T.A.R. Molise, Sez. I, 23 giugno 2010, n. 236

OMISSIS

FATTO e DIRITTO

Con provvedimento del 17.3.2009, la ricorrente è stata esclusa dalla gara di appalto indetta dal Comune resistente per la gestione dei servizi cimiteriali, perché la commissione di gara ha ritenuto applicabile la disposizione di cui all'articolo 38 comma 1 lett. f) del d.lgs. n. 163 del 2006; ciò, sulla base di una contestazione di negligenza e grave irregolarità nell'esecuzione di un precedente rapporto contrattuale, inviata alla ricorrente dal medesimo Comune con nota n. 39624 del 31.12.2008.
In sostanza l'amministrazione ebbe a contestare alla ricorrente una grave negligenza, imperizia e superficialità nell'operazione di sepoltura di un defunto, che fu inumato con "una semplice copertura provvisoria della tomba, con tavelloni appoggiati, consentendo così l'ingresso di acqua all'interno della sepoltura nel corso della notte, a seguito di abbondante pioggia"; nella contestazione, inoltre, il Comune di Termoli evidenziò subito che quanto accaduto, "oltre a costituire grave

violazione del rispetto delle norme di legge in materia di igiene e sanità pubblica, ha arrecata danno d'immagine al Comune di Termoli, in quanto articoli e fotografie del disdicevole episodio sono stati pubblicati sui giornali locali anche telematici".
Circa il rilievo della gravità dell'inadempimento sul rapporto di fiducia con l'amministrazione, quest'ultima, già nella nota in questione, comunicò alla ricorrente che "il rapporto contrattuale con la D.R. M. si conclude alla data di scadenza del 3 gennaio 2009, senza possibilità di proroga".
Con nota del 2.1.2009, la ricorrente, in risposta alla citata contestazione del Comune di Termoli, non confutò i fatti né la loro gravità, ma si limitò a rappresentare il proprio rammarico per quanto accaduto e il proposito di intraprendere eventuali azioni disciplinari nei confronti dei propri dipendenti (così implicitamente confermando, tra l'altro, il notevole rilievo dell'accaduto anche sul rapporto di fiducia con i propri dipendenti).
In virtù dell'articolo 38 comma 1 lett. f), "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti 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".
Tale disposizione, come precisato in giurisprudenza, "da un lato, preclude la partecipazione alle gare d'appalto agli operatori economici che si sono resi responsabili di gravi inadempienze nell'esecuzione di precedenti contratti, con ciò denotando quindi un'inidoneità "tecnico-morale" a contrarre con la P.A., dall'altro, fissa il duplice principio secondo cui la sussistenza di tali situazioni ostative può essere desunta da qualsiasi mezzo di prova, mentre il provvedimento di esclusione deve essere motivato congruamente" (Consiglio di Stato, 27 gennaio 2010 n. 296).
In sostanza, a differenza di altre ipotesi di esclusione previste dallo stesso articolo 38 primo comma, che richiedono espressamente il definitivo accertamento (lett. g) o il passaggio in giudicato della sentenza (lett. c), nella fattispecie in questione è necessario che vi sia un'adeguata prova dell'inadempimento e che lo stesso rilevi sul piano della menomazione dell'affidabilità dell'impresa privata nei confronti della medesima amministrazione.
Quanto all'accertamento del fatto di inadempimento, nel caso di specie esso è stato adeguatamente documentato ed anche immediatamente contestato alla ricorrente, la quale, peraltro, non lo ha efficacemente e specificamente confutato.
Quanto alla valutazione di esso, ai fini della sussunzione nell'ipotesi prevista dall'articolo 38 comma 1 lettera f) del codice dei contratti pubblici, occorre ricordare ulteriormente che quest'ultima postula, alternativamente, una grave negligenza o malafede nell'esecuzione di uno specifico contratto con la medesima stazione appaltante oppure un grave errore nell'esercizio della loro attività professionale.
La particolarità, che vale a distinguere nettamente l'ipotesi in esame da quella di cui all'articolo 1453 codice civile, è che in quel caso la gravità dell'inadempimento (secondo la prevalente tesi oggettiva) deve essere valutata in relazione all'interesse all'esecuzione dedotto nel contratto (in ultima analisi, in relazione alla realizzazione della specifica e concreta causa di esso).
Qui, invece, la gravità ha una rilevanza, per così dire, esterna, nel senso che deve essere idonea ad influire sull'interesse (pubblico) dell'amministrazione a stipulare un nuovo contratto con l'impresa privata; non a liberarsi dal precedente rapporto, come nel caso della risoluzione.
Ne consegue che la gravità della generica negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali non va commisurata all'idoneità della medesima a pregiudicare la realizzazione dello specifico interesse dedotto nella causa del contratto irregolarmente eseguito; ma va commisurata al pregiudizio arrecato alla fiducia, all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre, ex ante, nell'impresa cui decide di affidare l'esecuzione di un nuovo rapporto contrattuale.

