



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1984 del 2016, proposto da:  
Srl Metropol, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Malena, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Ovidio, 32;

***contro***

Comune di Foggia, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Dragonetti, con domicilio eletto presso l'avv. Vania Romano in Roma, viale G. Mazzini, 6;

***nei confronti di***

Spa Cosmopol, rappresentata e difesa dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, corso del Rinascimento, 11;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, n. 00297/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di vigilanza armata degli immobili di proprietà e di pertinenza del comune di Foggia e delle sedi degli uffici giudiziari per il periodo 2015-2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Foggia e di Spa Cosmopol;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Massimo Malena, Domenico Dragonetti e Gianluigi Pellegrino;

### FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, Sez. I, con la sentenza 9 marzo 2016, n. 297, ha in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile il ricorso, proposto dall'attuale appellante, per l'annullamento della nota del 14.5.2015, con la quale è stata comunicata alla Metropol S.r.l. l'esclusione dalla gara bandita dal Comune di Foggia per "l'affidamento del servizio di vigilanza armata degli immobili di proprietà e di pertinenza del Comune di Foggia e delle sedi degli Uffici Giudiziari per il periodo 2015-2019" - CIG 6165112B5B e del verbale della seduta del 14.5.2015 durante la quale è stata disposta la menzionata esclusione e contestualmente aggiudicata in via provvisoria la gara a Cosmopol s.p.a.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- A seguito dell'ordinanza del Consiglio di Stato n. 2860-2015 l'appellante Metropol otteneva l'invocata tutela cautelare e la consequenziale sospensione dell'efficacia del provvedimento di esclusione del 14.5.2015;
- Successivamente, la stazione appaltante individuava (cfr. verbale del 15.7.2015) una nuova ed autonoma ragione di esclusione di Metropol basata sull'esistenza di una grave irregolarità fiscale definitivamente accertata, rilevante ai fini di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs n. 163-2006, pari ad oltre euro 2 milioni, desumibile da

un certificato dell'8.7.2015 dell'Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale di Foggia - Ufficio Territoriale di Foggia;

- La società appellante contestava l'omessa esclusione della controinteressata Cosmopol, stante l'intervenuto accertamento definitivo in sede giurisdizionale (ex sentenza del Consiglio di Stato n. 2928-2015) dell'inadempimento contrattuale della stessa aggiudicataria con riferimento al contratto con la società Napoli Holding, inadempimento rilevante ai fini di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163-2006 e mai dichiarato dalla società aggiudicataria;

- Il provvedimento di esclusione del 14.5.2015, impugnato con l'atto introduttivo, si fonda in primis sulla causa di esclusione di cui alla lett. e) dell'art. 38 d.lgs. n. 163-2006 e cioè sulla constatazione della grave e reiterata infrazione, commessa da Metropol, debitamente accertata di obblighi (pagamento della retribuzione) derivanti dal rapporto di lavoro;

- Sul punto delle diffuse e reiterate violazioni dell'obbligo primario della retribuzione nei confronti dei propri dipendenti, l'Amministrazione ha evidenziato con adeguata motivazione le ragioni dell'esclusione nel verbale del 14.5.2015;

- La gravità della violazione degli obblighi di cui alla lett. e) dell'art. 38 d.lgs. n. 163-2006, pur se non risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio, è dimostrata dal fatto che con il suo comportamento Metropol ha costretto i propri dipendenti ad attivare la procedura di cui all'art. 5 d.P.R. n. 207-2010, invocando l'intervento sostitutivo dell'Ente per la corresponsione degli elementi dovuti e non percepiti;

- Per sua natura la previsione di cui alla lett. f) (accertamento dell'errore grave nell'esercizio dell'attività professionale) attribuisce alla stessa stazione appaltante un onere di verifica della correttezza dell'operato del gestore uscente, verifica soggetta soltanto ad un sindacato ab estrinseco del giudice amministrativo di non manifesta pretestuosità.

