

REPUBBLICA ITALIANA

N. 1716/08 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.3017 REG. RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione ANNO 2006

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso per revocazione n. 3017/2006 proposto dalla Società Ippodromi & Città s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Saitta ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, via Carlo Poma n. 2;

contro

Il Comune di Roma, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giorgio Lesti e Luisa Turchia con domicilio in Roma, via del Tempio di Giove n. 21, presso l'Avvocatura Comunale di Roma;

Gestione Capannelle s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Valeri e Mario Sanino, con domicilio eletto in Roma, viale Parioli n. 180, presso lo studio del secondo;

per la revocazione

della decisione della sezione quinta del Consiglio di Stato, 17 febbraio 2006, n. 641.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimato;

esaminate le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti tutti gli atti di causa;

relatore alla pubblica udienza del 18 marzo 2008, il Consigliere Vito Poli;

uditi gli avvocati Saitta, Lesti, Sanino, Valeri e Torchia;

ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Società Ippodromi & Città s.p.a. (in prosieguo Ippodromi) ha adito, con ricorso principale e motivi aggiunti, il T.a.r. del Lazio per l'annullamento:

a) della determinazione dirigenziale n. 261 dell'8 ottobre 2004, di approvazione della graduatoria definitiva e di aggiudicazione della concessione dell'Ippodromo delle Capannelle alla controinteressata Gestione Capannelle s.p.a. (in prosieguo Capannelle) storica concessionaria dell'ippodromo romano;

b) del verbale della commissione per la verifica dell'ammissibilità dei soggetti partecipanti alla gara pubblica;

c) dei verbali, e relativi allegati, dei lavori della commissione esaminatrice delle sedute del 30/6/2004, dell'8/7/2004, del 19/7/2004, del 21/7/2004, del 2/8/2004, del 7/9/2004, del 22/9/2004, del 24/9/2004;

d) del disciplinare di concessione in data 8 novembre 2004;

e) nonché per la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni.

2. Con sentenza del T.a.r. Lazio, sezione II, n. 5158 del 21 giugno 2005, disattese una serie di eccezioni preliminari:

a) sono stati accolti il primo e terzo motivo, in cui si deduceva sotto vari profili la presenza di una causa di esclusione dalla gara della società Capannelle ravvisata nella pendenza di una lite con il comune di Roma;

b) sono stati respinti tutti i restanti motivi e la conseguenziale domanda di risarcimento del danno in considerazione della sua genericità.

In particolare, per quanto di interesse ai fini della presente decisione, non ha trovato ingresso il secondo motivo con cui si articolavano due autonome censure:

- la prima imperniata sulla violazione degli artt. 3, co.3, r.d. n. 2440 del 1923, 68, co. 1, r.d. n. 827 del 1924, 12, d.lgs. n. 157 del 1995, nella parte in cui imporrebbero l'esclusione dalle gare delle ditte che si siano rese responsabili, nell'eseguire altre imprese, di negligenza e malafede, e comunque perché risulterebbero pregressi inadempimenti, da parte della società Capannelle, di obblighi assunti in vista e nel corso del rapporto concessorio avente ad oggetto il medesimo compendio immobiliare;

- la seconda avente ad oggetto la violazione dell'art. 16, co. 4, del regolamento comunale di cui alle delibere nn. 6248/1982 e 5625/1983, nella parte in cui stabilisce che l'inadempienza

da parte del concessionario degli obblighi assunti comporti <<... la perdita del deposito cauzionale e l'esclusione da altre assegnazioni di beni>>.

3. La decisione impugnata in revocazione – sez. V, 17 febbraio 2006, n. 641 -:

- a) ha accolto gli appelli proposti dalla Capannelle spa e dal Comune di Roma;
- b) ha respinto l'appello incidentale e conseguentemente disatteso *in toto* il ricorso di primo grado proposto dalla società Ippodromi.

4. La società Ippodromi ha proposto ricorso in revocazione, ex art. 395 n. 4), c.p.c., avverso la su menzionata decisione, deducendo quattro motivi relativi alla fase rescindente, e tre motivi relativi alla fase rescissoria; nella sostanza è stato riproposto il secondo motivo dell'originario ricorso di primo grado.

