



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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1281 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Costruzioni Edil Lampo S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luca De Censi, Antonio Muffatti e Enrico Muffatti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Via Pattari, 6

***contro***

Comune di Grosio, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Larga, 23

***nei confronti di***

Co.Ge.Tri. S.r.l., non costituita in giudizio

***per l'annullamento***

- della nota del 7 maggio 2010, prot. n. 4070 con la quale il Responsabile del Servizio lavori Pubblici ha comunicato alla società ricorrente l'esclusione dalla procedura di gara;
- del verbale del 4 maggio 2010 con il quale l'appalto de quo è stato aggiudicato in via provvisoria alla società CO.GE.TRI s.r.l.;
- del bando di gara a procedura aperta in data 31 marzo 2010, con la quale il Comune di Grosio, in persona del Responsabile del Servizio Lavori Pubblici, ha indetto la gara per l'affidamento dei lavori relativi agli "Interventi straordinari di rifacimento acquedotti e fognature via Dosso - via XXV Aprile - via P.zzo Dosdè";
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso;

per la conseguente condanna del Comune di Grosio al risarcimento del danno derivante alla società ricorrente dalla esecuzione dei provvedimenti impugnati.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Grosio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Visto il dispositivo n. 104/2012;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2012, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe la ricorrente ha impugnato l'atto con cui è stata esclusa dalla gara, indetta dal Comune di Grosio, per l'affidamento dei lavori consistenti in interventi straordinari di rifacimento acquedotti e fognature in alcune vie comunali, la coeva aggiudicazione provvisoria in favore della società Co.Ge.Tri. S.r.l., il bando di gara e gli atti presupposti.

Con motivi aggiunti notificati il 14 settembre 2011, ha impugnato l'aggiudicazione definitiva per illegittimità derivata.

Il Comune di Grosio si è costituito in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

Intervenuta la rinuncia all'istanza cautelare, la causa, previo deposito di scritti conclusivi e repliche, all'udienza pubblica dell'11 gennaio 2012 è passata in decisione.

2. Il giudizio può essere definito con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 74 c.p.a., essendo il ricorso manifestamente infondato.

La ricorrente è stata esclusa dalla gara per cui è causa con la seguente motivazione: "A carico della ditta Costruzioni Edil Lampo S.r.l. è stato accertato dal Responsabile del servizio lavori pubblici in data 31 gennaio 2009, con nota prot. 11710 del 31 dicembre 2009, qui richiamata, una grave inadempienza contrattuale nei confronti dell'amministrazione comunale di Grosio".

Si tratta della nota del Responsabile del Servizio Lavori Pubblici, di riscontro alla nota del 24 dicembre 2009 con cui Edil Lampo aveva comunicato l'interruzione in pari data del servizio di sgombero della neve affidatole in appalto per le stagioni invernali 2008-2013, con cui il Comune, nel prenderne atto, ha dichiarato risolto il contratto di appalto n. 779 del 2 febbraio 2009, ai sensi dell'art. 10 del capitolato speciale, comunicando l'immediata escussione della fideiussione e riservando la richiesta di danni, nonché di valutare l'adozione di eventuali ulteriori provvedimenti.

La ricorrente non nega i fatti che, anzi, documenta (cfr. docc. 8, 9 e 10) ma, deducendo, con due motivi, vizi di violazione di legge ed eccesso di potere, ritiene illegittima l'esclusione in quanto il Comune non avrebbe motivato circa la gravità della pregressa inadempienza e si sarebbe contraddetto in quanto, a suo dire, pur riservandosi di adottare ulteriori provvedimenti, non li avrebbe poi adottati, procedendo direttamente all'esclusione di Edil Lampo dalla gara per cui è causa.

3. Gli assunti di parte ricorrente sono destituiti di fondamento.

La valutazione di gravità sottesa al provvedimento di esclusione dalla gara della ditta che, ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. 12 febbraio 2006 n. 163, sia incorsa in grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidatili dalla stazione appaltante, può essere esternata col richiamo *per relationem* all'atto con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, aveva provveduto alla risoluzione per inadempimenti

contrattuali.

Invero l'esclusione non ha carattere sanzionatorio, essendo posta, viceversa, a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2010, n. 296).

Ne consegue che, nel caso di specie, non assume alcun rilievo la prospettazione di parte ricorrente circa la mancanza di una espressa valutazione di gravità, posto che da una parte essa è pacificamente contenuta nella nota richiamata *per relationem* - in cui ciò che viene riservato ad un momento successivo non è la valutazione di gravità, essendo già accertata la “grave inadempienza da voi posta in essere”, ma solo l'adozione di ulteriori provvedimenti -, dall'altra la richiamata previsione, nel delineare la causa di esclusione, è teleologicamente indirizzata a salvaguardare l'elemento fiduciario, inciso dal giudizio in precedenza formulato dall'Amministrazione circa la grave inadempienza dell'aspirante partecipante.

4. Altrettanto destituite di fondamento sono le affermazioni, peraltro ridondanti in mere illazioni, con le quali la ricorrente censura l'operato del Comune che avrebbe, a suo dire, aggiunto “all'ultimo momento” nel bando la clausola a pena di esclusione di cui al punto III.2.1.1. per la quale non sono ammessi a partecipare i soggetti che siano incorsi, nel triennio, in gravi inadempienze contrattuali.

Detta affermazione da una parte non trova alcun riscontro documentale, dall'altra costituisce la mera riproduzione del divieto

previsto dall'art. 38, comma 1, lett. f), del codice dei contratti a tenore del quale sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti "f) 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".

Si tratta, in altri termini, di una prescrizione che, in quanto dettata da norma cogente di rango primario, la stazione appaltante avrebbe potuto applicare anche qualora essa non fosse stata riprodotta nel bando.

5. Per dovere di completezza va evidenziata, da ultimo, l'irricevibilità della censura con la quale la ricorrente afferma essere sproporzionata la previsione, contenuta nel bando, di estendere la preclusione alla partecipazione alle gare con riferimento a inadempienze compiute nel triennio anteriore anziché nell'anno, trattandosi di clausola espulsiva per la ricorrente che avrebbe dovuto, pertanto, impugnarla immediatamente.

Peraltro la stessa censura sarebbe anche inammissibile per carenza di interesse, atteso che la previsione del più ridotto segmento temporale invocato non avrebbe comunque giovato a Edil Lampo, la cui grave

inadempienza risaliva a soli tre mesi prima la pubblicazione del bando, avvenuta il 31 marzo 2010.

Altrettanto inammissibili sono le censure rivolte avverso la segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, trattandosi di atto inerente ad un pregresso rapporto contrattuale e, dunque, estraneo alla procedura per cui è causa.

Per quanto precede il ricorso deve essere respinto in parte e dichiarato inammissibile nella restante parte.

Consegue la reiezione dei motivi aggiunti con i quali l'aggiudicazione definitiva è stata impugnata soltanto per illegittimità derivata.

6. Le spese, liquidate in € 4.000,00 (quattromila), oltre al rimborso forfetario delle spese generali e agli oneri previdenziali e fiscali come per legge, secondo la soccombenza sono poste a carico della ricorrente che dovrà rifonderle in favore del Comune di Grosio, unica parte costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge in parte dichiarandolo inammissibile nella restante parte.

Spese a carico come da motivazione.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Marco Bignami, Consigliere

Laura Marzano, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2012

IL SEGRETARIO

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