

**Consiglio di Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8913**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale  
Quinta Sezione  
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 8444 del 2008, proposto da:  
Banca Alfa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e  
difesa dall'avv. F. M. , con domicilio eletto presso lo studio  
dell'avv. A. B. in R., viale delle M., 34;

contro

il Consorzio Beta, in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentato e difeso dall'avv. A. P., con domicilio eletto presso lo  
studio del medesimo, in R., via E. Q. V., 99;

nei confronti di

Banca Gamma S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentato e difeso dall'avv. A. S. , con domicilio eletto presso  
G. M. in R., via E. G., 47/B/17;

per la riforma

della sentenza del TAR CAMPANIA - NAPOLI :Sezione I n. 03381/2008,  
resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI CASSA.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2009 il Cons..

Aniello Cerreto e uditi per le parti gli avvocati M., P. e S.

visto il dispositivo di decisione n.688/2009;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.Con la sentenza in epigrafe il TAR Campania ha respinto il ricorso  
(e relativi motivi aggiunti) proposto dalla Alfa avverso la  
deliberazione 2007/1 del 26 gennaio 2007 con la quale il Consorzio  
Beta aveva affidato il servizio di cassa del Consorzio stesso mediante  
gara ufficiosa cui la ricorrente non era stata invitata.

In particolare, il Giudice di primo grado ha ritenuto che  
correttamente la Alfa non era stata invitata alla gara ufficiosa in  
considerazione delle inadempienze commesse dalla medesima nello  
svolgimento del pregresso servizio e di conseguenza ha dichiarato  
l'inammissibilità delle ulteriore censure tendenti a contestare le  
modalità dell'affidamento del servizio cui comunque non avrebbe potuto  
partecipare.

2.Avverso detta sentenza ha proposto appello la ricorrente originaria,  
deducendo in particolare quanto segue:

- il TAR ha ritenuto che l'indicazione degli addebiti rivolti alla  
ricorrente fosse ricavabile *per relationem* dagli atti richiamati e

precisamente dalla relazione degli uffici consortili e del consulente contabile, i quali però, nel far presente negative ripercussioni sull'attività dell'Ente per i rapporti problematici intercorsi nella pregressa gestione, non avevano specificato le conseguenze dannose intervenute;

-gli uffici consortili in precedenza non avevano segnalato alcun disservizio;

-non è applicabile nella specie il principio di diritto tenuto presente dal TAR secondo cui la prova del proprio adempimento deve essere fornita dal debitore in quanto trattasi non di una domanda di condanna all'adempimento o di risoluzione di un vincolo contrattuale ma di annullamento di un provvedimento; l'asserito inadempimento non concerne un contratto a prestazioni corrispettive ma una prestazione assunta dalla banca a titolo gratuito; il rapporto intercorrente tra il consorzio e la Banca cassiere non è riconducibile ad un rapporto negoziale paritetico ma ad un rapporto di tipo concessorio con ingerenza del concedente nella gestione del rapporto;

-comunque il Consorzio non aveva fatto riferimento ad episodi concreti e riscontrabili e non aveva mai mosso alcuna contestazione nei confronti della Banca, per cui questa aveva confidato in buona fede sulla satisfattività delle prestazioni erogate;

-inoltre gli addebiti addotti sono privi di fondamento;

-il Consorzio doveva procedere al rinnovo dell'affidamento del servizio con licitazione privata, cui la ricorrente poteva partecipare, e non a trattativa privata per la quale non ricorrevano i relativi presupposti;

-pur ammettendosi la possibilità di una trattativa privata, questa doveva essere preceduta dalla pubblicazione di un bando.

Ha concluso chiedendo l'accoglimento dell'appello con condanna del consorzio al risarcimento del danno.

3. Si sono costituiti in giudizio il Consorzio e la Banca Gamma, attuale affidataria del servizio, concludendo per il rigetto dell'appello.

In vista dell'udienza di discussione del ricorso, le parti hanno prodotto memoria conclusiva.

Alla pubblica udienza del 16 ottobre 2009, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4.L'appello è infondato.

4.1.In via preliminare, non può condividersi la doglianza della Banca appellante secondo cui la ricorrente doveva essere invitata alla gara ufficiosa indetta dal Consorzio.

L'istante non contesta il principio secondo cui l'Amministrazione, in caso di indizione di nuova gara, ha facoltà di non invitare il soggetto che in precedenza abbia svolto il servizio, qualora ritenga compromesso il rapporto fiduciario tra le parti. Principio che è stato ribadito dall'art. 38 del D. Lvo 12 aprile 2006 n. 163 e successive modificazioni, stabilendosi che sono esclusi dalla gara, tra le altre

ipotesi, coloro 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".

4.2. Per cui, il problema si sposta sulla congruità della motivazione posta a fondamento del mancato invito al precedente gestore del servizio di cassa, nonché sulla sussistenza e la rilevanza dei disservizi ad essa imputati.

