



**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 la Puglia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 456 del 2006, proposto da SAIE s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Zoppolato, Marco Napoli e Francesco Muscatello, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Bari, via Giulio Petroni, 132/bis;

***contro***

Comune di Foggia, rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele De Vitto, con domicilio eletto presso l'avv. Rosa Cerabino in Bari, via Melo, 141;

***nei confronti di***

Emilio Alfano s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Soprano e Maria Grazia Ingrosso, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Paccione in Bari, via Quintino Sella, 120;

***per l'annullamento***

del verbale di gara in data 1 marzo 2006, con il quale la commissione giudicatrice nominata dal Comune di Foggia ha escluso la SAIE s.r.l. dalla licitazione privata per l'affidamento della concessione di esercizio e manutenzione degli impianti per

la distribuzione di energia elettrica e per l'illuminazione votiva delle strutture funerarie esistenti nel cimitero comunale", in pretesa applicazione della previsioni recate dall'art. 75, comma 1 - lett. f), del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554; del provvedimento 8 marzo 2006 n. 81, con il quale il Comune di Foggia ha aggiudicato il servizio alla Emilio Alfano s.p.a.; nonché per la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento in forma specifica o comunque per equivalente economico;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Foggia e di Emilio Alfano s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2011 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Marco Napoli, Francesco Muscatello, Emilio Reboli (per delega di Enrico Soprano);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La SAIE s.r.l. espone di aver ottenuto dal Comune di Foggia, con contratto in data 11 maggio 1995, l'affidamento per la durata di nove anni del servizio di illuminazione elettrica nel cimitero cittadino.

Il corrispettivo spettante alla società concessionaria era rappresentato dai canoni di abbonamento e dai contributi di allacciamento posti a carico degli utenti del servizio, calcolati sulla base di tariffe predeterminate dall'Amministrazione comunale. Il contratto stabiliva, inoltre, che il Comune avrebbe percepito un compenso in misura variabile, pari al 73,15% di quanto fatturato dalla società all'utenza.

La ricorrente espone di aver dovuto affrontare, nei primi anni di gestione, spese non preventivate relative al rifacimento degli impianti elettrici (circa 577.055,42 euro) ed al censimento degli abbonati al servizio di illuminazione votiva (circa 99.426,21 euro).

Il Comune di Foggia, dopo aver respinto la richiesta della SAIE s.r.l. di effettuare una compensazione tra le maggiori spese sostenute ed il compenso percentuale dovuto annualmente dalla società, ha notificato a quest'ultima, il 12 dicembre 2003, un decreto ingiuntivo per l'importo di 477.201,35 euro a titolo di arretrato spettante sui ricavi della concessione. La SAIE s.r.l. ha proposto opposizione al decreto, tuttora pendente dinanzi al Tribunale di Foggia, ha pagato con riserva la somma ingiunta ed ha proposto domanda riconvenzionale per il pagamento di oltre 600.000 euro.

Nonostante le reciproche pretese creditorie, il rapporto contrattuale è giunto senza interruzioni alla scadenza del febbraio 2004 ed anzi il Comune di Foggia ha prorogato l'affidamento del servizio alla SAIE s.r.l. per circa due anni, nelle more dell'espletamento della gara per l'individuazione del nuovo concessionario.

Veniamo così alla licitazione privata oggetto della controversia in esame, avviata dal Comune con bando del 27 giugno 2005, per l'affidamento trentennale del servizio di illuminazione votiva, di importo a base di gara pari a 5.346.000 euro, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Pervenute due sole offerte, la SAIE s.r.l. è stata esclusa, con il verbale qui impugnato, per motivazioni così riassumibili:

- la società ha omesso di versare al Comune quanto dovuto per gli anni 2000 – 2003 a titolo di compenso variabile commisurato agli introiti tariffari, per un importo di 477.201,35 euro, su cui il Comune ha ottenuto un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo del Tribunale di Foggia;