L'appellante contestava la sentenza del TAR, deducendo i seguenti motivi di appello:

- Evidente contrasto con il principio declinato nell'Ordinanza della Sezione V del Consiglio di Stato n. 2860 del 25.6.2015, in riforma dell'Ordinanza TAR Bari n. 347 dell'11.6.2015;

- Sul ritardo nel pagamento degli stipendi ai dipendenti: 2.1. Error in procedendo — 2.2. Omesso esame dei vizi di ricorso e delle difese Metropol - 2.3. Carenza di motivazione: mera riproduzione del contenuto del verbale impugnato — 2.4. Illogica adesione alle tesi della P.A. — Violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato: violazione art. 112 c.p.c.;

- Erronea valutazione: error in iudicando. Omessa pronuncia sui vizi rubricati. Erronea valutazione e erronea attribuzione al Giudice Ordinario dell'accertamento della causa della condotta;

- Error in giudicando: contrasto con la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 7 del 2015;

- In merito all'assorbimento per ragioni di economia processuale, le doglianze proposte con gli ulteriori motivi di ricorso e dei motivi aggiunti vengono riproposte.

Con l'appello in esame si chiedeva l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituiva il controinteressato appellato, chiedendo la reiezione dell'appello, riproponendo le eccezioni di primo grado ex art. 101, comma 2, c.p.a. e proponendo appello incidentale con cui si contestava l'affermazione del TAR di fondatezza di una censura pur dichiarata inammissibile, riguardante l'ammissione di Cosmopol, peraltro ritenuta infondata nel merito.

All'udienza pubblica del 7 giugno 2016 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio rileva in punto di fatto che l'oggetto del giudizio concerne una procedura concorsuale, indetta dall'Amministrazione comunale nel marzo 2015, per l'affidamento del servizio di vigilanza sugli immobili comunali, a seguito della scadenza naturale del contratto (in data 28.2.2015) in essere con la società Metropol affidataria, in regime di proroga contrattuale.

A tale gara hanno partecipato soltanto la società appellante e la società Cosmopol. In conclusione dell'esame preliminare delle offerte, l'appellante è stata esclusa, mentre alla controinteressata è stata aggiudicata la gara.

Tale provvedimento di esclusione era fondato su due ordini di motivi distinti:

- la Metropol avrebbe omesso di dichiarare di essere stata destinataria di provvedimenti interdittivi antimafia emessi dalla Prefettura di Foggia;
- la stessa società non sarebbe in regola con il pagamento degli stipendi dei propri dipendenti, versando essa, pertanto, in condizione di grave violazione degli obblighi contrattuali nei confronti del Comune (violazione dell'art. 38, lett. e) ed f), D.lgs. n. 163-2006).

Questa Sezione del Consiglio di Stato, con Ordinanza cautelare 25 giugno 2015, n. 2860 riformava l'ordinanza del TAR, sospendendo la predetta esclusione.

Medio tempore, l'appellante Metropol veniva a conoscenza della pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato 15 giugno 2015, n. 2928, che riteneva legittima l'esclusione di Cosmopol dalla gara in quanto destinataria di ben due atti di risoluzione contrattuale presso Enti Pubblici per negligenza professionale ex art. 38, lett. f), d.lgs. n. 163-2006.

Il Comune comunicava a Metropol il verbale della riunione del 15.7.2015, ove si disponeva la sua nuova ed ulteriore esclusione sul presupposto che da un certificato dell'Agenzia delle Entrate dell'8.7.2015 si "evincesse una grave irregolarità fiscale, pari ad oltre 2.000.000,00 di euro e definitivamente accertata", in violazione dell'art. 38, comma 1, lett. g), coordinato con la lett. h), d.lgs. n. 163-2006.

Tale causa di esclusione era ritenuta “autonoma” e non contrastante con l’Ordinanza predetta del Consiglio di Stato.

2. Il Collegio ritiene che i ritardati pagamenti delle retribuzioni da parte della stessa stazione appaltante, implicano la possibilità per la stazione appaltante di poter determinare con il proprio comportamento la sussistenza di una ragione di esclusione, in contrasto con il principio del buon andamento e dell’imparzialità dell’azione amministrativa, tenuto conto che la capacità finanziaria dell’appaltatore è condizionata dalla puntualità dei pagamenti da parte degli Enti appaltante.

L’art. 12 del contratto di servizio tra Comune e Metropol, originaria affidataria del servizio, impone all’ente di provvedere al pagamento delle prestazioni entro il 10 del mese successivo, proprio per garantire a Mertopol di assolvere gli obblighi di legge tempestivamente (entro il 16 pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali ed entro il 20 pagamento degli stipendi e dei salari).

