

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5331 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Aeg - Applicazioni elettriche generali s.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Salvi, elettivamente domiciliata presso Gianmarco Grez in Roma, Corso Vittorio Emanuele II n. 18

contro

Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Luisa Torchia e Tommaso Di Nitto, con domicilio eletto presso lo studio legale "Prof. Avv. Luisa Torchia ed altri s.t.p." in Roma, Via Sannio n. 65

nei confronti di

Elettromeccanica PM s.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giorgio Antonicelli e Rosalba Chiaradia, presso lo studio dei quali in Roma, Via Lima n. 12, ha eletto domicilio

per l'annullamento

(ric.) dell'esclusione dalla procedura di gara n. 5941 finalizzata all'affidamento della fornitura di bobine d'indotto, bobine statoriche e collettori fascianti, suddivisa in 4 lotti; di ogni altro atto connesso, ivi incluso il punto VI.3.16 del bando di gara;

(mm.aa.) della deliberazione della Direzione logistica Trenitalia n. 25 dell'8.8.2012, con cui la ricorrente è stata nuovamente esclusa dalla procedura di gara n. 5941 e di ogni altro atto connesso, ivi inclusa, ove occorra, la disposizione del punto VI.3.16 del bando di gara e l'eventuale aggiudicazione della gara.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società Trenitalia ed Elettromeccanica PM;

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 dell'11 ottobre 2012 il cons. Mario Alberto di Nezza e uditi per le parti i difensori come da verbale;

1. Rilevato:

- che la società AEG ha chiesto l'annullamento dell'esclusione dalla gara meglio specificata in epigrafe, disposta da Trenitalia ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. *f*), d.lgs. n. 163 del 2006 in ragione dell'asserito venir meno del vincolo fiduciario con la stazione appaltante a seguito della risoluzione per grave inadempimento di un precedente contratto *inter partes* (contr. n. 1200001562 rubrica 2601/2009);

- che a sostegno del gravame la ricorrente, illustrata la vicenda penale nella quale era stata coinvolta, ha chiarito che con ordinanza del 16 dicembre 2011 il G.i.p. di Firenze aveva respinto la richiesta del Pubblico Ministero di applicare nei suoi confronti la misura interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione ed enti assimilati ex artt. 45 ss. d.lgs. n. 231 del 2001;

- che, costituitasi in resistenza la società intimata e intervenuta in giudizio la società Elettromeccanica PM, con ordinanza resa alla camera di consiglio del 27 luglio 2012 (così motivata: "il provvedimento di esclusione non esibisce - tenuto conto delle risultanze [...] dell'incidente cautelare celebrato innanzi al G.i.p. di Firenze [...] - la 'motivata valutazione' circa la pretesa grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante, comportante il venir meno del vincolo fiduciario con l'impresa [...]") è stata accolta l'istanza cautelare;

- che con rituali motivi aggiunti la società AEG ha impugnato il successivo provvedimento dell'8 agosto 2012 con cui Trenitalia, nonostante l'iniziale riammissione della ricorrente alla procedura, ne ha immediatamente dopo reiterato l'esclusione in dichiarata esecuzione del *dictum* cautelare;

- che all'odierna udienza, depositate dalle parti ulteriori memorie anche di replica, il giudizio è stato trattenuto in decisione;

2. Ritenuto:

2.1. in via preliminare: *a*) che è inammissibile la domanda di annullamento dell'originaria esclusione formulata dalla società Elettromeccanica PM, partecipante in a.t.i. con la ricorrente alla medesima gara per cui è questione, alla luce della posizione di cointeresse da essa interveniente vantata (da ciò derivando la soggezione all'onere di tempestiva impugnazione dei provvedimenti asseritamente lesivi di suoi interessi legittimi); *b*) che l'iniziale impugnazione di AEG è divenuta improcedibile, alla luce dell'avvenuta adozione da parte di Trenitalia del provvedimento dell'8 agosto 2012;

2.2. nel merito:

- che con i motivi aggiunti la ricorrente, nel riproporre essenzialmente il medesimo nucleo di critiche già formulate con l'atto introduttivo, si sofferma sulla motivazione della ridetta determinazione dell'8 agosto 2012 assumendone l'illegittimità secondo l'articolato ragionamento di seguito sintetizzato:

