

N. 04512/2015REG.PROV.COLL.

N. 02663/2015 REG.RIC.



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 2663 del 2015, proposto da:
Sertur Società Coop. A.R.L., in nome del legale rappresentate, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Bastianini, Umberto Richiello, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, Via Mirabello n. 18;

contro

Comune di Orbetello, in nome del sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Leonardo Piochi, con domicilio eletto presso Daniela Jouvenal Long in Roma, piazza di Pietra n.26;

nei confronti di

Viaggi Vacanze di Caprini Renzo & C. Snc. e Albiati Srl, in nome rispettivi legali rappresentanti, rappresentate e difesiedagli avv. Fiorella Meschini, Stefano Grassi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, piazza Barberini n.12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE I n. 02077/2014, resa tra le parti, concernente affidamento in concessione parcheggi, servizio pulizia spiagge e servizio di vigilanza – risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Orbetello e di Viaggi Vacanze di Caprini Renzo & C. Snc e di Albiati Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 luglio 2015 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Umberto Richiello, Leonardo Piochi, Stefano Grassi,;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato il 22 luglio 2014 Ser.Tur soc. coop. (d'ora in poi Ser.Tur) ha impugnato i provvedimenti del comune di Orbetello aventi ad oggetto l'affidamento in concessione a Viaggi Vacanze di Caprini Renzo & C. S.n.c.(d'ora in poi Viaggi Vacanze) capogruppo mandataria dell'ATI con Albiati S.r.l. dei servizi di gestione dei parcheggi di proprietà comunale di Feniglia, Giannella e Talamone, di pulizia delle spiagge libere del territorio comunale, di vigilanza e salvamento bagnanti per le stagioni balneari 2014 – 2015 – 2016.

Deduceva che il Comune avrebbe disatteso la portata precettiva dell'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. 12 aprile 2006 n.163 laddove non aveva escluso dalla gara per l'affidamento in concessione l'ATI controinteressato benché l'impresa mandataria, nel precedente rapporto contrattuale con il Comune, avente pressoché il medesimo oggetto di quello per cui è causa, si fosse resa responsabile di un

comportamento gravemente negligente tanto da indurre l'amministrazione alla risoluzione in danno del contratto.

Con ricorso incidentale il raggruppamento affidatario del servizio proponeva a sua volta ricorso incidentale lamentando, sul presupposto dell'asserita assenza in capo alla ricorrente dei requisiti di ammissione e partecipazione alla gara, la carenza di legittimazione al ricorso.

Il Tar Toscana respingeva il ricorso principale e dichiarava improcedibile quello incidentale ritenendo, per un verso, sufficientemente motivato il giudizio del Comune sull'affidabilità tecnica e morale della mandataria Viaggi Vacanze e, per l'altro, la carenza d'interesse a coltivare l'impugnazione incidentale che *prima facie* (affermeva essere comunque) fondata.

Appellano la sentenza in via principale Ser.Tur. e in via incidentale l'ATI controinteressato e Albiati s.n.c. in proprio. Resiste il comune di Orbetello che eccepisce l'inammissibilità dell'appello.

All'udienza pubblica del 30.07.2015, la causa, su richiesta delle parti, è trattenuta in decisione.

Coi motivi d'appello Ser.Tur coop. lamenta che il Tar non avrebbe affatto percepito il reale comportamento inadempiente imputabile a Viaggi Vacanze nel progresso esercizio del servizio affidatole dal Comune. Che nel contratto d'affidamento prevedeva all'art. 6 la responsabilità solidale del raggruppamento nei confronti dell'amministrazione concedente e non già, come invece ritenuto dal Comune con l'atto impugnato e dal TAR con la sentenza appellata, la divisione dell'obbligazione e la responsabilità parziaria in capo a ciascuna delle società in cui si componeva il raggruppamento di tipo verticale.

Sicché l'omesso versamento del canone concessorio e l'interruzione della gestione del servizio, che avevano dato causa alla risoluzione del contratto d'affidamento, non erano esclusivamente imputabili all'impresa SAP, mandataria dell'ATI, ma

anche a Viaggi Vacanze che, in quanto impresa facente parte del raggruppamento, si sarebbe (anch'essa) solidalmente impegnata a corrispondere alla scadenza il canone annuale di concessione.

D'altra parte, a fronte dell'indirizzo ermeneutico fatto proprio dalla giurisprudenza sull'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163/2006 predicativo della valutazione discrezionale riservata all'amministrazione sulla sussistenza della causa ostativa all'affidamento del contratto, sarebbe, secondo l'appellante, comunque venuto meno il rapporto fiduciario che caratterizza *ab imis* i rapporti contrattuali con la P.A.

In limine va respinta l'eccezione d'inammissibilità dell'appello sollevata dal Comune per l'omessa deduzioni di specifici motivi di contestazione della sentenza.

In realtà la società appellante ha espressamente indicato l'errore di valutazione in cui, a suo giudizio, sarebbe incorso il Tar laddove non avrebbe adeguatamente considerato l'art. 6 del contratto rimasto inadempito che avrebbe previsto la responsabilità solidale del raggruppamento affidatario e, di conseguenza, l'imputabilità dell'inadempimento in capo all'impresa mandataria dell'ATI aggiudicatario, sì da soddisfare l'onere ex art. 101, comma 2, c.p.a., di dedurre specifiche censure avverso i capi della sentenza gravata.

L'appello è peraltro infondato.

