



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4403 del 2017, proposto da:
Cosmopol S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato Arturo Testa, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via
Santa Lucia N. 15;

contro

Rai Radiotelevisione Italiana Spa, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Gemma, con domicilio determinato
'ope legis' presso la segreteria di questo T.A.R. (art. 25 c.p.a.);

nei confronti di

Travis Group Security S.r.l., Istituto di Vigilanza Argo S.r.l.,
Gruppo Servizi Associati S.p.A.,
in persona dei legali rappresentanti p.t., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione:

- del provvedimento di esclusione della ricorrente, prot. n. 6807 del 16.10.2017, dalla gara per l'affidamento dei “Servizi di vigilanza armata e controllo, sorveglianza e prevenzione incendio, reception presso l'insediamento del Centro di Produzione TV di Napoli e nella Provincia di Napoli”; - se e per quanto occorra, della nota del 13.09.2017;

- di ogni atto presupposto, connesso o consequenziale a quelli impugnati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Rai Radiotelevisione Italiana Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2017 il dott. Luca Cestaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO

1.1. La COSMOPOL s.p.a. impugna il provvedimento - prot. n. 6807 del 16.10.2017 - con cui la RAI Radiotelevisione italiana s.p.a. l'ha esclusa dalla gara per l'affidamento dei “Servizi di vigilanza armata e controllo, sorveglianza e prevenzione incendio, reception presso l'insediamento del Centro di Produzione TV di Napoli e nella Provincia di Napoli.

1.2. La società ricorrente rappresenta di essersi graduata provvisoriamente come prima all'esito dell'attribuzione dei punteggi per le offerte tecniche ed economiche e, tuttavia, di essere stata esclusa ai sensi dell'art. 80 co. 5 cod. appalti in relazione al grave inadempimento posto in essere nell'ambito del servizio di prelievo, trasporto, contazione, smaltimento e accredito bancario di valori, svolto per conto della Napoli holding s.p.a.. (art. 80 co. 5 d.lgs. 50/2016: *«le stazioni appaltanti escludono dalla*

partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: (...) c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni (...))»

1.3. La parte ricorrente censura:

Ia) la violazione dell'art. 80 co. 5 codice appalti in quanto l'inadempimento, assunto quale ragione dell'esclusione, deriverebbe da una transazione stipulata con la Napoli holding s.p.a. ed essa, da un lato, è stata contestata in giudizio (innanzi al Tribunale di Avellino, n.r.g. 3692/2015) e, dall'altro, non integra alcuna delle ipotesi contemplate dalla norma; essa, infatti, non è equiparabile alla risoluzione del rapporto né a una condanna al risarcimento del danno né a un provvedimento applicativo di altre sanzioni;

Ib) la violazione della medesima norma in quanto, comunque, la penale applicata all'esito della descritta transazione è ben inferiore all'1% dell'appalto, quota intesa quale soglia di rilevanza dall'ANAC nelle proprie linee guida n. 6/2017;

II) la violazione di legge e l'eccesso di potere per il difetto di ogni attinenza tra il servizio da affidare e l'illecito professionale che ha determinato l'impugnata esclusione: l'inadempimento, infatti, atteneva alla riconsegna dei valori custoditi per colpa della stazione appaltante e non alla semplice vigilanza, oggetto della presente gara di appalto; inoltre, con chiara contraddizione, la stessa RAI ha ripetutamente affidato dei servizi di vigilanza alla ricorrente anche in epoca successiva alla proposizione del ricorso.

1.4. La stazione appaltante, costituitasi in giudizio, preliminarmente eccepisce l'inammissibilità del ricorso per essere stato notificato solo a un controinteressato e,

nel merito, chiede il rigetto del ricorso sostenendo la piena efficacia probante della transazione in merito ai significativi inadempimenti posti in essere in precedenti gare di appalto.

2. All'udienza camerale del 22.11.2017, la parte ricorrente rinunciava all'istanza cautelare e chiedeva fissarsi l'udienza di merito che il Collegio provvedeva a fissare ai sensi dell'art. 120 co. 2 bis c.p.a.. All'esito della successiva udienza camerale del 20.12.2017, la causa passava in decisione.

DIRITTO

3. Ancor prima di passare alla trattazione del merito del ricorso, va rammentato che, in tema di contenzioso relativo alle procedure di affidamento di pubblici servizi, la sentenza è redatta «*in forma semplificata*» potendo, quindi, consistere «*in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo*» (artt. 120 co. 6 e 74 c.p.a.). Tanto vale, evidentemente, anche per il rito, connotato da ulteriore specialità, di cui all'art. 120 co. 2 bis e 6 bis c.p.a. in tema di ammissione e di esclusione dalle gare di appalto.

4.1. In via preliminare, va respinta l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla stazione appaltante per la mancata notifica all'RTI Civin Vigilanza, secondo graduato nella procedura in commento.