i) anzitutto, Trenitalia avrebbe corretto il tiro rispetto all'iniziale esclusione ritenendo di "trasferirne" le ragioni sull'impresa e, per essa, sui suoi requisiti tecnici qualificandoli frutto di attività illecita, ciò che sarebbe in contrasto con la possibilità di ascrivere all'impresa unicamente eventuali illeciti civili commessi nella fase esecutiva del contratto piuttosto che una responsabilità penale (riguardante solo le persone fisiche; a tale proposito, sarebbe totalmente priva di fondamento la parte della motivazione in cui si afferma che i requisiti tecnici ed economici vantati da AEG sarebbero stati acquisiti – e spesi in varie gare – “non già in forza delle qualità dimostrate nell'esercizio della propria attività professionale, bensì attraverso condotte collusive e fraudolente, che hanno determinato distorsioni nel mercato dei fornitori di Trenitalia”; cfr. pagg. 6 e 7 mm.aa.);

ii) la stazione appaltante sarebbe cioè incorsa nel medesimo vizio stigmatizzato con riferimento all'iniziale esclusione, avendo reputato di desumere la “carenza di fiducia” dal contegno degli amministratori dell'impresa senza tuttavia tener conto di elementi quali la mutata composizione societaria, la sostituzione degli amministratori stessi, la nomina di organi interni di vigilanza e, soprattutto, la pronuncia del giudice penale recante il riconoscimento della facoltà di concludere contratti con la pubblica amministrazione;

iii) tali aspetti critici sarebbero maggiormente evidenti alla luce dell'insussistenza di irregolarità nei suoi pregressi rapporti con Trenitalia, stante l'ininfluenza della risoluzione di un precedente contratto, già posta a base dell'iniziale esclusione, per le ragioni esposte nell'atto introduttivo; a quest'ultimo riguardo, la ricorrente, chiarito che la stazione appaltante si era basata sulla violazione del codice etico di Trenitalia, in ossequio al punto VI.3.16 del bando di gara (“Trenitalia si riserva la facoltà di escludere i concorrenti per i quali – secondo propria motivata valutazione – non sussista adeguata affidabilità professionale in quanto risultino essere incorsi, nei tre anni antecedenti la data di pubblicazione del presente bando di gara, risoluzione per inadempimento di contratto di appalto” affidati dalla stessa Trenitalia o da altre società dl gruppo FS), ha dedotto come l'esclusione dall'odierna gara sia avvenuta per ragioni -a suo dire- non solo non riconducibili alla previsione dell'art. 38, co. 1, lett. *f*), non riguardando in alcun modo la diligenza dell'impresa nell'esecuzione del contratto risolto, ma in ogni caso superate dalla mutate condizioni di fatto e di diritto (completa dissociazione dalle condotte dei precedenti amministratori e provvedimento del giudice penale); in questa ottica, sarebbe del tutto ingiustificata la conferma del giudizio di “sfiducia” contenuto nel precedente provvedimento di risoluzione;

iv) conclusivamente, Trenitalia avrebbe omesso di indicare tanto i “diversi e ulteriori elementi di prova” a sostegno di detta conferma (del giudizio di “sfiducia”), quanto le ragioni per le quali tali ulteriori elementi avrebbero consentito di superare le menzionate circostanze sopravvenute, per giunta senza motivare in ordine alla revoca della riammissione disposta all'indomani della pronuncia cautelare di questo Tribunale;

- che le pur perspicue argomentazioni della ricorrente non meritano tuttavia condivisione;

- che infatti - nonostante la fondatezza della critica rivolta avverso la considerazione esposta nell'atto impugnato circa l'asserita acquisizione, da parte della ricorrente, dei propri requisiti tecnico-economici per effetto di “condotte collusive e fraudolente” (v. sopra, *sub i*), assunto che si

risolve in una petizione di principio riposante su un inammissibile salto logico tra i fatti posti a base della risoluzione del precedente rapporto *inter partes*, fatti (allo stato) circoscritti nei limiti dell'accertamento penale in corso, e il complessivo contegno della ricorrente stessa - il *proprium* della contestata esclusione non presenta i vizi dedotti;

- che va al riguardo premesso come l'art. 38, co. 1, lett. *f*), d.lgs. n. 163 del 2006 (sono esclusi dalla partecipazione alle gare di appalto i 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") sia inteso dalla giurisprudenza nel senso che "il pregresso inadempimento è causa di esclusione in base a motivata valutazione della stazione appaltante, senza necessità che lo stesso sia stato definitivamente accertato in sede giurisdizionale", essendo a tal fine "sufficiente la valutazione che la stessa amministrazione abbia fatto in sede amministrativa del comportamento tenuto in precedenti rapporti contrattuali dal soggetto" (Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2012, n. 2761);