- il difensore della SAIE s.r.l. ha ammesso, con lettera in data 8 gennaio 2004, l'inadempienza surriferita ed ha preannunciato il pagamento della somma dovuta, riservandosi di proporre comunque opposizione giudiziale;
- l'ufficio ragioneria comunale ha attestato, con nota del 10 febbraio 2006, che la SAIE s.r.l. risulta inoltre debitrice di ulteriori canoni non versati, fino al 31 dicembre 2005, per un importo di 538.731,37 euro;
- pertanto, la SAIE s.r.l. *"... si è resa responsabile di gravi e reiterate inadempienze contrattuali nei confronti della stazione appaltante, prefigurando una violazione del dovere di diligenza nell'adempimento, qualificata da un atteggiamento psicologico della società continuato nel tempo"*, violazioni che ad avviso della commissione hanno determinato gravi danni alle casse comunali e, al contempo, comportano il venir meno del rapporto fiduciario ed *"... un giudizio di inaffidabilità professionale della stessa società"* ai sensi dell'art. 75, primo comma – lett. f), del D.P.R. n. 554 del 1999.

E' risultata aggiudicataria, con provvedimento in data 8 marzo 2006, la controinteressata Emilio Alfano s.p.a., unica concorrente rimasta in gara.

Avverso il verbale di esclusione e la successiva aggiudicazione definitiva vengono dedotti i seguenti motivi:

1) violazione dell'art. 75 del D.P.R. n. 554 del 1999, violazione dell'art. 13 del bando di gara e dell'art. 4-*bis* del capitolato speciale, eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento dei presupposti, carenza di motivazione, contraddittorietà, sviamento ed ingiustizia manifesta: il Comune avrebbe illegittimamente disposto l'esclusione della ricorrente, in assenza dei presupposti rispettivamente stabiliti dall'art. 75 del regolamento sugli appalti (grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori) e dalla *lex specialis* di gara (grave inadempienza accertata con sentenza passata in giudicato); in ogni caso, l'asserita inadempienza per mancato versamento dei canoni concessori sarebbe tuttora oggetto di contenzioso dinanzi al Tribunale di Foggia e non rivestirebbe carattere di gravità;

contraddittoriamente, poi, lo stesso Comune di Foggia avrebbe prorogato l'affidamento di circa due anni e certificato, al termine del rapporto, che la ricorrente ha eseguito a regola d'arte gli impianti elettrici presso il cimitero ed ha gestito regolarmente il servizio (cfr. doc. 12 – attestazione rilasciata il 13 gennaio 2006 e prodotta in corso di gara);

2) violazione dell'art. 5 del bando di gara, violazione degli artt. 8 e 30 della legge n. 109 del 1994 ed eccesso di potere per travisamento dei presupposti e carenza di motivazione: il Comune avrebbe illegittimamente ammesso la Emilio Alfano s.p.a., nonostante la produzione da parte di quest'ultima di una certificazione di qualità UNI EN ISO 9001 scaduta al momento della scadenza del termine per presentare le offerte.

La ricorrente chiede inoltre la condanna del Comune di Foggia al risarcimento del danno in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con la società controinteressata; in subordine, chiede il riconoscimento del risarcimento per equivalente, da determinarsi in misura forfetaria.

Si sono costituiti il Comune di Foggia e la Emilio Alfano s.p.a., chiedendo il rigetto del gravame.

Questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare con ordinanza n. 240 del 5 aprile 2006, confermata in appello dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 2604 del 30 maggio 2006.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 5 ottobre 2011, nella quale la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

1. E' infondato il primo nucleo di censure, con cui la ricorrente contesta la legittimità dell'esclusione disposta nei suoi confronti dal Comune di Foggia.

Il verbale in data 1 marzo 2006, richiamato in narrativa, dà conto della valutazione espressa dalla commissione di gara in ordine a due circostanze verificatesi nel

corso del pregresso rapporto concessorio: la prima, che la SAIE s.r.l. non ha versato spontaneamente al Comune i compensi percentuali per gli anni 2000 – 2003 (per un importo di 477.201,35 euro), bensì lo ha fatto soltanto dopo la notifica del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo emesso dal Tribunale di Foggia; la seconda, che la SAIE s.r.l. risulta debitrice di ulteriori canoni non versati, fino al 31 dicembre 2005, per un importo di 538.731,37 euro.

Il primo dei fatti non è contestato. La ricorrente, tuttavia, rammenta di aver proposto opposizione al decreto ingiuntivo e domanda riconvenzionale per oltre 600.000 euro, reclamando il pagamento dei lavori aggiuntivi e delle prestazioni non previste dal contratto.

Quanto alla seconda circostanza, la ricorrente afferma (cfr. pag. 24 del ricorso) che in realtà, per gli anni 2004 – 2005, avrebbe già versato al Comune circa 190.000 euro e che, pertanto, la somma ancora dovuta sarebbe inferiore a quanto indicato nel provvedimento impugnato, e cioè prossima a 350.000 euro. Ma ciò non potrebbe costituire, secondo la ricorrente, un grave inadempimento tale da giustificare l'esclusione dalla gara, poiché nel corso di undici anni di gestione del servizio i canoni versati al Comune di Foggia ammonterebbero all'incirca a 1.870.000 euro e, in ogni caso, nessuna diffida al pagamento è stata mai trasmessa dal Comune, anche in considerazione della pretesa creditoria di 600.000 euro fatta valere, come si è detto, con la domanda riconvenzionale proposta dinanzi al Tribunale di Foggia.

Invero, dalla lettura del ricorso emerge che, quantomeno con riguardo alla seconda delle inadempienze considerate dal Comune, è pacifico il mancato versamento da parte della SAIE s.r.l. di 350.000 euro, somma che è stata riscossa dagli utenti del servizio e ritenuta sulla base di una compensazione non autorizzata dal Comune e decisa unilateralmente dalla società concessionaria.

La commissione ha perciò giudicato la SAIE s.r.l. responsabile di gravi e reiterate inadempienze contrattuali nei confronti della stazione appaltante, tali da far venire meno il rapporto fiduciario, ed ha espresso un giudizio di inaffidabilità professionale nei confronti della società, ai sensi dell'art. 75, primo comma – lett. f), del D.P.R. n. 554 del 1999. Norma, quest'ultima, applicabile *ratione temporis* alla procedura su cui si controverte e richiamata dall'art. 13 del bando di gara, che vieta l'affidamento di appalti e concessioni alle imprese “*che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara*”.

In termini analoghi, può osservarsi che l'art. 45, secondo comma – lett. d), della direttiva 2004/18/CE, recepito con l'art. 38, primo comma, - lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006, prevede oggi la possibilità di escludere l'operatore economico che “*... nell'esercizio della propria attività professionale abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice*”.

Il legislatore comunitario e quello nazionale, confermando la previsione già contenuta nel D.P.R. n. 554 del 1999 e riferita ai soli lavori pubblici, hanno rimesso alle stazioni appaltanti il potere di accertare discrezionalmente la sussistenza e la gravità dell'inadempimento imputabile all'impresa concorrente.

La gravità della negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali va commisurata al pregiudizio arrecato alla fiducia, all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre *ex ante* nell'impresa con cui decide di intraprendere un nuovo rapporto contrattuale. L'esclusione dalla gara non ha quindi, in tal caso, carattere sanzionatorio, ma è viceversa prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico. Così, secondo la giurisprudenza, la presupposta valutazione assume un aspetto più soggettivo, sull'affidabilità del potenziale contraente, che oggettivo, sul pregiudizio al concreto interesse

all'esecuzione della specifica prestazione inadempita (in questi termini, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2011 n. 409).

Inoltre, l'esclusione del concorrente che sia incorso in grave negligenza o malafede nell'esecuzione dei lavori non presuppone il definitivo accertamento giudiziale in ordine a tale comportamento, essendo sufficiente la valutazione in concreto operata dalla stessa Amministrazione sui fatti imputabili all'impresa.

Il fatto, poi, che l'art. 75 del regolamento del 1999 faccia riferimento alla sola attività di "*esecuzione dei lavori*" non significa che, come affermato dalla ricorrente, il Comune di Foggia abbia indebitamente esteso in via analogica la portata applicativa della norma.

Il rapporto contrattuale intercorso, a far data dal 1995, tra il Comune e la SAIE s.r.l. aveva infatti ad oggetto (al pari della gara controversa) la complessiva gestione del servizio di illuminazione votiva, in cui rientrava l'effettuazione di lavori di manutenzione ed ampliamento degli impianti elettrici del cimitero, sui quali non sono sorte contestazioni, secondo quanto risulta dall'attestato di regolare esecuzione rilasciato dal Comune.

Ma, per quanto qui rileva, il contratto stipulato dalla parti prevedeva, quale forma alternativa al corrispettivo diretto, la delega alla SAIE s.r.l. per la riscossione dei canoni dovuti dagli utenti del servizio di illuminazione votiva, secondo il consueto schema della concessione di pubblico servizio.

La SAIE s.r.l. si era resa responsabile, secondo la valutazione della commissione di gara, di un'illecita ritenzione delle somme riscosse dagli utenti e destinate, in percentuale predeterminata, al Comune. Tale inadempienza, sebbene non attenesse in senso stretto alla "*esecuzione dei lavori*" sugli impianti elettrici, era senz'altro riferibile ad una delle prestazioni essenziali poste a carico della società concessionaria, vale a dire la riscossione dei canoni ed il versamento di una percentuale alle casse comunali.

Ad avviso del Collegio, non è irragionevole né ingiusta la valutazione di un'Amministrazione aggiudicatrice che giudichi grave, ed incidente negativamente sull'affidabilità professionale, la condotta dell'impresa appaltatrice che abbia ritenuto unilateralmente e senza titolo un'ingente somma, percepita dagli utenti del servizio e destinata, in misura predeterminata, alle casse dell'ente. Siffatta condotta non può trovare giustificazione nelle pretese creditorie affermate dall'impresa, in relazione ad altri aspetti del medesimo rapporto negoziale, poiché altrimenti si legittimerebbe il ricorso all'autotutela (mediante ritenzione degli introiti rivenienti dallo svolgimento del servizio pubblico), al di fuori dei principi propri del diritto dei contratti pubblici.

Dalle considerazioni fin qui svolte discende l'infondatezza del primo motivo di ricorso e la legittimità dell'esclusione deliberata dalla commissione di gara nei confronti della SAIE s.r.l., ai sensi dell'art. 75 del D.P.R. n. 554 del 1999.

2. E' conseguentemente inammissibile, per difetto d'interesse, il secondo motivo, con cui la ricorrente mette in dubbio la validità della certificazione di qualità prodotta dall'aggiudicataria Emilio Alfano s.p.a., poiché secondo un principio processuale consolidato il concorrente legittimamente escluso non ha titolo a contestare gli esiti della gara e la posizione dell'impresa risultata vincitrice.

E' infine respinta la domanda di risarcimento del danno, essendo acclarata la legittimità del provvedimento di esclusione.

3. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo, che tiene conto del valore dell'appalto e dell'impegno difensivo delle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara inammissibile.

Condanna la SAIE s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore del Comune di Foggia e della Emilio Alfano s.p.a., a ciascuno nella misura di euro 10.000 (diecimila) oltre i.v.a., c.a.p. ed accessori di legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere

Savio Picone, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/10/2011

IL SEGRETARIO

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