Per quanto concerne il primo profilo di doglianza, esso è infondato, in quanto gli addebiti mossi alla ricorrente risultano richiamati nel preambolo della impugnata delibera n. 2006/13/288 con riferimento alla relazione degli uffici consortili e dell'esperto contabile.

Si tratta di relazione nella quale si evidenzia che *malgrado ogni possibile sforzo dell'ufficio, i gravi disservizi che si sono manifestati si stanno ripercuotendo negativamente su tutta l'attività economica e finanziaria dell'Ente* Si tratta di valutazioni incidenti sul rapporto fiduciario e quindi utili a giustificare, sul piano logico, il mancato invito alla trattativa privata,

Va osservato che l'assenza di formali note di contestazione, censura o biasimo non può, come rilevato dal TAR, costituire di per sé riprova, in mancanza di una previsione pattizia *ad hoc*, della insussistenza o dello scarso rilievo delle inosservanze addebitate, tanto più che nella menzionata delibera viene espressamente precisato che non si è ritenuto di procedere alla rescissione della convenzione con il precedente gestore in considerazione della prossimità della sua scadenza. E ciò ove si consideri anche che la determinazione dell'Ente non ha carattere sanzionatorio in senso stretto, rispetto al quale la contestazione risulterebbe necessaria..

Quanto ai disservizi, il TAR svolge puntuali e condivisibili annotazioni, osservando che:

- la convenzione per l'affidamento del servizio di cassa per il triennio 2004/2006 richiedeva che il suo espletamento avvenisse mediante appositi sportelli, tenuti a garantire un rapido ed esauriente disbrigo delle pratiche, con estinzione dei mandati e delle reversali nei tempi richiesti dal Consorzio, e precisava espressamente che alle situazioni di cassa giornaliera dovessero essere allegati i relativi documenti contabili, da consegnare con scadenza minima settimanale, con obbligo peraltro per il cassiere di soddisfare in ogni momento la richiesta delle situazioni relative a qualsiasi giorno. Essa faceva altresì obbligo alla banca cassiera di trasmettere mensilmente, entro il giorno 5, per ciascun conto l'estratto conto delle operazioni del mese precedente, completo delle indicazioni per ciascun mandato e ciascuna reversale del numero e del nome del beneficiario o del debitore.

- secondo il Consorzio, la banca cassiera è stata inadempiente rispetto a tali obblighi, giacché le operazioni sarebbero state eseguite senza la osservanza dei termini e delle condizioni pattuite

(vengono menzionati la disponibilità di un solo addetto al servizio, che spesso si assentava; la lentezza nell'emissione di assegni circolari; la frammentarietà ed il notevole ritardo delle comunicazioni di avvenuto incasso; l'invio degli estratti conto con cadenza trimestrale, anziché mensile; i costanti ed immotivati ritardi nelle valute di accredito degli stipendi).

- ciò è sufficiente per ritenere sussistenti gli addebiti segnalati in mancanza di puntuale prova contraria da parte della ricorrente alla quale spettava (cfr.. Cass. S. U, n. 13533 del 30 10.2001 e Cass. Sez. 1 n.1567 del 3 luglio 2009) dimostrare l'esatto adempimento.

Detto principio è indubbiamente applicabile anche nella specie in cui vengono in rilievo, sia pure sulla base di una convenzione accessiva ad una concessione, una serie di adempimenti a carico del gestore del servizio ed esso non può subire attenuazione, quando, come nella specie, gli elementi probatori siano nella piena disponibilità del debitore.

Nè può aderirsi alla tesi dell'appellante nel sostenere che non sarebbe stato fornito dal Consorzio alcun elemento di prova in ordine alle conseguenze negative verificatesi per effetto di detti inconvenienti atteso che queste sono *in re ipsa* e sono connesse all'interesse manifestato dal Consorzio nel prevedere tali specifici adempimenti nella convenzione.

4.3.Una volta ritenuta corretta la decisione del Consorzio di non invitare la ricorrente alla gara debbono dichiararsi inammissibili le ulteriori doglianze dell'appellante rivolte a contestare le modalità dell'affidamento, cui comunque non avrebbe potuto aspirare.

D'altra parte i motivi di urgenza in base ai quali il Consorzio ha ritenuto di procedere con gara ufficiosa invece che con licitazione privata sono stati indicati nella menzionata delibera del 26 gennaio 2007 e tali ragioni non risultano specificamente contestate, pur volendo prescindere dal rilievo secondo cui anche l'appellante nel conseguire la precedente gestione aveva partecipato ad una gara ufficiosa.

5.Per quanto considerato l'appello deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi, per la particolarità della vicenda, per compensare tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, sezione Quinta, respinge l'appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2009 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere, Estensore

Vito Poli, Consigliere  
Gabriele Carlotti, Consigliere  
L'ESTENSORE  
IL PRESIDENTE  
Il Segretario  
DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
Il 29/12/2009  
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)  
Il Dirigente della Sezione