5. Con decisione di questa sezione n. 2610 del 24 maggio 2007:

- a) è stato accolto il primo mezzo rescindente, con cui si sostiene che la pronuncia, esaminando la censura riguardante l'illegittima ammissione alla gara dell'aggiudicataria, nonostante le ripetute inadempienze della concessionaria società "Gestione Capannelle s.p.a", è incorsa in un errore di fatto revocatorio concernente la seguente parte della

motivazione: *“basta ricordare, come d'altronde ha fatto anche primo giudice, che il collegio arbitrale ha escluso l'inadempimento della società nella precedente rapporto di concessione con il Comune di Roma, per cui la censura viene svuotata del suo contenuto in fatto”*.

b) è stato accolto il secondo motivo di revocazione, con cui si lamenta che la decisione impugnata abbia trascurato di valutare la censura riguardante la violazione dell'articolo 16 del regolamento comunale per la concessione di beni immobili appartenenti al demanio e al patrimonio indisponibile comunale, approvato con deliberazione consiliare n. 4182 del 5 ottobre 1982, successivamente rettificato con delibera n. 5625 del 27 settembre 1983;

c) è stato respinto il terzo motivo di revocazione, secondo cui la decisione impugnata avrebbe ommesso di vagliare il profilo di censura inteso a contestare il seguente capo della sentenza del tribunale: *“per consolidata giurisprudenza l'applicazione delle richiamate disposizioni postula il pregresso accertamento della gravità della negligenza o della mala fede a carico dell'impresa”*;

d) è stato respinto il quarto motivo di revocazione, riguardante l'asserita omissione di pronuncia sulla domanda diretta ad ottenere una decisione dichiarativa del diritto all'assegnazione della concessione;

e) è stata disposta l'acquisizione, a cura del comune, di una dettagliata e documentata relazione scritta, diretta all'accertamento dei seguenti punti:

- quali determinazioni siano state assunte dal comune di Roma, in relazione ad eventuali inadempimenti accertati, con qualsiasi modalità, della società Gestione Capannelle, nel corso dello svolgimento del rapporto concessorio precedente la gara oggetto della presente controversia, con particolare riguardo agli inadempimenti di cui alle statuizioni del lodo arbitrale;

- quale disciplina regolamentare sia stata applicata alla gara in contestazione, con particolare riferimento alla previsione contenuta nell'articolo 16 del regolamento approvato con deliberazione consiliare n. 4182 del 5 ottobre 1982, successivamente rettificato con delibera n. 5625 del 27 settembre 1983.

6. In data 6 agosto 2007 è stata depositata la documentazione richiesta.

La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 18 marzo 2008.

7. Il collegio deve ora affrontare la seconda fase del giudizio revocatorio, quella rescissoria che comporta il nuovo esame dell'appello incidentale della società Ippodromi, nella parte in cui reitera criticamente il secondo motivo dell'originario

ricorso di primo grado.

7.1. La prima censura - concernente la violazione dei su menzionati artt. 3 e 68 cit. - è inammissibile ed infondata e deve essere respinta nella sua globalità.

7.1.1. E' inammissibile nella parte in cui si appunta sul cattivo (mancato) esercizio, da parte della commissione, del potere di esclusione della società Capannelle che non avrebbe dovuto essere ammessa per le cause sopra illustrate.

Premette il collegio che il mancato esercizio di tale potere è frutto di una valutazione tecnica complessa - intrisa di elementi di discrezionalità amministrativa, concernenti le modalità di cura dell'interesse pubblico da soddisfare con l'affidamento del compendio per cui è causa - delle clausole della *lex specialis*, che pertiene in via esclusiva alla stazione concedente e che può essere sindacata dal giudice amministrativo in sede di legittimità solo in presenza di macroscopiche aberrazioni che non si riscontrano nel caso di specie (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 397).

In buona sostanza è inammissibile la pretesa della ricorrente di sostituirsi all'amministrazione nella valutazione della presenza di cause di inadempimento, negligenza e malafede, nonché della loro gravità e incidenza sulla partecipazione alla gara per cui è causa.

7.1.2. La doglianza è anche inaccoglibile sia in fatto che in diritto.

In fatto, è appena il caso di evidenziare che da tutta la documentazione depositata dal comune di Roma emerge con chiarezza che quest'ultimo ha sempre ritenuto le inadempienze della società Capannelle non gravi e tali da consentirne, in ogni caso, la partecipazione alla gara pubblica per cui è causa.

La tesi sostenuta dalla ricorrente è errata anche in diritto.

La situazione soggettiva dei concorrenti che, nella loro pregressa attività, si siano resi responsabili di gravi errori costituisce tradizionalmente una delle cause generali di esclusione dalle gare d'appalto. Essa non ha carattere sanzionatorio, ma è prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, 25 agosto 2006, n. 4999; sez. VI, 8 marzo 2003, n. 1071).