Nel caso di specie, peraltro, il Comune ha iniziato a pagare in ritardo in prossimità dell’indizione della gara, causando proprio in relazione alla gara oggetto di questo giudizio un ritardo di Metropol nella corresponsione delle retribuzioni, come risulta dalla documentazione fornita dall’appellante, non specificamente confutata dalla parte controinteressata e dallo schema riepilogativo dei pagamenti Comunali da gennaio 2014.

Da tale schema si evince, infatti, che i pagamenti sono regolari fino a novembre 2015, quando cominciano a manifestarsi i problemi con il Comune e vengono effettuate le prime denunce ex art. 5 d.P.R. n. 207-2010, come si evince dalla nota comunale del 13.2.2015).

Dallo stesso schema risulta evidente che i pagamenti ai quali fa fronte Metropol sono di importo maggiore rispetto a quelli del Comune, con l’ovvia deduzione che Metropol, in caso di ritardo nelle erogazioni comunali, subisce direttamente conseguenze in ordine alla puntualità dei pagamenti verso i propri dipendenti.

L'omesso pagamento da parte del Comune di oltre € 313.521,60 non poteva, dunque, che impedire la regolarità nel pagamento delle retribuzioni, soprattutto considerato che tale ritardo si è verificato o in concomitanza o in tempo poco anteriore alla gara d'appalto per cui è causa.

Infatti, il Comune, dopo la predetta Ordinanza cautelare del Consiglio di Stato 25 giugno 2015, n. 2860 ha sbloccato tutti i pagamenti inevasi (cfr. nota prot. 16624 del 27.7.2015, doc. 13 appellante), provvedendovi regolarmente, e l'appallante ha potuto pagare gli stipendi regolarmente ai propri dipendenti.

Nel caso in esame, inoltre, non vi è stato alcun accertamento da parte del Comune circa l'inadempimento dell'appellante, non essendo all'uopo sufficiente l'attivazione della procedura di cui all'art. 5 d.P.R. n. 207-2010, che costituisce uno strumento di tutela dei dipendenti dell'appaltatore, ma non è funzionale all'accertamento ex art. 38, lett. f), del Codice degli appalti.

Come ha già chiarito la Sezione (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4502), l'elemento, che caratterizza la misura interdittiva di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del Codice degli appalti è il pregiudizio arrecato, a causa della negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali, alla fiducia che la stazione appaltante deve poter riporre ex ante nell'impresa alla quale affidare un servizio di interesse pubblico ed include, di conseguenza, presupposti squisitamente soggettivi, incidenti sull'immagine della stessa agli occhi della stazione appaltante.

Ne consegue che, esclusa la natura sanzionatoria di detta misura, l'ambito operativo prescinde dalla rilevanza penale dei comportamenti ascritti e degli inadempimenti contrattuali e dalla necessità di una sentenza penale di condanna per i fatti contestati, venendo in rilievo solamente la loro incidenza sull'elemento fiduciario che connota i rapporti contrattuali con la Pubblica amministrazione.

In questa prospettiva il requisito della grave negligenza e malafede non presuppone il definitivo accertamento di tale comportamento, essendo sufficiente la valutazione fatta dalla stessa Amministrazione ed il giudice amministrativo, nell'esame degli atti, non può rivalutare nel merito i fatti già vagliati dall'Amministrazione nel provvedimento impugnato, dovendosi limitare ad un controllo ex externo onde accertare la mera pretestuosità del giudizio di inaffidabilità dell'impresa.

Nel caso di specie, proprio le circostanze già evidenziate, che inducono a ritenere che la stessa Stazione appaltante sia stata la causa oggettiva dell'inadempimento dell'impresa, implicano un giudizio di irragionevolezza della valutazione di inadempimento compiuta dall'Amministrazione in ordine ai fatti ascritti all'appellante Metroipol, con la conseguenza che la relativa esclusione deve reputarsi illegittima, come già evidenziato dalla citata Ordinanza cautelare di questo Consiglio di Stato 25 giugno 2015, n. 2860.

2. La seconda esclusione dell'appellante Metropol si basa su di un certificato dell'Agenzia delle Entrate che rileva una serie di debiti, oggetto di altrettante cartelle di pagamento, a carico di Metropol stessa.

Nessuna delle predette cartelle corrisponde, tuttavia a debiti fiscali definitivamente accertati

Come è noto, nelle gare di appalto, un'irregolarità contributiva può ritenersi definitivamente accertata solo quando, alla data di scadenza del termine di proposizione delle domande di partecipazione alla gara, siano scaduti i termini per la contestazione dell'infrazione, ovvero siano stati respinti i mezzi di gravame proposti avverso la medesima (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30 giugno 2011, n. 3912); infatti, secondo la giurisprudenza formatasi in materia comunitaria, il requisito della regolarità fiscale può dirsi sussistente qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto,



L'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 maggio 2015, n. 2570).