4.2. Va, infatti, condiviso il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui, sino al momento dell'aggiudicazione, non sono individuabili dei controinteressati e ciò sia per l'insussistenza di un interesse protetto attuale in capo agli altri partecipanti alla gara sia per la mancata individuazione degli stessi nell'atto impugnato (cfr. art. 41 c.p.a.; v. T.A.R. Perugia, sez. I, 31/05/2017, n. 429; T.A.R. Napoli, sez. V, 04/06/2014, n. 3058; T.A.R. Lecce, sez. II, 20/12/2013, n. 2608; Consiglio di Stato, sez. IV, 06/08/2013, n. 4162).

4.3. Ad ogni buon conto, la parte ricorrente ha notificato a uno degli altri partecipanti alla procedura concorsuale di talchè non dovrebbe, in ogni caso, procedersi a una declaratoria di inammissibilità, ma alla sola integrazione del

contraddittorio (che, peraltro, non è necessaria alla luce di quanto affermato al capo precedente).

5.1. Passando al merito della controversia, occorre dare atto che l'applicazione dell'art. 80 co. 5 lett. c del d.lgs. 50/2016 (codice appalti) è stata ripetutamente oggetto dell'esame della giurisprudenza amministrativa.

5.2.1. In particolare, va segnalata l'ordinanza con cui questa Sezione ha sollevato una questione pregiudiziale del diritto dell'Unione Europea per la ritenuta difformità della norma interna con la direttiva che si intendeva recepire nella misura si impedisce in maniera assoluta alle Stazioni appaltanti di valutare, quali gravi illeciti professionali, i pregressi inadempimenti della concorrente se solo essi siano stati fatti oggetto di contestazione giudiziale (v. ordinanza T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV n. 5893 del 13.12.2017).

5.2.2. In quella sede, peraltro, si è escluso che i casi di cui alla menzionata norma (...«*significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni...*») abbiano un valore meramente esemplificativo, essendo evidente la *ratio legis* tesa a escludere ogni margine di discrezionalità in capo alla stazione appaltante nel caso in cui le precedenti risoluzioni contrattuali siano *sub judice*. In presenza di una contestazione giudiziale, quindi, le stazioni appaltanti non potranno escludere gli operatori che pure si assuma essere stati gravemente inadempienti in precedenti contratti con la P.A. (v. in proposito, anche, il parere n. 2286 del 3/11/2016 della sezione atti normativi del C.d.S. nonché Cons. Stato Sez. III, 05-09-2017, n. 4192; Consiglio di Stato, sez. V, 27/04/2017, n. 1955; T.A.R. Campania Napoli Sez. V, 12-10-2017, n. 4781).

5.3. Inoltre, la stessa situazione della COSMOPOL s.p.a. è stata esaminata, per vicende analoghe a quelle del presente giudizio, da questo T.A.R. (v. Sent., T.A.R.,

Napoli, sez. V n. 1103/2017 e T.A.R. Napoli, sez. III, n. 2358/2017); in tali occasioni, questo Tribunale amministrativo ha concluso nel senso della illegittimità dell'esclusione determinata in ragione di inadempimenti oggetto di contestazione e, comunque, di una mera transazione (v., in particolare, sez. III, n. 2358/2017, cit. : «una volta inseriti in un titolo transattivo, che la Cosmopol non ha mancato di dichiarare alla stazione appaltante, l'obbligo risarcitorio e la penale, che rappresentano il contenuto pattizio della transazione, assumono una diversa valenza. In tale ambito, essi non costituiscono espressione di un potere giurisdizionale o amministrativo ma, piuttosto, la regolazione in via consensuale della sorte del rapporto, per cui il risarcimento del danno non ha fonte in una "condanna" che sia stata comminata, né la penale può dirsi autoritativamente inflitta. Ciò fa perdere ai rilevati elementi la pregnanza che assumono ai fini che qui interessano, stante la volontaria accettazione dei relativi obblighi, che l'Impresa potrebbe aver assunto valutando il rapporto costi/benefici della controversia instaurabile»).

6.1. Il Collegio ritiene di confermare la conclusione, appena descritta, già raggiunta da questo Tribunale ma sulla base di un diverso percorso argomentativo.

6.2. Occorre, peraltro, precisare che non appare necessario sollevare la questione pregiudiziale, come nel caso sopra menzionato (v. ord. n. 5893/2017 di questa Sezione, cit.), poiché, da un lato, è diverso il titolo che fornirebbe la prova dell'inadempimento (si tratta, appunto, di una transazione) e, dall'altro, la questione pregiudiziale ivi sollevata non si presenta come dirimente, essendo il ricorso comunque fondato in rapporto alla censura sub II.

7.1. In merito, giova rammentare che il provvedimento di esclusione deve recare un'adeguata motivazione circa l'incidenza della gravità del pregresso inadempimento sull'affidabilità del concorrente in rapporto alla diversa e futura prestazione oggetto della gara. In tal senso, si esprimono, con orientamento che il Collegio condivide, la giurisprudenza (v. Cons. Stato Sez. III, 23-11-2017, n. 5467; T.A.R. Toscana Firenze

Sez. I, 01-08-2017, n. 1011) e le linee guide adottate dall'ANAC ai sensi del medesimo art. 80 co. 13 cod. appalti (v., in particolare, i punti 6.3 e 6.4. delle linee guida n. 6/2017: «6.3. *il requisito della gravità del fatto illecito deve essere valutato con riferimento all'idoneità dell'azione a incidere sul corretto svolgimento della prestazione contrattuale e, quindi, sull'interesse della stazione appaltante a contrattare con l'operatore economico interessato.* 6.4 *La valutazione dell'idoneità del comportamento a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente attiene all'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto»).*

7.2. In disparte, quindi, il profilo dell'idoneità della transazione a giustificare l'applicazione dell'art. 80 co. 5 lett. c), deve essere, in ogni caso, verificato che l'inadempimento asseritamente rappresentato nella transazione medesima sia ragionevolmente qualificabile come “grave illecito professionale” concretamente suscettibile di incidere sull'affidabilità dell'impresa concorrente nell'esecuzione del servizio di cui alla gara.

7.3. Ebbene, la lettura del provvedimento impugnato, per quanto diffusamente motivato (il provvedimento è di oltre 10 pagine), non evidenzia che la stazione appaltante abbia considerato con sufficiente attenzione la circostanza che l'inadempimento è avvenuto nell'ambito di un servizio eccentrico rispetto a quello di cui alla presente gara.

7.4. La transazione con la Napoli holding s.p.a., infatti, era relativa a pretesi inadempimenti di un contratto di “prelievo, trasporto, contazione, smaltimento ed accredito di valori” (v. atto di transazione dell'11.06.2014) allorché la gara di cui si discute è relativa, come si è detto, ai “servizi di vigilanza armata e controllo, sorveglianza e prevenzione incendio, reception” della sede RAI di Napoli.

7.5. Nel provvedimento di esclusione, si pone in evidenza la gravità degli inadempimenti, tali da incidere sulla fiducia della stazione appaltante nei confronti della COSMOPOL s.p.a., ma si omette del tutto di specificare per quale ragione si ritenga dirimente in tal senso l'inadempimento di un contratto con oggetto significativamente diverso.

7.6. Una simile motivazione si sarebbe resa viepiù necessaria in relazione all'esistenza di taluni servizi di vigilanza svolti, per conto della stessa RAI s.p.a., dalla COSMOPOL in Campania e in Puglia, senza che siano stati evidenziati inadempimenti (v. il doc. n. 33 allegato al ricorso e il doc. n. 19 allegato alla memoria di costituzione). Per quanto i contratti riguardino servizi di breve durata e con corrispettivo di importo ben inferiore a quello di cui si discute, va rilevato come essi siano numerosi nell'ultimo triennio e che anche di recente, persino dopo l'impugnata esclusione, la RAI abbia ritenuto di affidare dei servizi di vigilanza di breve durata alla medesima COSMOPOL, il che costituisce un obiettivo indice di contraddittorietà del comportamento della stazione appaltante.

7.7. Gli elementi appena esposti impongono di concludere nel senso dell'insufficienza della motivazione dell'esclusione e della sua non coerenza con il principio di proporzionalità, che sempre deve sorreggere simili provvedimenti (Corte giustizia UE, sez. IV, 14/12/2016, n. 171), in quanto non si è considerato che il preteso inadempimento, assunto a grave illecito professionale, è insorto nell'ambito di una diversa prestazione e, inoltre, che, per altro verso, in precedenti analoghe prestazioni svolte per conto del medesimo committente, non siano emerse problematiche relative alla qualità dei servizi svolti.

8. Alla luce delle argomentazioni che precedono, il ricorso va accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti che hanno determinato l'esclusione della ricorrente dalla procedura concorsuale in questione. Le spese di lite - liquidate in dispositivo tenendo conto dei parametri di cui al D.M. 10/03/2014, n. 55 in

rapporto al valore della lite - vanno poste a carico della parte resistente in virtù del principio di soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

-) accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato;
-) condanna la RAI s.p.a. al pagamento delle spese di lite in favore della parte ricorrente che si liquidano in euro 5.000,00 oltre agli accessori di legge e al contributo unificato nella misura effettivamente versata;
-) ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Maiello, Presidente FF

Michele Buonauro, Consigliere

Luca Cestaro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Luca Cestaro

IL PRESIDENTE

Umberto Maiello

IL SEGRETARIO