Pur essendo indiscutibile che il sistema normativo non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto dall'aspirante partecipante, deve però reputarsi indeclinabile la valutazione che la stessa amministrazione abbia fatto, in sede per l'appunto amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare alla nuova procedura selettiva. Sotto tale

angolazione è legittimo, alla stregua del sistema normativo, il provvedimento che esclude il concorrente, richiamando *per relationem*, il provvedimento con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, la stessa amministrazione abbia provveduto alla rescissione del contratto sulla scorta di ritenuti e ripetuti inadempimenti contrattuali (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1071); ma, specularmente, deve ritenersi insussistente l'obbligo di automatica esclusione in presenza di inadempimenti anche se accertati in sede giudiziale (nel caso di specie il lodo arbitrale ha accertato l'inadempimento da parte della società Capannelle di taluni obblighi assunti al momento della instaurazione del precedente rapporto concessorio); in tal senso non rileva il precedente della sezione invocato dalla ricorrente (sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6541), dove per altro:

- si è ribadita la necessità che l'inadempimento sia grave;
- si è affermato che in presenza di tale gravità l'amministrazione abbia l'onere di prendere in considerazione la situazione di fatto motivando adeguatamente.

In definitiva, ben può l'amministrazione appaltante, a fronte di un comportamento «scorretto» - tale da far venir meno il rapporto fiduciario tra le parti contraenti - tenuto da un'impresa già in passato parte di un rapporto di appalto, imputato a negligenza o a malafede della stessa, escluderla dal

fare offerte nelle successive licitazioni private, in forza dell'art. 68 r.d. 23 maggio 1924 n. 827 (Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2001, n. 5610); ciò non toglie però che la valutazione del venir meno del rapporto fiduciario spetti in via esclusiva all'amministrazione.

Per completezza si segnala che il codice degli appalti, inapplicabile *ratione temporis*, ha cristallizzato l'orientamento giurisprudenziale cui la sezione aderisce (e recepito dall'impugnata sentenza del T.a.r. del Lazio), che esige che la negligenza, la malafede e gli errori dell'impresa concorrente siano gravi (cfr. art. 38, lett. f).

7.2. Parimenti inaccoglibile è la censura di violazione dell'art. 16 del più volte menzionato regolamento comunale.

In primo luogo la sezione rileva che fra le cause di esclusione espressamente individuate dalla *lex specialis* (art. 5 dell'avviso di gara, determinazione dirigenziale n. 1160 del 15 dicembre 2003), non figura quella richiamata dall'art. 16, né si fa menzione della norma in esame.

In secondo luogo risulta del tutto inconferente il richiamo operato al regolamento in questione dall'art. 2 dell'avviso di gara; tale richiamo, infatti, risulta testualmente finalizzato a individuare la disciplina del rapporto concessorio una volta conclusa la procedura di evidenza pubblica; ciò rende ancora più evidente che l'amministrazione, nell'esercizio della sua

insindacabile discrezionalità, non ha inteso richiamare l'art. 16 fra le cause di esclusione.

In ogni caso valgono le superiori considerazioni sviluppate al precedente punto 7.1.2. circa l'insindacabilità della decisione del seggio di gara di non esercitare il potere di esclusione e la necessità che l'inadempimento sia di apprezzabile gravità.

7.3. L'ultimo motivo rescissorio è inammissibile.

Tale motivo è stato espressamente sollevato in relazione al terzo motivo rescindente (cfr. pagina 14, rigo 5, dell'atto di revocazione); ma il terzo motivo rescindente è stato respinto dalla precedente decisione della sezione n. 2610 del 2007.

In ogni caso il motivo è inammissibile ed infondato per tutte le ragioni esposte in precedenza.

8. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni la fase rescissoria della presente revocazione deve essere definita con il rigetto integrale dell'appello incidentale proposto dalla società Ippodromi e la relativa conferma, *in parte qua*, della sentenza di primo grado.

Nel particolare andamento del processo il collegio ravvisa giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sulla fase rescissoria del ricorso in revocazione meglio specificato in epigrafe:

- respinge *in toto* l'appello incidentale proposto dalla Società Ippodromi & Città s.p.a e per l'effetto conferma, *in parte qua*, la sentenza del T.a.r. Lazio, sezione II, n. 5158 del 21 giugno 2005;
- dichiara integralmente compensate fra le parti le spese del presente giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 18 marzo 2008, con la partecipazione di:

| | |
|--------------------------|---------------|
| Cesare Lamberti | - Presidente |
| Marco Lipari | - Consigliere |
| Vito Poli Rel. Estensore | - Consigliere |
| Francesco Caringella | - Consigliere |
| Adolfo Metro | - Consigliere |

ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Vito Poli

f.to Cesare Lamberti

IL SEGRETARIO
f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14 aprile 2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

p.IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi