

N. 00401/2009 REG.SEN.  
N. 01169/2008 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1169 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  
Impresa G.S.A. Gruppo Servizi Associati Soc.Cons A R.L., in persona del legale rappresentante pro – tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Domenico Colella, Carlo Tangari, con domicilio eletto presso l'avv. Rita Laura Bruno in Torino, via Confienza, 15 Bis;

*contro*

Azienda Ospedaliera-Universitaria "Maggiore della Carità" di Novara, in persona del legale rappresentante pro – tempore rappresentato e difeso dagli avv. Cinzia Picco, Prof. Paolo Scaparone, con domicilio eletto presso il secondo in Torino, via S. Francesco D'Assisi, 14;

*nei confronti di*

Gielle di Luigi Galantucci, rappresentato e difeso dagli avv. Anna Lillo, Silvia Remmert, con domicilio eletto presso la seconda in Torino, via Stefano Clemente, 22;

*per l'annullamento*

*previa sospensione dell'efficacia,*

del provvedimento, prima non conosciuto, del 17 giugno 2008, con cui l'Azienda Ospedaliero-Universitaria "Maggiore della Carità" di Novara ha disposto l'aggiudicazione provvisoria del "servizio di antincendio elisuperficie H2 ed assunzione dell'incarico di gestore dell'attività ai sensi dell'art. 7 D.M. trasporti 10.03.88, per un periodo di mesi 12" in favore dell'impresa Gielle di Luigi Galantucci; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresi tutti i verbali di gara, non conosciuti, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dell'aggiudicataria provvisoria dalla gara de qua: ed. ove occorra. del bando. del disciplinare e del capitolato speciale

d'appalto nei limiti di séguito indicati;

e, con motivi aggiunti depositati in data 9 ottobre 2008,

della determinazione dirigenziale del Direttore della S.C. Tecnico Patrimoniale n. 2002 del 01.10.2008 con cui l'Azienda Ospedaliero-Universitaria "Maggiore della Carità" di Novara ha disposto l'aggiudicazione definitiva del "servizio di antincendio elisuperficie H2 ed assunzione dell'incarico di gestore dell'attività ai sensi dell'art. 7 D.M. trasporti 10.03.88, per un periodo di mesi 12" in favore dell'impresa Gielle di Luigi Galantucci; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresi: la determinazione dirigenziale del Direttore della S.C. Tecnico Patrimoniale n. 1335 del 25.06.2008 di aggiudicazione provvisoria dell'appalto; le note 11.9.2008 e 30.9.2008 del medesimo Dirigente e tutti i verbali di gara, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara de qua; ed, ove occorra, del bando, del disciplinare e del capitolato speciale d'appalto nei limiti di seguito indicati.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera-Universitaria "Maggiore della Carità" di Novara;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gielle di Luigi Galantucci;

Esaminato il ricorso incidentale notificato il 9.12.2008 dalla Impresa Gielle di Luigi Galantucci;

Esaminate le memorie difensive;

Esaminate le ulteriori produzioni della ricorrente e della controinteressata depositate in vista dell'Udienza pubblica;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 15/01/2009 il Referendario Avv. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

1. Con ricorso depositato il 1.10.2008 la G.S.A. Soc. Cons. a r.l. (di seguito, GSA) impugna la determinazione dirigenziale del 17.6.2008, allora sconosciuta, con cui l'Azienda Ospedaliero - Universitaria "Maggiore della Carità" di Novara aggiudicava in via provvisoria all'impresa Gielle di Luigi Galantucci (di seguito Gielle) l'appalto del servizio di "antincendio elisuperficie H2 ed assunzione dell'incarico di gestore dell'attività ai sensi dell'art. 7. D.M. trasporti 10.3.88" per un anno. Con motivi aggiunti depositati il 9.10.2008 e poi il 17.10.2008 veniva gravata la successiva aggiudicazione definitiva disposta con determinazione

dirigenziale n. 2202 del 1.10.2008, la predetta aggiudicazione provvisoria meglio individuata nella determinazione n. 1335 del 25.6.2008, nonché le note e i verbali di gara nella parte in cui non avevano escluso dalla gara l'aggiudicataria.

Alla gara partecipavano quattro imprese, tra cui l'odierna ricorrente e l'aggiudicataria.

Il ricorso originario, poi trasfuso nell'atto per motivi aggiunti, si compone di cinque motivi che vengono appresso riassunti partitamente, in uno con il loro scrutinio.

Alla Camera di Consiglio del 6.11.2008, a cui era stata assegnata la discussione e l'esame della domanda cautelare contestuale al gravame, la Sezione, con Ordinanza n. 898 in data 8.11.2008 delibava l'infondatezza del primo motivo e la fondatezza di diversi altri, fissando l'Udienza pubblica per la trattazione del merito al 15.1.2009 senza, peraltro, accogliere l'istanza cautelare di sospensione dei provvedimenti, ritenendo prevalente l'interesse pubblico alla gestione del servizio.

In parziale riforma della predetta decisione il Consiglio di Stato, adito in appello dalla ricorrente, accoglieva l'incidente cautelare con Ordinanza n. 6491 del 2.12.2008, sul rilievo della necessaria coerenza della tutela cautelare con la situazione acclarata da questo Giudice.

2. Con ricorso incidentale del 9.12.2008, con contestuale istanza cautelare, la Gielle controinteressata impugnava l'ammissione alla gara della ricorrente GSA, deducendone l'illegittimità per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. 16. 4 2009, n. 163 per l'asserita carenza del requisito della moralità professionale a causa della allegata sussistenza di condanne penali a carico di uno dei suoi amministratori, tale sig. Alessandro Pedone.

Con Ordinanza n. 1071/2008 assunta nella Camera di Consiglio del 18.12.2008 la Sezione respingeva l'istanza cautelare motivando in ordine si all'irricevibilità del mezzo che alla sua sostanziale infondatezza, come appresso si illustrerà.

All'Udienza Pubblica del 15.01.2009 udita la discussione dei procuratori delle parti e la Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano ed esaminate le nuove memorie e – soprattutto – la nuova documentazione prodotta dalla controinteressata, il ricorso principale e i relativi motivi aggiunti e quello incidentale, sono stati trattenuti a sentenza.

## DIRITTO

1.1 . Va subito avvertito che sulla scorta di nuova documentazione, depositata dalla controinteressata Gielle in vista dell'Udienza Pubblica, il Collegio deve pervenire, relativamente al ricorso principale, a decisione opposta rispetto a quanto prima facie delibato nella Camera di Consiglio del 6.11.2008 con l'Ordinanza n. 898 dell'8.11.2008.

Giova intanto premettere che se si prescindesse dalla prognosi sull'esito del gravame principale, andrebbe preliminarmente scrutinato quello incidentale, atteso che, colpendo lo stesso l'ammissione alla gara dell'impresa GSA, il suo eventuale accoglimento priverebbe quest'ultima della stessa legittimazione al ricorso, riveniente dalla sua posizione qualificata di partecipante alla contestata

procedura concorsuale. Il favorevole esito del gravame incidentale importerebbe, dunque, la declaratoria di inammissibilità di quello principale per difetto (originario) di legittimazione a ricorrere. Ed in effetti, il Collegio procederà subito all'esame del mezzo incidentale, stante la sua rapida definizione, siccome già profusamente scoverata in sede di decisione camerale di cui all'Ordinanza n. 1071/2008, allorché difettavano ancora i dirimenti elementi di giudizio di natura documentale – presenti invece oggi – idonei, come più sopra avvertito, a far mutare la decisione sul ricorso principale.

Intende con ciò soggiungere la Sezione che alla luce di siffatto nuovo convincimento sulla sorte di quest'ultimo, la disamina del ricorso incidentale non sarebbe più doverosa, per le seguenti ragioni di teoria generale del processo amministrativo, che è opportuno lumeggiare anche per soffermarsi sui rapporti tra gravame principale incidentale con speciale riguardo alle ipotesi in cui il ricorso principale non possa, per la sua infondatezza o per un sopravvenuto ostacolo processuale approdare ad una sentenza di annullamento. Ritiene opportuno la Sezione enunciare la sua posizione ermeneutica sul punto.

1.2. Va richiamato al riguardo il radicato costruito giurisprudenziale – fin troppo noto – secondo il quale il ricorso incidentale, ove diretto a contestare la stessa ammissione del ricorrente ad una procedura concorsuale (c.d. ricorso incidentale paralizzante) va esaminato con priorità rispetto a quello principale in quanto suscettibile di determinare il difetto di legittimazione del ricorrente principale in caso di accoglimento, esito che solleva il Giudice, nel caso in cui alla gara abbiano preso parte più di due imprese, dal dovere di esame e decisione del ricorso principale, il quale si rivela in effetti paralizzato dall'azione incidentale. Qualora invece alla procedura abbiano validamente presentato offerta solo le due imprese litiganti, la paralisi dell'azione principale per via dell'accoglimento di quella incidentale non esime il Giudice dall'affrontare anche il gravame principale, come precisato dall'Adunanza Plenaria del 10.11.2008, n. 11, ma già suggerito da precedente giurisprudenza anche di primo grado. In tale ipotesi, infatti, laddove anche il ricorso principale volto a contestare l'illegittima ammissione alla gara e l'aggiudicazione al controinteressato appaia fondato, si profila al Giudice l'esigenza di giustizia di non consentire al ricorrente incidentale vittorioso, di lucrare un'ingiusta posizione di privilegio costituita da un'aggiudicazione in suo favore che si rivela comunque illegittima. Sarebbe *contra ius* e in antitesi con il principio di legalità che governa l'attività amministrativa, lasciare immutato l'esito di una gara illegittimamente conclusasi o anche, ove ad esempio le censure del ricorrente principale postergato si dirigano non solo contro l'aggiudicazione al controinteressato ma anche, *ab imis*, contro le stesse modalità procedurali di svolgimento della competizione, illegittimamente condotta. Emerge in tali situazioni l'esigenza ordinamentale di non consentire che per via di un meccanismo processuale che ordinariamente risponde a delle logiche affondate in una doverosa considerazione della condizione dell'azione o di un presupposto processuale, rispettivamente costituiti dall'interesse a ricorrere e dalla legittimazione ad agire del ricorrente principale che si caducano per effetto dell'annullamento della sua partecipazione alla gara, al ricorrente incidentale venga ritagliata un condizione processuale di iperprotezione, a più riprese stigmatizzata dalla giurisprudenza e non consentita dall'ordinamento, anche costituzionale, atteso inoltre che egli, la cui posizione di aggiudicatario sia con buone ragioni contestata, versa in pari causa *turpitudinis* rispetto al ricorrente principale escluso dalla gara in forza del giudicato di accoglimento del ricorso incidentale.

In siffatte evenienze, dunque, benché sia venuta meno la legittimazione al ricorso del ricorrente principale per via dell'acclarata illegittima sua partecipazione alla gara, il Giudice dovrà comunque esaminare le sue censure, il cui accoglimento, importando l'annullamento dell'intera gara, genererà l'obbligo dell'Amministrazione di indirne una nuova, emendata dei vizi rilevati in sentenza.

1.3. Giova ora evidenziare che la delineata teorica – preliminare esame del gravame incidentale ove di tipo c.d. paralizzante; necessità che anche in caso di suo accoglimento venga scrutinato anche il ricorso principale in caso di partecipazione alla gara delle due sole imprese litiganti – nonché, più in radice, la stessa ratio e finalità dell'istituto del ricorso incidentale giuridicamente postula e logicamente presuppone un ricorso principale efficace, che in quanto tale necessiti (per il controinteressato) di essere contrastato perché suscettibile di accoglimento. Solo in tale ipotesi sorge per il ricorrente incidentale la necessità o l'opportunità difensiva e quindi in ultima analisi l'interesse, di contrapporre al gravame principale un'azione incidentale. E per il Giudice l'utilità di deciderlo preliminarmente, utilità che poi evolve in necessità allorché tale mezzo si profili fondato, privando il ricorrente principale dello stesso titolo di legittimazione processuale unitamente al suo interesse all'eventuale accoglimento delle relative censure. La sopravvenuta perdita di interesse, che pure è talora in giurisprudenza additata a causa di inammissibilità del ricorso principale in caso di favorevole esito di quello incidentale, discende dall'inutilità per il ricorrente di una eventuale sentenza di accoglimento, posto che egli doveva, e in forza della sentenza dovrà, essere escluso dalla gara.

2.1. Orbene, tutte le divise esigenze e finalità non si profilano in caso di ricorso principale inidoneo a condurre ad una sentenza di annullamento del provvedimento oggetto di impugnativa, perché infondato: in tale ipotesi per il controinteressato il gravame incidentale, volto a paralizzare l'azione principale, ex post si rivela inutile o eccessivo. Per il Giudice emerge parimenti l'inutilità di assumere una decisione sulla legittimità o meno della partecipazione alla gara di un concorrente non vincitore che ha proposto un ricorso non idoneo ad essere accolto e a determinare una decisione di annullamento dell'aggiudicazione al controinteressato o di radicale travolgimento della gara. Le delineate ragioni di logica processuale ed effettuale sottendono, a parere della Sezione, la radicata ed antica affermazione giurisprudenziale e dottrinarie secondo la quale il ricorso incidentale segue le sorti del ricorso principale o costituisce un suo accessorio.

Segnala al riguardo il Collegio che la stessa Sezione V del Consiglio di Stato che con Ordinanza del 5.6.2008 ha investito di questa tematica l'Adunanza Plenaria, ha ribadito, successivamente alla Decisione del Supremo Consesso del 10.10.2008, n. 11 il delineato carattere del gravame incidentale, statuendo che "la sua subalternità, che esiste nella fase di proposizione (il ricorso incidentale in tanto può essere proposto in quanto sia stato proposto un ricorso principale), deve essere mantenuta anche in sede di decisione, nel senso che l'esame del ricorso incidentale può aver luogo, non per il mero fatto che sia stato ritualmente proposto un ricorso principale, ma solo una volta che di quest'ultimo sia stata deliberata la fondatezza, perché è solo questa che fa sorgere l'interesse della parte all'esame della censura incidentale" (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 dicembre 2008, n. 6292). Del resto, la giurisprudenza di prime cure era già nello stesso senso, avendo precisato che è possibile esaminare il ricorso incidentale soltanto dopo che sia stata deliberata la fondatezza del ricorso principale (T.A.R. Toscana, Sez. II, 17.7.2008, n. 1795).

Tanto si è statuito, intuitivamente, perché, come più sopra illustrato, a parere del Collegio è solo un ricorso potenzialmente atto a partorire una sentenza di annullamento del provvedimento da cui il controinteressato riceve utilità, che fa sorgere in questi l'interesse a contrastare l'azione del ricorrente principale contrapponendogli la controazione rappresentata dal gravame incidentale.

La necessità di detta controazione e il correlativo interesse alla stessa, quindi, non si ravvisano là dove l'azione non sia suscettibile di accoglimento, vuoi per difetto di requisiti di fondatezza sostanziale, vuoi per l'insorgenza di un ostacolo di natura processuale che precluda al Giudice di procedere al suo scrutinio.

Ne consegue, a parere della Sezione, che deve predicarsi l'impossibilità di disamina e decisione del ricorso incidentale non solo qualora il ricorso principale si riveli infondato, ma anche nell'ipotesi in cui il ricorso principale sia medio tempore divenuto improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse o destinato ad estinguersi per cessazione della materia del contendere. Anche in siffatte evenienze, invero, il ricorso principale, siccome insuscettibile di decisione in quanto improcedibile o estinto, non è idoneo a generare una sentenza che travolga il provvedimento creativo di posizione di vantaggio in capo al controinteressato. Ne consegue che quest'ultimo anche in questi casi ha perduto interesse a contrapporre all'azione principale la sua controazione e non ha più interesse alla coltivazione e alla decisione del ricorso incidentale, il cui esame diviene per tale via precluso al Giudice.

Il ricorso incidentale dovrà essere dunque, a parere della Sezione, dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse qualora sia impedito lo scrutinio di quello principale per l'insorgenza di una causa di improcedibilità o di estinzione del medesimo.

2.2. Segnala il Collegio che a siffatta conclusione, ancorché non così ben delineata e tecnicamente precisata sul piano definitorio, è già pervenuta la giurisprudenza, avendo affermato una sorta di "caducazione" del ricorso incidentale in caso di estinzione di quello principale. Il Consiglio di Stato, con una decisione non recentissima della V Sezione ma fatta propria e riproposta alla lettera cinque anni dopo dal Giudice di primo grado, ha infatti chiarito che "le censure incidentali sono tali rispetto non già ad uno, piuttosto che ad un altro dei motivi del ricorso principale, bensì a quest'ultimo nel suo complesso, senza che per ciò solo venga meno il carattere accessorio del ricorso incidentale nei riguardi di quello principale, perché, in ogni caso, il primo viene meno per effetto delle cause di estinzione o del rigetto del secondo". (Consiglio di Stato, Sez. V, 13.2.1998, n. 168). L'assunto del Giudice d'Appello è stato, come detto, di recente ripreso alla lettera e rinnovato dal Giudice di prime cure, secondo il quale "le censure incidentali sono tali rispetto non già ad uno, piuttosto che ad un altro dei motivi del ricorso principale, bensì a quest'ultimo nel suo complesso, senza che per ciò solo venga meno il carattere accessorio del ricorso incidentale nei riguardi di quello principale, perché, in ogni caso, l'interesse a coltivare il primo viene meno per effetto delle cause d'estinzione o del rigetto del secondo". (T.A.R. Sicilia - Catania, sez. I, 7 novembre 2003, n. 1857).

Orbene, ritiene la Sezione di far proprie, rinnovare meglio definire le riportate massime, precisando, come appena sopra si è fatto, intanto che la patologia del ricorso incidentale individuata dal Consiglio di Stato con la decisione n. 168/1998 in caso di estinzione o rigetto del principale è da scrivere alla categoria dell'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse. Ma, quel che più rileva e innova è la tesi, che la Sezione ritiene di dover e poter affermare.

con il conforto dei principi processuali e dell'osservazione del dato reale della dinamica delle evenienze processuali, secondo la quale il venir meno, rectius, l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso incidentale va con sicurezza predicata non solo in caso di estinzione ma anche in quelli di improcedibilità per qualsivoglia ragione, del ricorso principale. Sul punto, infatti, riprendendo le fila di un ragionamento più sopra meglio posto in luce, in simili evenienze il controinteressato non ha più alcun interesse processuale a contrapporre al ricorso principale che insedia la sua posizione di vantaggio creta dal provvedimento impugnato, una controazione, nel che si sostanzia il gravame incidentale, posta e manifesta essendo l'inettitudine del ricorso principale per la sua improcedibilità (o estinzione) a vulnerare il bene della vita da egli conseguito grazie al provvedimento di aggiudicazione impugnato.

2. 3. Qualora, invece, il ricorso principale sia infondato nel merito, il ricorrente incidentale non ha interesse ab origine, come più sopra spiegato, alla sua controazione – a motivo della sua inutilità a fronte di un ricorso principale insuscettibile di accoglimento – ragion per cui in linea puramente teorica dovrebbe affermarsi la stessa inammissibilità del ricorso incidentale per carenza originaria di interesse. Tuttavia, poiché l'infondatezza del gravame principale è predicabile solo ex post, dopo e per effetto della delibazione della sua infondatezza formulata dal Giudice, delibazione all'evidenza non nota e conoscibile dal ricorrente incidentale, il Tribunale non potrà pronunciare l'inammissibilità del gravame incidentale per difetto originario di interesse, ma semplicemente non potrà procedere al suo esame. Ciò che ha affermato, per tale seconda ipotesi, il Consiglio di Stato con la citata decisione n. 6292 del 17.12.2008.

Ecco dunque spiegata la teorica da cui origina la radicata affermazione dottrinarie e giurisprudenziale secondo cui il ricorso incidentale "segue le sorti" del ricorso principale o anche quella per cui il primo è accessorio al secondo (ex multis, T.A.R. Toscana, Sez. II, 17.7.2008, n. 1795; T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 6 giugno 2007, n. 1465; T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I, 4.3.2003, n. 1701) e, secondo la recentissima citata decisione d'appello ad esso addirittura subalterno.

2.4. Ad opinare la contrario e, quindi, a ritenere che il ricorso incidentale debba comunque essere esaminato, si perverrebbe come sopra già accennato al risultato, non consentito dalla legge processuale, di fornire al controinteressato una posizione di particolare privilegio processuale rispetto al ricorrente principale, posizione che l'ordinamento non consente. Sul punto è stato infatti condivisibilmente di recente statuito dal Giudice d'appello che "se così fosse all'aggiudicatario verrebbe garantita un' "iperprotezione" ed una posizione di favore venendo ad essere preferita la sua azione, uguale e contraria quanto ad oggetto (l' esclusione dalla gara) a quella del ricorrente od appellante principale ( Cfr Cons. St., Sez. V., 28 dicembre 2007 n. 5811).

3.1. Tutto ciò chiarito in termini di teoria generale del processo amministrativo applicata alla particolare questione di rapporti tra ricorso incidentale e ricorso principale nelle ipotesi in cui il Giudice non possa procedere all'esame del secondo o delibarne la fondatezza, nel caso all'esame va confermata la declaratoria di irricevibilità ed infondatezza nel merito del mezzo incidentale, già formulata in sede cautelare con l'Ordinanza n. 1071/2008.

Invero, l' eccezione di irricevibilità del mezzo incidentale, formulata dal ricorrente principale nella memoria depositata in vista della Camera di Consiglio del 18.12.2008 fissata per la decisione della domanda cautelare contestuale al

ricorso incidentale, si profila fondata poiché per recente giurisprudenza, condivisa dal Collegio, il ricorso incidentale nelle materie di cui all'art. 23 - bis Legge T.A.R. va notificato entro 45 giorni dalla notifica del ricorso principale (Consiglio di Stato, Sez. V, 11.5.2007, n. 2356; T.A.R. Sicilia - Catania, III, 5.5.2008, n. 8121; T.R.G.A. Trentino Alto Adige - Trento, 21.1.2008, n. 10). La Sezione aderisce all'orientamento in rassegna e lo fa proprio. Ne consegue che risultando il ricorso principale notificato il 26.9.2008, quello incidentale andava consegnato agli Ufficiali giudiziari per la sua notifica entro l'11.11.2008, non rilevando la data di conoscenza dei vizi del provvedimento denunciabili con l'azione incidentale (Cons. di Stato, Sez. VI, 26.4.2002, n. 2234, punto 2.1.1 motiv.). Risulta invece che il ricorso incidentale è stato notificato solo il 9.12.2008, conseguendone la sua incontrovertibile irricevibilità.

3.2. Nel merito, inoltre, come pure profusamente illustrato con l'Ordinanza cautelare di cui alla Camera di Consiglio del 18.12.2008 il ricorso incidentale, con il quale la Gielle, in sintesi, lamenta che la G.S.A. non è stata esclusa dalla gara pur sussistendo condanne passate in giudicato a carico di uno dei suoi amministratori, sig. Pedone, è comunque infondato.

Non sono stati, infatti, forniti elementi di prova dell'assegnazione all'amministratore de quo dei poteri di rappresentanza, attribuendo, da un lato l'art. 36, primo comma dello Statuto della Impresa ricorrente principale, la rappresentanza al presidente, dall'altro, postulando l'art. 26 dello stesso Statuto, per il quale è solo nella possibilità degli amministratori e del presidente indicare quelli che tra loro hanno la rappresentanza, l'adozione di un atto di conferimento della stessa a taluno dei predetti soggetti. Inoltre l'assunto della ricorrente incidentale, secondo cui il Pedone sarebbe munito di poteri di rappresentanza, conseguendone che dovevano essere dichiarati ai sensi dell'art. 38 del Codice i suoi pregiudizi penali passati in giudicato, è anche contraddetto per tabulas dalla domanda - versata con la memoria di controparte del 17.12.2008 - di partecipazione a un pubblico incanto del Ministero dei beni culturali, sottoscritta il 2.12.2005 (epoca in cui il Pedone era già amministratore dal 13.7.2005 e prima delle sue dimissioni) dal Dott. Enrico Dri in qualità di "Presidente Consiglio di Amministrazione - Legale Rappresentante" della ricorrente principale.

4.1. Può ora approdarsi alla disamina del merito del ricorso principale, rispetto al quale, come anticipato, il Collegio deve pervenire a soluzione opposta rispetto ai contenuti e alle conclusioni della delibazione operata in sede cautelare.

Con il primo motivo, dunque, parte ricorrente deduce la violazione della lex specialis e degli artt. 42 e 42 del Codice dei contratti, nonché difetto di istruttoria ed erronea presupposizione, lamentando che l'appalto in controversia aveva ad oggetto due ben distinti servizi, ossia la vigilanza antincendio dell'elisuperficie dell'Ospedale e il servizio di gestore delegato dell'attività ex art. D.M. Trasporti 10.3.1998. Di conseguenza l'aspirante all'affidamento doveva possedere i requisiti di qualificazione per entrambe le attività, in particolare provando di aver realizzato negli ultimi tre esercizi antecedenti la pubblicazione del bando, un fatturato globale e uno relativo a servizi identici a quelli posti in gara, dovendo altresì produrre una dichiarazione dei principali predetti servizi identici. Nella specie la controinteressata avrebbe dichiarato di aver svolto il

servizio di gestione elisuperficie solo per l'Ospedale di Cattinara (presidio dell'A.O. di Trieste), là dove dalla consultazione del sito internet di tale Azienda risulterebbe che il ridetto servizio è invece gestito dal direttore generale della stessa e non dall'Impresa Gielle concorrente e poi aggiudicataria della gara.

Il Collegio sul punto ha già precisato nell'Ordinanza n. 898/2008 che, contrariamente all'assunto della ricorrente, l'oggetto della gara era unicamente il servizio antincendio, ciò che si evince a chiare note dalla lex specialis, Norme tecnico amministrative allegate al bando (doc. 4 ricorr., pag.3) il cui art. 1 "Oggetto dell'appalto" stabilisce che lo stesso "ha per oggetto il servizio di guardia ai fuochi ed antincendio da rendere ai sensi dell'art. 5 del D.M. n. 121 del 2.4.1990", di poi aggiungendo "l'assunzione del ruolo di gestore dell'attività ai sensi dell'art. 7 D.M. dei Trasporti 10.3.1988."

Ora, anche sul piano lessicale, pur sembrando che la congiunzione "e" potrebbe far ricondurre nell'oggetto del servizio anche tale seconda attività, è peraltro decisiva l'intuizione che "servizio di guardia ai fuochi ed antincendio" e "assunzione del ruolo di gestore dell'attività" sono concettualmente la stessa cosa: un servizio si sostanzia, d'ordinario, nell'assunzione della gestione ("del ruolo di gestore") dell'attività che il servizio stesso concreta.

Conclusione supportata dall'analisi della normativa di settore a cui fa espresso rinvio la riportata norma di gara nel definire il preteso secondo servizio di "gestore dell'attività ai sensi dell'art. 7 D.M. dei Trasporti 10.3.1988". Come già evidenziato nell'Ordinanza n. 898/2008, invero, il D.M. 26.10.1997, n. 238, che ha modificato e in parte sostituito il precedente D.M. del 1988 cui rinvia il bando di gara, all'art. 4 precisa che "il responsabile dell'assistenza antincendio è il gestore dell'eliporto". La normativa di settore di quel rapporto tra il ministero, dunque, definisce in termini di accessorieta' quel rapporto tra il servizio di guardia ai fuochi ed antincendio oggetto dell'appalto in causa, e la gestione del medesimo in qualità di "gestore", a parere del Collegio sul piano concettuale è in rapporto di sostanziale identificazione e coincidenza con il servizio di guardia ai fuochi e antincendio dell'elisuperficie..

L'indicato rapporto, di accessorieta', ovvero, anche di identificazione, tra le due attività componenti l'unitario servizio posto in gara, esclude dunque che l'aspirante debba comprovare due distinti requisiti di qualificazione, come invece pretende la ricorrente, le cui censure sul punto vanno disattese.

4.2. Con il secondo motivo la G.S.A. lamenta invece la violazione del bando di gara e dell'art. 38, lettere c) ed h) del Codice allegando che la Gielle non ha dichiarato la condanna, passata in giudicato, a pena patteggiata ex art. 444 c.p.c. inflitta al suo titolare dal Pretore di Altamura (BA) per il reato previsto e punito dal'art. 349 c.p. (violazione di sigilli) che, essendo ascrivibile al genus dei reati contro la P.A. cadrebbe nel fuoco del disposto di cui alla lett. c) dell'art. 38 (...reati gravi in danno dello Stato o della Comunità, che incidono sulla moralità professionale), posto che l'Autorità di Vigilanza sui Contratti ha chiarito che per tali debbono intendersi quelli contro la PA, l'ordine pubblico, etc. Il non averlo dichiarato ha impedito alla s.a. di compiere il giudizio di incisione o meno sulla moralità professionale. Con successiva censura si duole poi la ricorrente che la controinteressata ha omesso di dichiarare anche una sentenza penale di condanna del Tribunale di Aosta del 10.3.2005, pronunciata a carico del medesimo legale rappresentante, e portante condanna per turbativa d'asta e la sanzione accessoria dell'incapacità di contrattare con la P.A. per un anno, nonché avrebbe omesso di dichiarare un rinvio a giudizio della Procura di Aosta

del 26.6.2007 per reati di falsità ideologica in atto pubblico, turbativa d'asta e quant'altro.

Al riguardo il Collegio, già con l'ordinanza cautelare ha per incidens escluso la sussistenza dell'obbligo di dichiarazione della sentenza di condanna pronunciata dal Pretore di Bari - Sez. di Altamura divenuta irrevocabile il 16.3.1999 (doc. 8 ricorr., certificato del casellario giudiziale) poiché dalla medesima visura documentale risulta essere stata emessa pronuncia, della medesima Autorità giudiziaria penale, di estinzione del reato stesso ex art. 445, comma 2 c.p.p.

Al riguardo la Sezione rammenta di avere già attinto il principio secondo il quale le sentenze di condanna a pena patteggiata ex art. 444 c.p.p., divenute irrevocabili per il passaggio in autorità di cosa giudicata, devono essere dichiarate dal concorrente a gara d'appalto, salvo che siano state dichiarate estinte con formale provvedimento del Giudice dell'esecuzione ex art. 445 c.p.p.

Detta conclusione è stata già raggiunta, in generale in tema di rapporti del privato con la P.A., in diverse pronunce della Sezione e recentemente precisata in materia di pubblici appalti in un caso analogo (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 10.10.2008, n.2568; si è affermata inoltre l'irrelevanza, a beneficio del privato che si rapporta con l'Amministrazione, del c.d. patteggiamento, implicante un implicito accertamento di responsabilità: T.A.R. Piemonte, Sez. I, 7 aprile 2008, n. 546, ove difetti il formale provvedimento di estinzione del Giudice penale).

La ricordata conclusione deve essere ribadita, considerato che trova anche conforto in successiva decisione del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, Sez. V, 31.10.2008, n. 5461). Ne consegue il rigetto della censura in esame.

4.3. Quanto alla lamentata mancata dichiarazione anche della sentenza di condanna n. 197/05 del Tribunale penale di Aosta del 10.3.2005 (doc. 9 produzione ricorr.), giudicata in sede cautelare assoggettata all'obbligo di dichiarazione ex art. 38, lett. c) del Codice, il Collegio osserva che in allora non ravvisava evidenti ragioni, né agli atti, elementi per ritenere che la suindicata sentenza non fosse passata in autorità di cosa giudicata (essendo, tra l'altro, il certificato del casellario giudiziale prodotto dal ricorrente - doc.8 - e non recante menzione di detta sentenza, anteriore di quasi un anno rispetto alle delibere impugnate) e come tale non dovesse essere dichiarata in sede di gara ex art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006.

Il certificato del casellario giudiziale della procura della Repubblica di Aosta del 31.1.2009 prodotto dalla controinteressata in data 5.10.2009 in vista dell'Udienza pubblica (doc.1 relativa produzione) dimostra invece il contrario, attestando che avverso la citata sentenza penale è stato interposto appello, tuttora pendente e per tale motivo non risulta iscritto nel certificato del casellario stesso.

Non avendo acquisito autorità di cosa giudicata, dunque, la predetta sentenza penale non doveva essere dichiarata in sede di gara, ciò necessitando, per il chiaro disposto dell'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006. solo per le condanne, anche inflitte con sentenza ex art. 444 c.p.p. o con decreto, divenute irrevocabili.

La seconda censura in esame va quindi respinta.

Lo stesso è a dirsi, a fortiori, relativamente al rinvio a giudizio della Procura di Aosta del 26.6.2007, che non è agli atti prova essere ancora esitato in una sentenza di condanna, ancorché di primo grado.

4.4. Né, del resto, gli addebiti di cui al predetto provvedimento del Pubblico Ministero, e in particolare quelli per falsità ideologica in atto pubblico, risultano annotati nel Casellario presso l'Osservatorio, come risulta dall'estratto dell'interrogazione telematica effettuato dall'Amministrazione e versato in atti (doc. 7 ASL). Ragion per cui non potevano condurre all'esclusione del concorrente ai sensi dell'art. 38, lett. h) del Codice in quanto, pur essendo databili nell'anno antecedente la gara, come detto non risultano dai dati in possesso dell'Osservatorio, condizione essenziale posta dalla citata disposizione del d.lgs. n. 163/2006 affinché possano costituire motivo di esclusione dal una procedura concorsuale. Ne consegue il rigetto anche di tale censura autonomamente spiegata nel motivo in esame (pag. 13 del ricorso).

5. 1. Al terzo motivo è invece affidata la censura di violazione degli artt. 86 e 87 del D.lgs. n. 164/2006 che impongono al concorrente l'obbligo di corredare l'offerta delle giustificazioni preventive del prezzo e delle analisi per l'intero importo a base d'asta. La controinteressata doveva essere esclusa dalla gara in quanto, malgrado sul punto il bando nulla disponesse, la cogenza della predetta norma del Codice imporrebbe l'esclusione, come sancito da parte della giurisprudenza.

L'Amministrazione sostiene invece che l'art. 86 cit. non si applica all'appalto per cui è causa, che è annoverabile tra i servizi di cui all'All. II B, esclusi in tutto o in parte dalla disciplina del Codice e comunque che l'inosservanza dell'obbligo di anticipato corredo delle giustificazioni preventive all'offerta non può essere sanzionata con l'espulsione dalla gara del contraente contravventore.

La tesi della ricorrente non può essere condivisa. Intanto appare dirimente la circostanza, non sufficientemente rimarcata dall'Amministrazione, che la *lex specialis* tace del tutto sia sull'obbligo di allegare le predette giustificazioni già in sede di offerta, sia in ordine alla conseguenza della violazione dello stesso, omettendo di sancire la comminatoria dell'esclusione.

Ora, quanto alla mancata previsione dell'obbligo di corredare l'offerta, sin dalla sua presentazione, delle giustificazioni preventive di cui agli artt. 86 e 87, d.lgs. n. 163/2006 la Sezione ritiene di poter affermare senza tema di smentita che la rilevata assenza della relativa previsione nella legge di gara non esime il concorrente dall'onere di allegazione, soccorrendo all'uopo l'imperativo disposto dall'art. 86, comma 5 del Codice che prescrive l'obbligo di preventiva allegazione de qua con norma che, contrariamente a quanto sostenuto dall'Amministrazione, è inderogabile e inoltre si impone alla P.A. in via di applicazione diretta, non occorrendo neanche, per predicarne la sicura applicazione in caso di mancata riproduzione o richiamo nella *lex specialis*, ricorrere all'istituto della c.d. *etero integrazione* del bando di gara.

5.2. Deve tuttavia dissentire la Sezione dalla prospettazione della ricorrente quanto agli effetti della mancata preventiva produzione di dette giustificazioni, la quale non può essere sanzionata *eo ipso* con l'esclusione dalla gara. Non ignora l'orientamento che invece predica detta esclusione (correttamente citato dal ricorrente: Consiglio di Stato, Sez. V, 14.2.2003, n. 8006). Ma deve la Sezione anche valorizzare altro più recente indirizzo ermeneutico, che attraversa tutte e tre le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, secondo il quale

l'allegazione delle predette giustificazioni preventive non è adempimento da osservare a pena di esclusione.

Si è, invero, condivisibilmente statuito che le giustificazioni preventive non assurgono a requisito di partecipazione alla gara a pena di esclusione, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale nella fase successiva a quella di verifica dell'anomalia e se ed in quanto l'offerta ne risulti sospetta (Consiglio Stato, Sez. V, 29 novembre 2005, n. 6772; Consiglio Stato, Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1072) non essendo siffatta prescrizione senz'altro imposta dalla legge a pena di esclusione delle offerte non documentate, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale, nella fase successiva quella della verifica di anomalia, se ed in quanto l'offerta risulti sospetta di anomalia."(Consiglio Stato, Sez. V, 21 novembre 2003, n. 7615) in quanto "siffatta previsione, comportante l'obbligo di presentazione delle giustificazioni unitamente alle offerte, ha come scopo quello accelerare il procedimento e consentire alla stazione appaltante una valutazione contestuale dell'insieme delle offerte."(Cons. Stato Sez. IV, 12-12-2005, n. 7034). La prescrizione in analisi, dunque "impone alle imprese un onere di collaborazione, in funzione di accelerazione della successiva fase di verifica delle offerte anomale."(Consiglio Stato, sez. V, 21 novembre 2003, n. 7615).

Il delineato orientamento si è, per vero, formato sull'art. 21 della L. 11.2.1994, n. 109, ma detta norma è pressoché identica a quella di cui all'art. 86 del Codice, non annettendo, al pari delle novella, alcuna espressa sanzione espulsiva alla violazione della medesima prescrizione.

5.3. Sull'argomento il Collegio segnala che proprio valorizzando l'indicata sostanziale identità precettiva delle due norme ha di recente ritenuto di far proprio l'indirizzo ermeneutico del Giudice d'appello poc'anzi in rassegna, armonizzandolo con le nuove disposizioni comunitarie, recepite in parte dal Codice, di cui all'art. 55 della Direttiva n. 18/2004 CEE per predicare l'illegittimità dell'esclusione di un concorrente da una gara d'appalto di servizi in caso di mancata allegazione all'offerta delle giustificazioni preventive benché richieste a pena di esclusione della lex speciali (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 14/01/2009, n. 83). La Sezione, nel ribadire e confermare detto suo precedente, non può non rilevare anche come nel caso odiernamente all'esame la conclusione cui allora è pervenuta va maggiormente affermata, ove si consideri che la lex specialis non comminava l'esclusione dalla gara per il difetto di produzione delle giustificazioni preventive a corredo dell'offerta.

Da quanto or ora esposto consegue dunque il rigetto della censura di cui al terzo motivo di ricorso, a prescindere dalla circostanza, eccepita dall'Amministrazione, che l'art. 86 del Codice non si applichi o meno all'appalto per cui è causa per essere – o meno – sussumibile tra i servizi esclusi annoverati all'Allegato II B

6.1. Con il quarto motivo è dedotta la violazione della lettera g) dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 che contempla la causa ostativa alla partecipazione alla gara di "violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse". La Gielles doveva essere esclusa perché il rappresentante legale aveva il seguente carico pendente, come risultante da certificazione dell'Agenzia delle Entrate di Trieste del 28.2.2007 (doc. 11 ricorr.): "ruolo parziale emesso a seguito di liquidazione mod. 770, anno imposta 1993, tipo atto 36 bis, importo a ruolo euro 14,46".

Al riguardo in sede cautelare il Collegio aveva deliberato la fondatezza del presente motivo, che va invece ora disatteso alla luce di nuova produzione documentale versata dalla controinteressata in vista dell'Udienza pubblica. La Gielle ha infatti depositato il 5.1.2009 (doc. 4 contoint.), copia di una certificazione del concessionario della riscossione dei tributi ETR Equitalia S.p.A. del 2.1.2009, poi prodotto in originale in Udienza unitamente al certificato del casellario giudiziale più sopra citato, dalla quale risulta che il sig. Galantucci, titolare dell'impresa controinteressata, ha pagato la suindicata partita di euro 14,46 e ad altre per complessive euro 150,80 già in data 31.5.2000.

Vero è, peraltro, che il certificato ufficiale dell'Agenzia delle Entrate di Trieste del 28.2.2007 (doc. 11 ricorr.) disponibile all'Amministrazione all'atto della verifica dei requisiti di ammissione dei concorrenti attesta comunque ancora la pendenza del ruolo in questione.

La controinteressata ha tuttavia pure prodotto il 10.1.2009 (doc. 2) una certificazione dell'Agenzia delle Entrate di Gioia del Colle del 7.1.2009 che attesta che a seguito del controllo (c.d. controllo formale delle dichiarazioni delle imposte) ex art. 36 - bis del Testo Unico sull'accertamento delle imposte dirette, la controinteressata aveva un debito con il Fisco di euro 165,26 al 10.4.2000. Che in data 31.5.2000 ha pagato le euro 150,80 di cui alla certificazione del concessionario sopra richiamata - per cui non è esatto, per il vero, quanto afferma la difesa della controinteressata, secondo la quale la Gielle "non ha nessun contenzioso con l'ufficio tributario" (pag. 4, memoria del 10.1.2009 - e che "ha potuto usufruire della riduzione delle sanzioni nella misura del 50%. Il residuo ruolo non dovuto è stato sgravato da questo ufficio in data 24.9.2008" con "provvedimento n. 20008S703127 del 24/09/2008".

Tirando le fila emerge dunque che sul piano formale l'Agenzia delle Entrate ha effettuato col citato provvedimento del 24.9.2008 uno sgravio delle somme così specificate nella nota in esame dell'Agenzia delle Entrate: "sanzioni ridotte al 50% di € 14,46 non dovute residue a ruolo".

Ora è bensì vero che detto provvedimento di sgravio, solo il quale sul piano formale attesta la regolarità della posizione fiscale del contribuente, è stato emesso il 24.9.2008 e certificato il 7.1.2009, ossia in epoca postuma rispetto alla delibera di aggiudicazione impugnata. Invero è solo lo sgravio ufficiale dell'Agenzia delle Entrate a rendere certa la circostanza che quanto il privato documenti in ipotesi di aver già corrisposto all'agente della riscossione corrisponde a quanto era realmente tenuto a pagare al Fisco in forza della legislazione tributaria. Ma nel caso di specie sembra che detto provvedimento di sgravio, come la stessa ultima citata nota, abbiano un contenuto sostanzialmente ricognitivo di una situazione di non debenza di somme, potendo quindi il Collegio, anche in ossequio ad un canone di effettività e giustizia sostanziale a fronte dell'esiguità della somma in contestazione, valorizzare il dato sostanziale e conferirgli prevalenza su quello meramente formale in base al quale la regolarità formale della posizione del contribuente Impresa Gielle sarebbe da far risalire solo al 24.9.2008, data di adozione del provvedimento di sgravio più sopra specificato. Anche il terzo motivo in esame va quindi respinto.

6.2. Relativamente alla richiesta di declaratoria di inammissibilità della produzione del 10.1.2009 della controinteressata, formulata a verbale di Udienza dalla difesa della ricorrente, secondo cui detta produzione, tra la quale è annoverato il certificato dell'Agenzia delle Entrate di Gioia del Colle del 7.1.2009 assunto da Collegio a base della nuova valutazione del merito della

censura appena scrutinata, sarebbe tardiva siccome effettuata oltre il termine dimezzato – e quindi di cinque - di dieci giorni liberi antecedenti la data dell'Udienza odierna, il Collegio deve rigettare detta richiesta atteso che per recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, per la natura non espressamente perentoria di tali termini è affidato all'interprete, ossia nel caso che ci occupa, a questo Giudice, "il compito di definire le conseguenze derivanti dalla loro inosservanza" (Consiglio Stato, sez. VI, 13 marzo 2008, n. 1080; in tal senso era già Tar Campania, Salerno, sez. II, 22 ottobre 2004 n. 1942, confermata dalla predetta decisione del Consiglio). Al riguardo, il Collegio ritiene di non dover anettere al deposito effettuato oltre il prescritto termine rilevanza preclusiva dell'acquisizione agli atti di causa, e della conseguente valutazione, del certificato in questione, stante da un lato la sua importanza ai fini del decidere e, dall'altro, le levità dell'infrazione processuale insita nell'avere la difesa della controinteressata, depositato la produzione in analisi un solo giorno oltre il termine di cinque giorni liberi prescritti rispetto alla data dell'odierna pubblica Udienza.

L'eccezione in esame va dunque respinta.

7.1. Con l'ultimo motivo la ricorrente lamenta la mancata esclusione della Gielle, in violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f) del Codice dei contratti nonché del bando di gara, con ulteriore deduzione di eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione, in quanto l'impresa de qua si è vista risolvere un contratto d'appalto aggiudicatosi dalla Provincia di Trieste, la quale con successiva deliberazione del 23.11.2000 n. 1147 di Giunta (doc. 12 ricorr.), lo aveva risolto per grave inadempimento della Gielle, per avere questa fornito alla stazione appaltante il nome di una persona non propria dipendente e della quale non poteva quindi disporre, tanto che nessun incaricato dell'impresa stessa si presentò all'incontro dedicato alla consegna dei lavori. La disposta risoluzione contrattuale integra la causa di esclusione di cui all'invocata norma, costituendo la condotta allora tenuta con l'amministrazione, indice di evidente inaffidabilità dell'impresa che la pose in essere. Secondo la deducente la lettera f) dell'art. 38 citato, come affermato da T.A.R. Marche, n. 244/2008, consente di valorizzare e tener conto anche dei rapporti contrattuali, intercorsi da un concorrente con altre Amministrazioni, nell'esecuzione dei quali gli organi tecnici competenti abbiano acclarato un'incapacità tecnico professionale dell'impresa di cui trattasi.