Nell'escludere l'imputabilità dell'inadempimento all'impresa mandataria, quale causa *ex lege* d'esclusione dall'affidamento del servizio, il Comune ha seguito un doppio percorso: per un verso, ha valorizzato la struttura verticale dell'ATI affidatario con la ripartizione fra le imprese delle prestazioni da eseguirsi a favore della stazione appaltante e, per l'altro, ha dato conto degli elementi di fatto da cui ha desunto la costanza del rapporto fiduciario con l'impresa Viaggi Vacanze.

Sotto il primo profilo, ha richiamato la giurisprudenza che con specifico riguardo all'ATI verticale opera la dicotomia fra il regime di responsabilità gravante sulla

mandataria, che è ad un tempo personale per le prestazioni proprie e solidale per assunte dalle imprese raggruppate, e la responsabilità invece incombente sulla impresa mandante, circoscritta all'esecuzione delle prestazioni assunte in proprio (cfr. Cons. St., sez. V, 21 dicembre 2012 n. 6614). A tale stregua emerge che il servizio pubblico di *bus* navetta, costituente lo specifico oggetto della prestazione assunta dal Viaggi Vacanze, è stato esattamente adempiuto mentre il mancato pagamento del canone di concessione per la riscossione dei pedaggi del parcheggio, che gravava sulla mandataria SAP, è imputabile esclusivamente al fatto di quest'ultima..

Come del resto asseverato dalla circostanza che la mandante s'era formalmente e tempestivamente dissociata (cfr. comunicazione del 14.01.2014) dal comportamento negligente tenuto dalla mandataria tanto da riservarsi l'azione di risarcimento danni nei suoi confronti.

D'altra parte anche a voler seguire l'argomento su cui l'appellante fonda il gravame, vale a dire l'inadempimento imputabile a tutte le imprese del raggruppamento del precedente contratto come causa *ex se* ostativa all'affidamento del servizio, non va passato sotto silenzio che l'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163/2006 non fa affatto riferimento alla nozione civilistica di responsabilità da inadempimento di cui all'art. 1218 c.c.

Norma che, secondo il più accreditato indirizzo dottrinale e giurisprudenziale, qui condiviso, sancisce la responsabilità oggettiva del debitore con il solo limite (della prova su di esso incombente) dell'impossibilità (assoluta) della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. In altri termini, l'affermazione della responsabilità civile per inadempimento dell'obbligazione è sganciata dal giudizio sulla (imputabilità a) colpa del debitore, che rileva nel solo ambito della valutazione

della causa di esonero dalla responsabilità per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Non così nell'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163/2006 che incentra il compito demandato alla stazione appaltante nella valutazione "della grave negligenza o mala fede nell'esecuzione delle prestazioni affidate" all'impresa partecipante alla procedura di gara.

Endiadi, quella della grave negligenza o mala fede, che rimanda allo scrutinio, sotto il profilo oggettivo o soggettivo, del comportamento tenuto dall'impresa nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale, prescindendo del tutto dall'inadempimento o inesattezza della prestazione ex art. 1218 c.c. che (in ipotesi) può non essersi affatto verificato.

Viceversa, l'appellante ha operato un'indebita commistione delle due norme: ha sovrapposto il fatto dell'inadempimento delle imprese raggruppate alla valutazione della grave negligenza o mala fede della singola impresa, quale causa escludente dalla gara, fino a sostenere *praeter legem* l'automatismo fra l'uno e l'altra.

Sotto il secondo profilo, il Comune ha elencato i servizio affidati nel periodo di tempo ricompreso fra la risoluzione del (precedente) contratto e l'affidamento del servizio in gara, a testimonianza non solo della persistenza dell'elemento fiduciario verso l'impresa affidataria, che (in positivo) compendia il requisito prescritto (in negativo: assenza di negligenza e mala fede) dall'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163/2006, ma altresì della corretta esecuzione delle prestazioni eseguite dopo la risoluzione del contratto.

Sicché nel coacervo degli elementi di fatto descritti, scrutinati entro lo spettro del tipo di rapporto intrattenuto con l'amministrazione concedente, il Comune ha espresso una motivata valutazione sull'insussistenza di alcun disvalore imputabile al comportamento tenuto da Viaggi Vacanze nello svolgimento del pregresso

servizio che possa – finanche astrattamente – qualificarsi come evento interruttivo dell'*intuitu fiduciae*.

È al riguardo costante ed univoco l'indirizzo giurisprudenziale, cui deve darsi continuità, che, a fronte dell'ampia discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nella formulazione del giudizio sulla gravità delle condotte rilevanti quali cause d'esclusione, circoscrive il sindacato di legittimità entro i margini della verifica della manifesta illogicità ed irrazionalità dell'opzione attinta (cfr. Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014 n. 5063; Cons. St., sez. III, 14 gennaio 2013 n. 149): vizi che, per le ragioni sopra esposte, nel caso di specie non sussistono affatto.

Dall'infondatezza dell'appello principale consegue l'improcedibilità per carenza d'interesse dell'appello incidentale.

Le spese di lite del presente grado di giudizio seguono la soccombenza a sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, conferma la sentenza appellata e, per l'effetto, respinge il ricorso.

Condanna la società appellante alla rifusione delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore del comune di Orbetello e di Viaggi Vacanze di Caprini Renzo & C. S.n.c capogruppo mandataria dell'ATI con Albiati S.r.l. che si liquidano in complessivi 6000,00 (seimila) euro, oltre dritti ed accessori di legge, da dividersi fra loro in parti uguali.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/09/2015

IL SEGRETARIO

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