Ecco che la valutazione assume un aspetto più soggettivo (di affidabilità) che oggettivo (il pregiudizio al concreto interesse all'esecuzione della specifica prestazione inadempiuta).
Non a caso, l'articolo 38 lett. f) in questione, a differenza dell'articolo 1453 codice civile, include presupposti espressamente soggettivi (la malafede) oppure avulsi dallo specifico rapporto contrattuale (il grave errore nell'attività professionale), ma comunque idonei ad incidere sull'affidabilità dell'impresa privata e, quindi, sull'immagine della stessa agli occhi della p.a.
Ne consegue che il giudizio non è meramente riconducibile a quello privatistico, di cui al più volte citato articolo 1453 codice civile, ma impone la valutazione di circostanze ulteriori, anche estrinseche e soggettive, dalle quale la p.a. appaltatrice possa ragionevolmente temere dell'affidabilità dell'impresa.
Nel caso di specie, se la mancata corretta chiusura di una bara, nell'ambito di un appalto cimiteriale prolungato nel tempo, può anche apparire, ai fini dello specifico rapporto, peraltro ormai già prossimo alla naturale scadenza, un episodio alquanto isolato; ben diverso rilievo essa può assumere, sul piano soggettivo, sull'immagine dell'impresa e quindi sulla fiducia che essa, ex ante, può vantare nei confronti della p.a. per la partecipazione ad altra, analoga, gara d'appalto.
Del resto, proprio come si desume dall'articolo 38 del codice degli appalti, le imprese che voglio aspirare a contrattare con la pubblica amministrazione devono poter vantare un'immagine tecnico-morale specchiata.
Nel caso in esame, lo specifico sgradevole episodio, la particolare delicatezza del servizio in cui si è verificato, e l'eco avuto sulla stampa (a conferma della rilevanza sociale e pubblica degli interessi in esso coinvolti) hanno obiettivamente pregiudicato l'immagine della impresa nei confronti della p.a. appaltante e, in ultima analisi, la sua affidabilità; al punto tale che v'è, ragionevolmente, da ritenere che, se la medesima impresa fosse ammessa alla gara e risultasse nuovamente affidataria del servizio cimiteriale, ne risulterebbe compromessa la stessa immagine della p.a., cioè l'affidamento che i cittadini ripongono nell'idoneità della p.a. a gestire il servizio cimiteriale.
Tale ragione, posta a fondamento dell'esclusione impugnata, e idonea a sorreggerne la legittimità, rende inammissibili, per carenza di interesse, gli ulteriori motivi di censura; così come è inammissibile la domanda di annullamento dell'intera procedura di gara o dell'ammissione della controinteressata aggiudicataria, atteso che, comunque, la ricorrente non ha, ai sensi dell'articolo 38 lett. f) citato, la idoneità tecnico-morale di parteciparvi.
Analogamente inammissibile, per genericità, appare la censura relativa al provvedimento di incameramento della cauzione, atteso che la stessa ricorrente lo

ritiene meramente eventuale, con ciò non dando adeguata prova dell'attualità e concretezza dell'interesse alla specifica domanda giurisdizionale.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, in parte respinge in parte dichiara il ricorso inammissibile.
Condanna la parte ricorrente al pagamento della somma di euro 1000 in favore di ciascuna delle altre parti costituite, a titolo di spese processuali, per complessivi euro 3000.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 14/04/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente
Luca Monteferrante, Primo Referendario
Massimiliano Balloriani, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 23/06/2010
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL SEGRETARIO