



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3210 del 2012, proposto da:

NUOVA COMAFER S.r.l., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Salvatore Della Corte, Luca Ruggiero e Concetta Borgese, presso i quali è elettivamente domiciliata in Napoli alla Via Vittorio Venero n. 288/A;

contro

TRENTALIA S.p.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Luisa Torchia e Tommaso Di Nitto, ed elettivamente domiciliata in Napoli alla Via Fedro n. 7 presso lo studio dell'Avv. Lucio Iannotta;

nei confronti di

TADDEO VUOLO S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) della delibera del responsabile di programmazione materiali e acquisti DT di Trenitalia S.p.A. n. 43 del 5 giugno 2012, comunicata con nota di pari data, con la quale è stata disposta l'esclusione della società ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio di revisione porte di salita e di testa su vetture ES City;

b) della delibera del responsabile di programmazione materiali e acquisti DT di Trenitalia S.p.A. n. 53 del 19 giugno 2012, comunicata con nota di pari data, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della Taddeo Vuolo S.r.l.;

c) di ogni altro atto e/o provvedimento preordinato, connesso e conseguente, comunque lesivo degli interessi della ricorrente, ivi compresi tutti i verbali di gara, il parere reso dalla direzione affari legali ed il provvedimento di aggiudicazione provvisoria;

e per l'accertamento

del diritto della società ricorrente alla riammissione alla gara ed all'aggiudicazione della medesima, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto ove stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società resistente;

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 8 maggio 2013 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come

specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta, indetta da Trenitalia S.p.A., per l'affidamento del servizio di revisione porte di salita e di testa su vetture ES City, rimanendone esclusa con delibera del responsabile di programmazione materiali e acquisti DT n. 43 del 5 giugno 2012. La gara è stata successivamente aggiudicata in via definitiva all'unica concorrente rimasta in competizione, la Taddeo Vuolo S.r.l., con delibera del predetto responsabile n. 53 del 19 giugno 2012.

La ricorrente impugna i citati provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione definitiva, unitamente ad altri atti di gara meglio in epigrafe individuati, adducendo una serie di doglianze attinenti alla violazione degli artt. 3, 27, 41 e 97 della Costituzione, alla violazione del d.lgs. n. 163/2006 e della legge n. 241/1990, alla violazione dei principi generali in tema di partecipazione al procedimento e di procedure concorsuali, nonché all'eccesso di potere sotto svariati profili.

Oltre che per l'annullamento degli atti impugnati, la medesima insta perché sia accertato il proprio diritto all'aggiudicazione della gara e per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto ove stipulato.

Resiste Trenitalia eccependo l'infondatezza del ricorso.

Con memoria depositata il 22 aprile 2013, parte ricorrente, oltre ad insistere nelle proprie tesi, muove nuove censure avverso la propria esclusione dalla gara.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza n. 1338 del 27 settembre 2012, il cui appello è stato dichiarato improcedibile con ordinanza del Consiglio di Stato n. 586 del 30 gennaio 2013.

2. Con il gravame in trattazione, parte ricorrente mira ad infirmare i menzionati provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione definitiva, al dichiarato fine di conseguire l'aggiudicazione del servizio al posto della vincitrice Taddeo Vuolo S.r.l. e di evitare che la subita espulsione possa riverberarsi negativamente sulla partecipazione ad ulteriori commesse pubbliche di livello nazionale.

3. Si premette, in punto di fatto, che la ricorrente è stata esclusa dalla procedura selettiva per la sussistenza, a suo carico, dell'ipotesi espulsiva del grave errore professionale di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n.163/2006, ravvisato sulla scorta dei seguenti elementi: 1) l'errore, pur non essendo stato commesso direttamente dalla Nuova Comafer S.r.l ma dalla L.C. Service S.r.l., è parimenti imputabile alla prima in quanto questa risulta essere stata beneficiaria di parte del patrimonio della seconda in seguito ad atto di scissione parziale; 2) l'imputabilità è cementata dalle circostanze che il ruolo di amministratore unico della società scissa (L.C. Service) e di quella beneficiaria (Nuova Comafer) è rivestito dallo stesso soggetto, e che la Nuova Comafer, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa, si è avvalsa del fatturato specifico a lei trasferito dalla L.C. Service in forza del predetto atto di scissione; 3) in base a tali motivi, "il soggetto concorrente risulta di fatto immutato, atteso che l'operazione societaria de qua sembra essere preordinata ad aggirare l'ostacolo consistente nella sussistenza nei confronti della L.C. Service s.r.l. della causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. 163/2006, in quanto l'impresa ha commesso un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale, accertato mediante comunicazione formale inviata a Trenitalia dalla Procura della Repubblica di Firenze"; 4) la predetta comunicazione dà conto dell'emissione nel settembre 2011, da parte del G.I.P. del Tribunale di Firenze, di un'ordinanza di custodia cautelare in carcere a carico (anche) dell'amministratore unico della L.C. Service, nella quale si ricostruisce il complessivo coinvolgimento di tale società (a mezzo dei propri rappresentanti) in una serie di fattispecie di reato connesse all'affidamento e/o all'esecuzione di appalti relativi ad altra società di trasporto

pubblico, la S.E.P.S.A. S.p.A., fattispecie di reato che si sono tradotte in una serie di condotte collusive, fraudolente e corruttive tese all'acquisizione del predominio contrattuale della parte privata sulla stazione appaltante, a scapito anche degli eventuali potenziali concorrenti.

4. Ciò premesso, vale rilevare che il complesso delle doglianze prospettate può essere suddiviso in due ambiti in ragione della situazione contestata ed essere pertanto classificato secondo le seguenti due categorie: 1) censure volte a sostenere l'illegittimità dell'esclusione della Nuova Comafer; 2) censure volte a sostenere l'illegittimità dell'aggiudicazione definitiva intervenuta in favore della Taddeo Vuolo.

4.1 Il Collegio comincia dallo scrutinio della prima categoria di censure, così riassumibili:

a) la comminata esclusione non è stata preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento, determinando l'inibizione delle prerogative partecipative;

b) il provvedimento di esclusione non contiene alcuna autonoma valutazione sull'affidabilità tecnico-professionale della Nuova Comafer, con conseguente difetto di motivazione e di istruttoria;

c) la Nuova Comafer "non ha mai commesso alcun errore grave, né è stata mai destinataria di alcun provvedimento di risoluzione anticipata e/o recesso nell'ambito di un appalto pubblico/privato affidatole", come dimostrato dai consolidati rapporti contrattuali intercorsi od in corso di svolgimento con Trenitalia e con altre stazioni appaltanti pubbliche e private;

d) la stazione appaltante ha omesso di considerare la documentazione prodotta in sede di gara dalla ricorrente, comprovante, attraverso le certificazioni di regolare svolgimento del servizio, il possesso della necessaria affidabilità professionale;

e) la vicenda penale che ha interessato la L.C. Service potrebbe assumere rilevanza solo ai fini della sussistenza del requisito di moralità professionale ex art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, una volta emessa la sentenza definitiva di condanna, ma giammai potrebbe assurgere ad ipotesi di grave errore professionale, che viceversa riposa sulla perdita dell'affidabilità tecnica del potenziale contraente a causa della cattiva esecuzione di altri contratti; ne deriva che la stazione appaltante, così qualificando le fattispecie di reato inerenti alla posizione della L.C. Service, ha operato una indebita commistione tra cause ostative contemplate da distinte disposizioni normative;

f) la stazione appaltante ha omesso di valutare che gran parte dei reati contestati nell'ordinanza di custodia cautelare del G.I.P. del Tribunale di Firenze sono venuti a cadere in forza del decreto di archiviazione emesso nel giugno 2012 dal G.I.P. del Tribunale di Napoli, successivamente individuato come autorità giudiziaria competente;

h) la causa espulsiva di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006 è stata illegittimamente estesa, in forza di un automatismo non consentito dall'attuale quadro normativo, dalla L.C. Service alla Nuova Comafer.

4.2 Tutte le prefate doglianze non meritano condivisione per le ragioni che si andranno ad esporre nel prosieguo della trattazione.