Sul punto la Sezione con l'Ordinanza cautelare n. 898/2008 aveva delibato la fondatezza della censura, ritenendo che l'Amministrazione resistente dovesse tener conto della suindicata deliberazione di risoluzione, tanto più che la ragione di tale rilevante decisione amministrativa risiedeva in un contegno della Gielle, più sopra riassunto, particolarmente antitetico ai canoni di correttezza contrattuale a antinomico al rapporto fiduciario che sottende ogni contratto, pubblico o privato che sia.

7.2. Né a diverse conclusioni di principio perviene oggi il Collegio, a parere del quale l'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006 individua a ben scandagliarne il disposto normativo, due ipotesi di cause di esclusioni afferenti al contegno contrattuale delle imprese, distinte sia sul piano oggettivo che con riguardo al profilo soggettivo inerente all'individuazione della controparte contrattuale dell'impresa partecipante, il rapporto con la quale possa o debba essere valorizzato dall'Amministrazione che indice la gara.

Le due fattispecie sono anche, significativamente, separate nella norma

dall'interpunzione ( ; ). Ebbene, dovendo per ragioni di economia argomentativa, limitare l'analisi al secondo profilo, soggettivo, qui rilevante e fatto oggetto, anche nelle pregresse analoghe abrogate disposizioni in materia di lavori, servizi e forniture, di scarsa attenzione da parte della giurisprudenza e tralasciando quindi l'esame del primo profilo, quello oggettivo, diffusamente sciverato invece dal Giudice amministrativo (sulla ratio e sull'ambito del concetto di malafede o grave negligenza cfr, per tutte, Consiglio Stato, Sez. IV, 12 giugno 2007, n. 3092; Consiglio Stato, sez. VI, 4 dicembre 2006, n. 7104) la Sezione evidenzia come mentre la prima parte della disposizione, dedicata all'esclusione per malafede o grave negligenza, limita testualmente l'ambito dei rapporti valutabili a tal fine, a quelli intrattenuti con la stessa Amministrazione che indice la gara ("prestazioni affidate dalla stessa stazione appaltante"), il periodo successivo al segno di interpunzione del punto e virgola eleva invece a possibile causa di esclusione una patologia contrattuale diversa dalla negligenza e dalla malafede, sancendo la rilevanza dell'errore grave, che è concetto anche ontologicamente differente, connotato a aspetti di oggettività, più agevolmente e immediatamente rilevabili e, soprattutto, da parte di chiunque, laddove la malafede e la negligenze rimandano più a profili di soggettività, scaturendo da una complessiva dinamica di situazioni e rapporti che consentono di farle emergere ed apprezzare.

Ecco perché mentre la malafede o la negligenza grave che legittima l'esclusione dalla gara è solo quella commessa, per usare l'espressione della norma, unicamente nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stessa amministrazione, la quale soltanto può esprimere un giudizio, spiccatamente soggettivo, di grave negligenza e malafede, sulla cui base può poi, previa motivata valutazione, escludere la stessa impresa negligente da una successiva gara, l'errore grave, invece, connotato com'è da aspetti di maggiore oggettività, a parere della Sezione non è delimitato dalla norma quanto al suo profilo soggettivo di emersione. La lett. f), secondo periodo, dell'art. 38 del Codice dei contratti, infatti, eleva a possibile causa di esclusione delle imprese partecipanti alla gara l'errore grave commesso, genericamente, "nell'esercizio delle loro attività professionali", errore che è dunque rilevante e può costituire causa di esclusione anche se commesso in occasione dell'esecuzione di contratti affidati da pubbliche amministrazioni diverse dalla stazione appaltante.

Ed inoltre è, a parere della Sezione, a motivo della delineata sua maggiore connotazione oggettiva (ed es. un grave errore di calcolo nella contabilità dei lavori, o nella misurazione del quantitativo di materiali o forniture necessarie all'esecuzione dell'appalto, o un errore grave nelle dimensioni o nella precisa localizzazione o suddivisione interna di un'opera et cetera) che la norma sancisce la rilevanza dell'errore che sia accertato "con qualsiasi mezzo di prova", non richiedendosi specifiche e individuate forme o procedure di rilevazione.

7.3. Tutto ciò precisato in termini di principi di diritto, deve tuttavia la Sezione pervenire a soluzione opposta rispetto alla delibazione di fondatezza della censura, formulata nell'Ordinanza cautelare, per effetto dell'avvenuta dimostrazione, mediante successive produzioni di parte controinteressata, di accadimenti nuovi i quali ridimensionano notevolmente la portata della risoluzione contrattuale adottata dalla Provincia di Trieste con la suddetta deliberazione del 2000.

Orbene, la difesa della Giele ha prodotto il 5.1.2009 (Allegato 2 della produzione del 5.1.2009 della contoint.) un verbale di aggiudicazione del Comune di Trieste in data 16.4.2002, del servizio di manutenzione, controllo e

adeguamento delle dotazioni antincendio, per due anni, alla stessa impresa Gielle odierna controinteressata ai cui danni aveva pronunciato un anno e mezzo prima la risoluzione di altro contratto con delibera di Giunta del 23.11.2000.

E' allora evidente che se la stessa Amministrazione che aveva disposto la risoluzione in danno, invocata dalla ricorrente quale indice di inaffidabilità dell'impresa Gielle e ragione di esclusione dalla gara all'esame, ha successivamente ammesso la medesima ad un'ulteriore gara, aggiudicandole un servizio per due anni, viene ex post implicitamente affermata l'irrelevanza dell'episodio di inadempimento negoziale del 2000 sul giudizio di affidabilità dell'Impresa stessa. E non si intende come poteva predicarsi esistere in capo all'ASL resistente l'obbligo di valorizzare e considerare ai fini dell'ammissione alla gara e correlativamente di escludere la controinteressata, una vicenda della quale la stessa amministrazione triestina ha successivamente mostrato di non tenere più conto.

Alla luce, pertanto, della descritta nuova documentata determinazione amministrativa, il Collegio ritiene di dover disattendere anche la doglianza spiegata nel quinto motivo di gravame che va conseguentemente respinto.

In definitiva, sulla scorta di tutte le considerazioni finora svolte, il ricorso si rivela, oggi, infondato e per l'effetto va respinto.

La complessità in fatto e in diritto delle questioni affrontate suggerisce peraltro al Collegio di disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le costituite parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte – Prima Sezione – definitivamente pronunciando sul ricorso principale e i relativi motivi aggiunti e su quello incidentale così provvede:

Dichiara irricevibile per tardività della notifica e Respinge nel merito il ricorso incidentale.

Respinge il ricorso principale.

Compensa integralmente le spese di lite tra le costituite parti.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 15/01/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Primo Referendario

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**Il 11/02/2009**

**(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)**

**IL SEGRETARIO**