Pertanto, ai fini dell'integrazione del requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38, comma 1, lettera g), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non è sufficiente che, entro il termine di presentazione dell'offerta, sia stata presentata da parte del concorrente istanza di rateazione del debito tributario, ma occorre invece che il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole. Deve pertanto ritenersi che non sia ammissibile la partecipazione alla procedura di gara del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Pl. 20 agosto 2013, n. 20).

Nel caso di specie, le Cartelle Es. n. 04320140008358341-36 bis – AI 2009 - € 29.259,96; n.04320140008358341 – 36 bis – AI 2009 - € 578886,43 e n.04320140008964558 – 36 BIS - AI 2010 pari a € 1.380.709,31 erano state oggetto di istanza di rateizzazione accordata da Equitalia in data 4.9.2014 e successivamente impugnate presso la Commissione Tributaria Provinciale di Foggia con due distinti ricorsi depositati in data 18.8.2014 e conclusisi con decisione del 10.6.2015 che ha visto l'accoglimento dei ricorsi e l'annullamento degli atti impugnati; la cartella Es. n. 043201400159151- 36 bis – AI 2010 - € 196.937,78 è stata oggetto di istanza di rateizzazione concessa da Equitalia con provvedimento dell'11.2.2015 in corso di pagamento e successivamente impugnata dinanzi alla commissione Tributaria Provinciale di Foggia e sospesa dal Giudice tributario.

Alla luce di quanto documentato è evidente che alla data del 20 aprile 2015, data di proposizione dell'offerta, l'appellante Metropol aveva già da tempo chiesto ed ottenuto la rateizzazione dei pagamenti relativi alle posizioni debitorie predette e

che nei suoi confronti non poteva essersi realizzata alcuna infrazione fiscale definitivamente accertata.

Ne deriva ulteriormente che non sussiste neppure l'ipotesi di falsa dichiarazione ex lett. h) dell'art. 38 d.lgs. n. 163-2006, atteso che tale norma prevede l'esclusione se il concorrente abbia reso falsa dichiarazione in sede di gara; nel caso di specie, l'appellante Metropol ha dimostrato di non aver reso alcuna falsa dichiarazione in sede di gara e che nessuna iscrizione potesse ritenersi a suo carico registrata presso l'Osservatorio, posto che non esiste la violazione definitivamente accertata da iscrivere.

4. Metropol ha censurato anche la prima ragione di esclusione relativa all'omessa dichiarazione di essere stata destinataria di misura interdittiva antimafia.

In effetti risulta agli atti che l'appellante Metropol è stata destinataria di una interdittiva antimafia in data 6.3.2014 ma tale provvedimento prefettizio è stato impugnato ed è stato dapprima sospeso cautelamente (ordinanza del Consiglio di Stato 6 novembre 2014, n. 5076) e poi annullato definitivamente con sentenza del Consiglio di Stato 23 aprile 2015, n. 2042.

Pertanto, al momento della redazione della dichiarazione da parte del concorrente esso non aveva valore giuridico, in quanto reso improduttivo di effetti, e, per ulteriore conseguenza, nessun obbligo poteva incombere in capo alla Metropol in ordine alla dichiarazione dell'esistenza di tale atto.

5. Quanto all'appello incidentale, nel quale l'appellante Cosmopol considera che il TAR avrebbe erroneamente ritenuta la fondatezza di una delle censure avversarie che pur lo stesso TAR ha dichiarato inammissibili, si può ora prescindere dalla questione preliminare circa la correttezza dell'esame del motivo nel merito, nonostante la pronuncia di inammissibilità, atteso che il motivo sostanziale corrisponde, in senso soltanto inverso, a quello riproposto in appello dall'attuale appellante principale.