La determinazione di esclusione da una gara, pronunciata, come nel caso di specie, in ragione del riscontro negativo del possesso di un requisito di partecipazione, non deve essere preceduta da comunicazione di avvio del relativo procedimento. Infatti, tale determinazione non è idonea a rivestire valenza di atto di autotutela, non possedendo alcuna funzione conclusiva; essa si viene ad inserire piuttosto in una sequenza procedimentale della cui pendenza ogni ditta concorrente deve giocoforza essere a conoscenza, avendo presentato apposita domanda di partecipazione. Ne discende che lo svolgimento degli accertamenti finalizzati ad appurare l'effettivo possesso, in capo a ciascuna impresa concorrente, dei requisiti dichiarati nell'istanza di partecipazione, costituisce un passaggio procedimentale ampiamente conosciuto dai partecipanti, siccome delineato dal bando di gara e comunque desumibile dai principi generali in tema di procedure ad evidenza pubblica (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2010 n. 9324).

4.3 A differenza di quanto propugnato in gravame, il provvedimento di esclusione si sofferma diffusamente sulla carente affidabilità professionale della Nuova Comafer, adducendo circostanziati elementi in tal senso, desumibili in ogni caso per relationem dalle risultanze del procedimento penale pendente presso il Tribunale di Firenze.

4.4 Il fatto che la Nuova Comafer non abbia commesso alcun grave errore professionale nel corso dei precedenti od attuali rapporti contrattuali intrattenuti con la stessa Trenitalia o con altre stazioni appaltanti, non esclude la rilevanza giuridica della presente ipotesi di errore professionale, non richiedendo la legge, ai fini dell'espulsione dalla gara, che la ditta interessata sia incorsa in comportamenti recidivanti.

4.5 Non risulta dalle emergenze processuali (cfr. verbali di gara) che la stazione appaltante abbia trascurato di valutare le certificazioni di regolare svolgimento del servizio prodotte dalla Nuova Comafer: evidentemente, e più semplicemente, le ha ritenute recessive rispetto ai più consistenti elementi promananti dagli atti del procedimento penale.

4.6 La legge non esclude che determinati fatti di rilievo penale, laddove costituenti ipotesi di grave errore professionale, possano essere valorizzati ai fini della sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006, indipendentemente dalla astratta configurabilità o meno della causa ostativa contemplata alla precedente lettera c). In altri termini, un determinato fatto penalmente rilevante può essere inquadrato alternativamente o cumulativamente, a seconda del verificarsi dei rispettivi presupposti di legge, all'interno delle due disposizioni normative (lettera c) e lettera f)), non rinvenendosi nel sistema contrattualistico pubblico alcun divieto alla sussumibilità delle fattispecie di reato nella categoria del grave errore professionale e, per converso, alcuna riserva del penalmente sensibile alla categoria della moralità professionale strettamente intesa.

Ne discende che ciò che rileva, ai fini dell'applicabilità dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006, è che un determinato fatto, quantunque avente qualificazione penale, possa essere forma di manifestazione di un grave errore professionale, prescindendosi in ogni caso dalla sussistenza di una pronuncia giudiziale passata in giudicato, come è invece previsto dalla precedente lettera c) (cfr. TAR Campania Napoli, Sez. I, 11 luglio 2012 n. 3350).

Ovviamente, tale fatto, per integrare l'ipotesi dell'errore professionale, deve essere riguardato secondo i consueti canoni civilistici in materia negoziale, che impongono alle parti non solo di adempiere correttamente le obbligazioni contrattuali, ma anche di tenere nella fase delle trattative e nell'esecuzione del contratto un comportamento ossequioso del criterio di buona fede in senso oggettivo. Ne consegue che può essere configurato come grave errore professionale ogni grave compromissione della regola della lealtà contrattuale, che implica sia il dovere di eseguire a regola d'arte la prestazione dedotta in contratto, sia l'assunzione di un contegno ispirato a correttezza e probità contrattuale, anche in sede di trattative (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2011 n. 6951; in tal senso anche TAR Lazio Roma, Sez. III ter, 20 novembre 2012 n. 9548).

