suoi confronti da altre committenti pubbliche, astenendosi da ogni considerazione di merito, onde consentire alla stazione appaltante stessa di compiere quella valutazione a sé sola riservata circa la gravità della situazione in relazione all'appalto da affidare.

3. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Trecate e la Markas s.r.l., argomentando in replica alle deduzioni di parte ricorrente e opponendosi all'accoglimento del ricorso.

4. La controinteressata ha affidato le proprie difese anche ad un ricorso incidentale escludente, con il quale ha inteso lamentare la mancata esclusione della ricorrente per reticenze - nella dichiarazione circa il possesso dei requisiti generali di partecipazione - analoghe e speculari a quella denunciata nel ricorso introduttivo.

5. Con ordinanza n. 320 del 14 settembre 2016 (confermata in appello) l'istanza cautelare è stata respinta.

6. A seguito dello scambio di memorie e repliche ex art. 73 c.p.a., la causa è stata discussa e trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 5 aprile 2017.

## DIRITTO

1. Il Collegio ritiene di dover confermare la prognosi di infondatezza del ricorso principale già espressa in fase cautelare e poggiante su una serie di considerazioni che paiono astrarre il caso di specie dal perimetro applicativo dell'art. 38, comma 1 lett. f) d.lgs. n. 163/2006, rendendolo non coerente con la fattispecie del "grave errore professionale" oggetto di specifico obbligo dichiarativo.

2. I dati salienti che, in punto di fatto, supportano tale valutazione, si ricavano dalle risultanze documentali in atti (si veda il documento 8 del fascicolo del Comune di Trecate) e dalle allegazioni svolte sul punto dalla controinteressata e non smentite dalle controparti. Stando alle stesse:

- ben prima della dichiarazione resa da Markas in corso di gara (in data 26 febbraio 2016) ai sensi del citato articolo 38 d.l.g.s n. 163/2006, il contratto di refezione scolastica in essere tra il Comune di Troia e Markas e asseritamente disatteso da quest'ultima, era stato impugnato dall'impresa appaltatrice, con ricorso del 18 novembre 2015 radicato innanzi al Tribunale di Foggia, poiché ritenuto viziato da dolo dell'amministrazione committente;
- per gli stessi fatti Markas si era avvalsa, in data 10 dicembre 2015, della risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 311 del Regolamento del Codice dei Contratti e aveva formalmente sollecitato l'intervento dell'Anac;
- l'interruzione da parte di Markas delle prestazioni contrattuali è intervenuta solo dopo le menzionate iniziative volte alla caducazione o alla risoluzione del contratto;
- parimenti successiva alle iniziative processuali della ditta appaltatrice (e significativamente distanziata dalle stesse) è la delibera del Comune di Troia, datata 24 febbraio 2016, che dispone la risoluzione del rapporto contrattuale e che per la ricorrente principale recherebbe evidenza del "grave errore professionale" imputabile a Markas.

3. La descritta successione temporale dei fatti e le iniziative difensive assunte in sede giudiziale dalla ditta appaltatrice, consentono di differenziare la vicenda in esame dal più tipico caso della risoluzione contrattuale disposta dalla stazione appaltante a seguito di inadempimento del soggetto appaltatore, per l'essenziale ragione che la determina di risoluzione è intervenuta da parte del Comune di Troia solo in risposta ad una precedente iniziativa giudiziale della ricorrente, finalizzata alla invalidazione del contratto.

Dunque, la determina comunale del 24 febbraio 2016 si pone come fatto consequenziale ad una precedente e speculare iniziativa della ditta appaltatrice; e costituisce, pertanto, una vicenda interna ad un contenzioso che ha preso avvio su iniziativa dell'appaltatore privato, sicché, inserita nel suo contesto specifico, essa rivela l'assenza di quel carattere unilaterale e primigenio che normalmente si ascrive all'atto risolutivo per tributargli rilievo

di “errore grave” rilevante ai sensi dell’art. 38, comma 1 lett. f) d.lgs. n. 163/2006.

La risoluzione che configura errore grave, più precisamente, è quella che si pone come “conseguenza” di una “inadempimento contrattuale”, o che origina da un “inadempimento nella esecuzione” del contratto da parte del soggetto appaltatore (ed in questo stesso senso si colloca la nuova formulazione della fattispecie contenuta all’art. 80, comma 5, d.lgs. 50/2016).

Nel caso di specie, l’esecuzione del contratto era stata in precedenza interrotta su iniziativa della stessa parte appaltatrice e per asserite irregolarità del rapporto negoziale imputabili (a detta di Markas) alla stessa stazione appaltante.

4. Ciò posto, a volere inscrivere fattispecie del tipo qui in esame nel disposto della lettera f) dell’art. 38, si finirebbe per includervi ogni ipotesi di vertenza giudiziale instaurata su iniziativa dell’appaltatore, ovvero ogni iniziativa di tipo giudiziale intrapresa dal soggetto appaltatore e alla quale faccia seguito una reazione speculare o riconvenzionale della controparte pubblica; con ciò estendendo oltremodo i limiti edittali della lettera f) sino ad includervi fattispecie in sé non sintomatiche di scorrettezza professionale, ma, prima facie, riconducibili ad un esercizio da parte dell’appaltatore di legittime facoltà di tutela giudiziale.

5. Si obietta da parte ricorrente, sotto un diverso punto di vista, che a giustificazione della determina di risoluzione adottata dal Comune di Troia rileverebbe l’interruzione del servizio posta in essere dalla Markas (il 7 gennaio 2016) in assenza di un precedente provvedimento giudiziale o di tipo negoziale che, sancendo la non vincolatività del contratto, potesse consentire all’impresa appaltatrice di non ritenersi più tenuta all’osservanza degli obblighi di esecuzione contrattuale.

Con ciò, tuttavia, si omette di considerare che rientra nelle astratte facoltà di tutela della parte eccipire l’inadempimento della controparte contrattuale e

farne conseguire la sospensione dell'esecuzione della prestazione ex art. 1460 c.c..

6. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'ampia latitudine applicativa che viene riconosciuta all'art. 38 comma 1 lett. f) d.lgs. n. 163/2006, non può non arrestarsi innanzi a fattispecie morfologicamente e strutturalmente difformi dal modello edittale, tali quindi da giustificare il filtro valutativo di chi rende la dichiarazione (Cons. Stato, sez. III, 13 maggio 2015, n. 2388). Peraltro, arrestandosi il rilievo di disomogeneità su dati estrinseci e strutturali, non possono assumere alcuna rilevanza ai fini del presente giudizio considerazioni ulteriori in merito alla fondatezza o meno nel merito delle iniziative di tutela giudiziale o stragiudiziale reciprocamente poste in essere dalle parti (Markas e Comune di Troia).

7. Per quanto esposto, il ricorso principale va respinto, dal che consegue l'improcedibilità del ricorso incidentale.

8. La peculiarità del caso esaminato giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale. Spese di lite compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Consigliere

Giovanni Pescatore, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Pescatore**

**IL PRESIDENTE**  
**Domenico Giordano**

## IL SEGRETARIO