La questione riguarda l'omessa esclusione dell'appellante incidentale Cosmopol in seguito alla mancata dichiarazione in gara circa l'esistenza di più risoluzioni di contratti pubblici a suo carico per inadempimento e grave negligenza contrattuale. Come è noto, deve essere esclusa da una gara pubblica l'impresa che non ha dichiarato di essere stata destinataria, in passato, di un provvedimento di risoluzione contrattuale adottato nei suoi confronti da altra Pubblica amministrazione, atteso che l'art. 38 comma 1 lett. f), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 impone di dichiarare la sussistenza di pregresse risoluzioni contrattuali a prescindere dal fatto che la stazione appaltante sia la stessa presso la quale si svolge il procedimento di scelta del contraente od altra, giacché tale dichiarazione attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono ai rapporti dei partecipanti con la stazione appaltante (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 11 dicembre 2014, n. 6105).

Peraltro, la falsa dichiarazione resa su un dato sconosciuto alla P.A. impedisce il c.d. soccorso istruttorio, anche nella versione post D.L. n. 90-2014, posto che la dichiarazione contestata non può ritenersi incompleta, ma contrastante con un dato reale.

Nel caso in esame, sussistono numerose pronunce di primo e secondo grado del G.A. che hanno accertato la grave negligenza di Cosmopol nell'esecuzione dell'appalto.

In specifico, il Consiglio di Stato, con sentenza 15 giugno 2015, n. 2928 ha accertato la serietà dell'inadempimento, la sua reiterazione nel tempo, la sua incidenza sulle prestazioni di servizi che Cosmopol avrebbe dovuto effettuare.

Pertanto, l'appellante incidentale Cosmopol doveva essere esclusa dalla gara oggetto del presente giudizio, per intervenuto accertamento definitivo in sede giurisdizionale (ex sentenza citata del Consiglio di Stato n. 2928-2015) dell'inadempimento contrattuale della stessa aggiudicataria con riferimento al

contratto con la società Napoli Holding, inadempimento rilevante ai fini di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163-2006 e mai dichiarato dalla società aggiudicataria in violazione dell'obbligo di chiarezza e di veridicità, sanzionato con l'esclusione, per la quale inosservanza non è possibile far ricorso all'istituto del soccorso istruttorio (cfr. Cons. Stato n. 3950-2015; Cons. Stato n. 4870-2015).

Sotto questo aspetto, deve essere rilevato che già nel ricorso introduttivo di primo grado, parte appellante eccepiva l'esistenza di un'iscrizione ANAC a carico dell'appellata Cosmopol della quale la commissione non aveva ritenuto rilevante tener conto e rispetto alla quale non era stato fornito accesso agli atti nonostante l'istanza Metropol.

Pertanto, le argomentazioni sviluppate nei motivi aggiunti di primo grado in data 19.6.2015, ben lungi dal configurarsi quali motivi di ricorso tardivi, come invece eccepisce Cosmopol, costituiscono uno sviluppo ed una precisazione di motivi di censura già sufficientemente dettagliati nel ricorso di primo grado e si limitano a specificare che l'appellata Cosmopol non era stata esclusa dalla gara nonostante il grave inadempimento contrattuale occorso presso ANM di Napoli.

A tali motivi aggiunti di primo grado era stata allegata la sentenza del Consiglio di Stato 15 giugno 2015, n. 2928 che aveva accertato definitivamente che Cosmopol era soggetto già escluso legittimamente da una precedente gara per aver assunto una condotta gravemente inadempiente, fornendo così la prova decisiva a sostegno di una deduzione già facilmente ricavabile dal contenuto, come detto, nel ricorso introduttivi di primo grado.

Pertanto, l'appello incidentale su tale profilo è infondato e, come tale, deve essere respinto, mentre deve essere accolto lo speculare motivo di ricorso, reiterato in appello dall'appellante principale.

Le ulteriori deduzioni contenute nell'atto di appello (che reitera i motivi di ricorso contenuti nei motivi aggiunti di primo grado) possono essere assorbite, per evidenti ragioni connesse alla satisfattività del motivo accolto in questa sede.

6. La domanda risarcitoria, peraltro, non dimostrata in specifico, non può essere accolta, atteso che, per effetto della presente sentenza, trattandosi di gara con soli due concorrenti, l'appellante Metrropol consegue direttamente il bene della vita cui aspira.

7. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello principale deve essere accolto e deve, invece, essere respinto l'appello incidentale, in quanto infondato.

Compensa le spese di lite del doppio grado di giudizio, sussistendo giusti motivi, attesa l'evidente complessità e novità delle questioni deliberate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata annulla i provvedimenti impugnati, si sensi di cui in motivazione.

Respinge l'appello incidentale.

Compensa le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/07/2016

IL SEGRETARIO

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