È quanto si è verificato nel caso di specie, laddove gli esiti dell'indagine penale di Firenze hanno dato conto che i referenti della L.C. Service hanno posto in essere condotte collusive e fraudolente in danno della S.E.P.S.A., sia in fase di affidamento che in fase di esecuzione di singoli appalti, gravemente lesive dei principi di correttezza e buona fede e, pertanto, qualificabili come grave errore professionale.

In base a quanto esposto, resta destituita di plausibilità la tesi della ricorrente tesa ad accreditare una nozione di grave errore professionale ancorata all'angusto concetto di "affidabilità tecnica" del singolo concorrente, dovendosi viceversa preferire l'interpretazione che riconnette la professionalità di quest'ultimo al rispetto della regola della lealtà contrattuale, nelle varie declinazioni in cui essa si compone.

Inoltre, al contrario di quanto dedotto dalla ricorrente, non si attagliano alla presente fattispecie le osservazioni contenute nella sentenza di questo Tribunale n. 600/2011, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 3063/2012, dal momento che tale precedente si occupa del raggio di applicabilità della sola causa ostativa di cui

all'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006.

4.7 Il decreto di archiviazione del G.I.P. del Tribunale di Napoli è stato emesso l'11 giugno 2012, ossia sei giorni dopo l'emanazione della determinazione espulsiva (delibera n. 43 del 5 giugno 2012), con la conseguenza che non poteva materialmente rientrare nell'iter istruttorio che ha condotto all'esclusione della ricorrente dalla gara. Invero, va rimarcato che la legittimità di un provvedimento impugnato in sede giurisdizionale deve essere valutata in base ai presupposti di fatto e di diritto sussistenti all'epoca dell'emanazione della determinazione lesiva (cfr. TAR Campania Napoli, Sez. I, 2 aprile 2008 n. 1786).

Ad ogni modo giova osservare che, in forza del predetto decreto di archiviazione, sono venuti a cadere solo la metà (3 su 6) dei capi di imputazione contestati dal G.I.P. del Tribunale di Firenze, mentre sono rimaste in piedi altre ipotesi delittuose, come turbativa d'asta e corruzione, altrettanto inquietanti e significative ai fini della permanenza in capo alla ricorrente del requisito di affidabilità professionale.

4.8 La stazione appaltante non ha esteso in via automatica alla Nuova Comafer la causa espulsiva del grave errore professionale, ma al contrario ha fatto corretta applicazione, motivando adeguatamente, dei principi ermeneutici espressi nella recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 4 maggio 2012, che consente la trasmissibilità tra imprese delle cause di esclusione elencate nell'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 ogni qualvolta, in seguito ad operazioni di trasformazione societaria (fusione, incorporazione, scissione) o di cessione aziendale, si verifichi il subentro di un'impresa all'altra nell'intero complesso dei rapporti giuridici attivi e passivi con conseguente continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale. Si richiama al riguardo parte della motivazione della predetta sentenza, perfettamente estensibile anche al caso di specie, integrante un'ipotesi di scissione parziale: "Non è infatti dubitabile che, stante il cennato principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione, la norma recata dall'art. 38, co. 1, lett. c) di cui si controverte, al pari delle altre preclusive della partecipazione del concorrente alle procedure di gara, non sia suscettibile di interpretazione tale da introdurre ulteriori e non previste cause ostative. Si tratta, invece, di chiarire se il contenuto della stessa norma già di per sé comprenda o meno ipotesi non testuali, ma pur sempre ad essa riconducibili sotto il profilo della sostanziale continuità del soggetto imprenditoriale a cui si riferiscono, sicché il soggetto cessato dalla carica sia identificabile come interno al concorrente. In tale quadro, l'Adunanza è dell'avviso che nella causa di esclusione in esame non possa non ricadere anche l'ipotesi in cui affiori l'intento di eludere la norma in relazione a vicende in atto o prevedibili. Diversamente opinando si finirebbe infatti col disattendere lo scopo stesso della preclusione di legge, da individuarsi sicuramente in quello di impedire anche solo la possibilità di inquinamento dei pubblici appalti di lavori, servizi e forniture derivante dalla partecipazione alle relative procedure di affidamento di soggetti di cui sia accertata la mancanza di rigore comportamentale con riguardo a circostanze gravemente incidenti sull'affidabilità morale e professionale. In questo senso, a fronte di tale scopo essenziale e preminente non possono militare in senso contrario l'esigenza di certezza giuridica, intesa in termini impeditivi di ogni interpretazione non strettamente letterale, e la tutela della libertà d'impresa, laddove agiscano a scapito dello scopo stesso. Si consideri del resto, a riprova di ciò, come la giurisprudenza, con indirizzo interpretativo del tutto prevalente, ritenga che la disposizione è applicabile anche nelle ipotesi di fusione o di incorporazione di società, ancorché venute in essere antecedentemente all'avvio della gara (c.f.r. Cons. di Stato, III, 15 luglio 2011, n. 4323; T.a.r. Abruzzo, 15 dicembre 2011, n. 681; T.a.r. Sardegna, I, 22 luglio 2011, n. 845; T.r.g.a. Trentino Alto-Adige, 18 luglio 2011, n. 202; T.a.r. Sicilia, I, 29 giugno 2011, n. 1243; T.a.r. Veneto, I, 27 gennaio 2011, n. 115; cfr. anche Cons. di Stato, VI, 9 maggio 2011, n. 2662, che nega l'applicazione della norma qualora la fusione o incorporazione comporti l'estinzione del soggetto incorporato). Vero è che in tali casi, a differenza di quanto avviene nella cessione, la vicenda realizza una successione a titolo universale fra i soggetti interessati ovvero, alla luce della riforma del diritto societario disposta

dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, la loro mera trasformazione e lascia dunque ferma, per definizione, la continuità dell'attività imprenditoriale. Non è peraltro nel contempo da sottacere che quest'ultimo fenomeno ben può verificarsi pur in ipotesi di cessione di azienda o di ramo di azienda: sebbene infatti per suo tramite si realizzi una successione a titolo particolare, essa tuttavia assume una forma del tutto peculiare, consistente nel passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia (tanto da farsi riferimento in giurisprudenza al concetto di trasferimento di universitas, v. Cass., 12 giugno 2007, n. 13765; Cass., 13 giugno 2006, n. 13676; Cass., 19 luglio 2000, n. 9460). Il che rende la vicenda ben suscettibile di comportare pur essa la continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale. La responsabilità per fatto di soggetto giuridico terzo a cui soggiace il cessionario trova risposta nel principio ubi commodi, ibi incommodi: il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente.”.

Vale infine aggiungere che la continuità sostanziale tra le gestioni imprenditoriali della L.C. Service e della Nuova Comafer è comunque ulteriormente suffragata dalla coincidenza delle due compagini sociali e della persona dell'amministratore unico, come emerge dalla semplice lettura dello stesso atto di scissione.

5. Con un'ultima censura, introdotta con la memoria depositata il 22 aprile 2013, la ricorrente si duole di una presunta contraddittorietà del comportamento di Trenitalia assunto successivamente alla comminata esclusione dalla gara.

La doglianza è inammissibile in quanto è stata formulata in mera memoria difensiva non notificata alle controparti, in dispregio delle regole del contraddittorio processuale.

6. Esaurito in senso negativo lo scrutinio della batteria di censure volte a sostenere l'illegittimità dell'esclusione della Nuova Comafer, devono essere dichiarate improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse le censure dirette a propugnare l'illegittimità dell'aggiudicazione definitiva intervenuta in favore della Taddeo Vuolo.

Difatti, come eccepito e documentalmente provato dalla difesa di Trenitalia, il gravato provvedimento di aggiudicazione definitiva è stato revocato con successivo provvedimento del 12 novembre 2012, perdendo di conseguenza ogni lesività.

7. Pertanto, resistendo gli atti impugnati a tutte le censure prospettate, la domanda di annullamento degli stessi merita di essere rigettata per infondatezza, con conseguente reiezione, per mancanza delle condizioni di legge, delle connesse domande di accertamento.

7.1 In conclusione, ribadite le suesposte considerazioni, il ricorso deve essere in toto respinto.

Le spese di giudizio devono essere addebitate alla soccombente società ricorrente, nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la Nuova Comafer S.r.l. a rifondere in favore di Trenitalia S.p.A. le spese del presente giudizio, che si liquidano in complessivi € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2013

IL SEGRETARIO

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