- che si è altresì chiarito come la norma non abbia carattere sanzionatorio, contemplando "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'", essendo riservata alla stazione appaltante la valutazione della gravità dei pregressi inadempimenti (valutazione sindacabile in giudizio solo se affetta da vizi di travisamento, illogicità, irragionevolezza); la decisione di esclusione per "deficit di fiducia" è cioè rimessa all'apprezzamento dell'amministrazione aggiudicatrice sull'individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" nel pregresso o futuro contraente, di talché "il controllo del giudice amministrativo su tale valutazione discrezionale deve essere svolto *ab extrinseco*, ed è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non è mai sostitutivo" (in altri termini, il sindacato sulla motivazione del rifiuto "deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante come ragione di rifiuto"; così Cons. Stato, sez. VI, n. 2761/12 cit., che a sua volta richiama Cass. civ., sez. un. 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313);

- che questa linea di pensiero si pone in asse col recente arresto delle Sezioni unite della Corte di cassazione sull'ambito del potere cognitorio del giudice amministrativo nei casi di esclusione ex art. 38, co. 1, lett. *f*), avendo il Giudice della giurisdizione affermato come "in presenza di una ragionevole scelta legislativa di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di *inaffidabilità* dell'impresa – esemplificativamente indicate in ipotesi di mala fede o colpa grave emerse nella esecuzione del pregresso rapporto o di serie carenze professionali emergenti dal passato aziendale – il sindacato di legittimità del giudice amministrativo nello scrutinio di un uso distorto di tale rifiuto debba prendere atto della chiara scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante la individuazione del *punto di rottura* dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente"; con la conseguenza che una decisione che "non accerti l'inesistenza di alcuna ragione giustificante o la esistenza indiscutibile di ragioni dissimulate ma *valuti solamente la insufficienza dei dati addotti a sostenere come plausibile il superamento di quel punto di rottura*, incorre, all'evidenza, nel [...] vizio di eccesso di potere cognitivo ai danni dell'amministrazione" (così Cass. civ., sez. un., n. 2312/12 cit.);

- che, facendo applicazione delle riportate coordinate interpretative, l'impugnato provvedimento di esclusione risulta sorretto da adeguata motivazione, riferendosi a circostanze costituenti idonea (*i.e.* non pretestuosa) giustificazione dell'apprezzamento circa il venir meno dell'elemento fiduciario nei rapporti con la stazione appaltante;

- che infatti nella determinazione dell'8.8.2012 Trenitalia: *a*) si è anzitutto soffermata sulle ragioni della risoluzione del precedente contratto *inter partes*, pronunciata a seguito della ricordata inchiesta della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze volta ad accertare l'esistenza di un cartello di imprese occulto costituito allo scopo di falsare gli esiti delle gare indette dalla resistente, nel corso della quale il G.i.p. del medesimo Tribunale aveva applicato misure cautelari nei confronti degli amministratori delle società coinvolte (ord. 10.9.2011); *b*) ha poi precisato come nella successiva ordinanza emessa sulla richiesta di misure *ex d.lgs. n. 231/2001* nei confronti di dette società (ord. 16.9.2011) lo stesso giudice si fosse limitato a "compiere un giudizio prognostico in relazione al pericolo di reiterazione dei reati commessi" dalla ricorrente, "senza in alcun modo mettere in discussione la fondatezza degli indizi raccolti [...]"; *c*) ha rappresentato infine di essere titolare di un potere valutativo autonomo dei fatti emersi dall'inchiesta, indipendentemente dagli esiti del giudizio penale, al fine di accertare se gli stessi possano incidere sull'"affidabilità" e la "probità" della ricorrente medesima (richiamando in proposito Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6951, secondo cui la causa di esclusione di cui all'art. 38, co. 1, lett. *f*, sarebbe applicabile non solo nei casi di carenza delle competenze tecniche per eseguire le prestazioni dedotte in contratto, ma anche in quelli in cui il concorrente "non sia in grado di garantire 'un contegno ispirato a correttezza e probità contrattuale'");

- che la lettura della vicenda fatta dalla stazione appaltante nel censurato provvedimento appare coerente con i riportati parametri di giudizio (in specie, con la facoltà di autonomo accertamento dei fatti da parte della stazione appaltante) e con le risultanze processuali (segnatamente, con la natura meramente prognostica del giudizio reso dal g.i.p. nel corso dell'incidente cautelare penale riguardante le imprese, ferma la valutazione di gravità degli indizi di colpevolezza);

- che le misure di dissociazione (tempestivamente e adeguatamente) adottate dalla ricorrente, benché abbiano influito in senso positivo sul menzionato giudizio prognostico, sono state tuttavia ritenute, almeno nell'immediato (v. oltre, in merito al punto VI.3.16 del bando), recessive rispetto alla rottura del vincolo fiduciario determinata dai fatti emersi dall'inchiesta penale;

- che le conclusioni innanzi riportate, concernenti essenzialmente la natura e le modalità di esercizio del potere valutativo della stazione appaltante e, a valle, delle inerenti regole di giudizio, ancora non consentono di dirimere la questione in esame, stante la contestata riconduzione della risoluzione di un precedente contratto per fatti non relativi alle capacità tecniche dell'impresa alla fattispecie astratta contemplata dall'art. 38, co. 1, lett. *f*);

- che nel caso di specie non occorre peraltro stabilire in linea generale se sia o non condivisibile una lettura di detta disposizione tale da proiettarne la portata precettiva al di là degli aspetti più propriamente tecnico-professionali, sino ad attingere il vincolo fiduciario (nel senso di farne ritenere necessaria l'attuale -al momento della partecipazione alla gara- e perdurante sussistenza); sul piano ermeneutico, questa impostazione dovrebbe sortire o dal riconoscimento di una *vis expansiva* della lett. *f*) tale da consentirne l'applicazione analogica a casi e modi da essa non specificamente disciplinati, ovvero da una lettura della nozione di "errore grave nell'esercizio dell'attività professionale" (peraltro di non immediata decifrazione) condotta con la massima latitudine consentita dal significato proprio delle parole (cfr. di questa Sezione l'ord. 28 gennaio 2012, n. 367; in questa ottica, la pregressa "grave negligenza o malafede" e l'"errore grave" consisterebbero in elementi sintomatici del deficit di fiducia; è appena il caso di osservare che nella menzionata pronuncia n. 2312/12 le Sez. un. affermano, sia pure incidentalmente, come la norma si incentri sulle ragioni di inaffidabilità dell'impresa, "esemplificativamente" indicate nelle ipotesi di mala fede o colpa grave emerse nella esecuzione del pregresso rapporto o di serie carenze professionali emergenti dal passato aziendale);

- che infatti il punto VI.3.16 del bando di gara (citato soltanto nell'epigrafe del ricorso e dei motivi aggiunti, ma nei cui confronti non è spiegata alcuna censura) reca una comminatoria di esclusione per casi simili a quello oggi in rilievo, essendo l'assenza di "adeguata affidabilità professionale" ricondotta alla risoluzione per inadempimento di precedenti contratti tra le parti; in altri termini, la clausola può essere interpretata nel senso che la risoluzione per inadempimento di per sé integri il ridotto deficit di fiducia (tale prescrizione opera peraltro un'attenuazione in chiave pro-competitiva della sua portata escludente, stante la limitazione temporale alle risoluzioni pronunciate nell'ultimo triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara);

- che del resto non può non riconoscersi, in linea generale, come il dovere di correttezza cui sono tenuti *ex art. 1175 cod. civ.* i soggetti del rapporto obbligatorio, declinato nella disciplina codicistica sul contratto in termini di buona fede (c.d. oggettiva), imponga in particolare a ciascuno dei contraenti di astenersi da comportamenti fraudolenti nei confronti della controparte sin dalla fase prodromica alla conclusione dell'accordo (v. art. 1337 cod. civ., sulla buona fede nello svolgimento delle trattative e della formazione contrattuale), pena l'applicazione delle sanzioni civilistiche di volta in volta previste (nullità, annullamento o risoluzione; restano ovviamente ferme le ulteriori conseguenze a fronte di eventuali reati);

- che infine anche la doglianza (sviluppata nell'atto introduttivo), secondo cui l'art. 38, co. 1, lett. *m*), d.lgs. n. 163 del 2006 (esclusione per i soggetti nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, co. 2, lett. *c*), d.lgs. n. 231/2001 o altra sanzione comportante "il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione") precluderebbe l'operatività della successiva lett. *f*) in ragione della tipizzazione normativa degli effetti delle misure interdittive, è priva di pregio, in quanto l'ipotesi contemplata dalla prima disposizione: *i*) si limita a rendere esplicita una regola in realtà immanente nel sistema (la sottoposizione alla misura o alla sanzione del divieto di contrarre con la p.a. non può non implicare il divieto di prender parte alle relative gare); *ii*) riguarda casi in cui l'inibitoria proietta i suoi effetti nei confronti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici, non solo di quella che ha in concreto indetto la selezione (come invece avviene per la lett. *f*);

3. *Ritenuto*, in conclusione, che l'impugnazione sia infondata e vada pertanto respinta, seguendo le spese di lite, siccome liquidate in dispositivo (e riferite anche alla fase cautelare), la soccombenza;

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione terza-*ter*, definitivamente pronunciando: *a*) dichiara inammissibile l'intervento della società Elettromeccanica PM; *b*) dichiara improcedibile il ricorso e respinge i motivi aggiunti; *c*) condanna la ricorrente a corrispondere in favore di Trenitalia s.p.a. le spese di lite, che liquida in complessivi euro 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 Roma nella camera di consiglio dell'11 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Giampiero Lo Presti, Consigliere

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2012

IL SEGRETARIO

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