

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 6330 del 2016, proposto dalla **APAM Esercizio** S.p.a. in proprio e quale mandataria di un costituendo RTI con Solco Trasporti Soc.Coop.Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Gianolio, e Orlando Sivieri, con domicilio eletto presso Orlando Sivieri in Roma, via Cosseria, 5

contro

Comune di Roverbella, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Nadia Corà e Guido Paratico, con domicilio eletto presso la Segreteria della Quinta Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13

per la riforma della sentenza in forma semplificata del T.A.R. della Lombardia – Sezione staccata di Brescia, Sezione II, n. 956/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Roverbella;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2016 il Cons. Claudio Contessa e udito l'avvocato Gianolio per l'appellante;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – Sezione staccata di Brescia e recante il n. 751/2016 l'odierna appellante **APAM Esercizio** s.p.a. chiedeva l'annullamento del provvedimento in data 9 giugno 2016 con il quale il Presidente della Commissione giudicatrice ha escluso la ricorrente dalla procedura indetta dal Comune di Roverbella (MN) per affidare l'appalto del servizio di trasporto scolastico per gli alunni delle scuole dell'infanzia, primaria e secondaria di primo grado site nel territorio comunale dal 1 settembre 2016 al 30 giugno 2020, indetta con bando in data 11 aprile 2016. Con il medesimo ricorso la **APAM Esercizio** chiedeva altresì l'annullamento dei verbali di gara dei giorni 8 giugno e 25 maggio 2016.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso, confermando la sussistenza del motivo di esclusione rappresentato dall'aver l'appellante commesso "gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza" (articolo 38, comma 1, lettera e) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla **APAM Esercizio** s.p.a. la quale ne ha

chiesto la riforma articolando tre motivi di appello, rispettivamente rubricati

- *Erroneità della sentenza per falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lettera e) del decreto legislativo n. 163 del 2006 – Motivazione insufficiente;*

- *Erroneità della sentenza sotto altro profilo – Motivazione contraddittoria;*

- *Erroneità della sentenza sotto altro profilo – Falsa applicazione dell'articolo 38, comma 1, lettera f) del decreto legislativo n. 163 del 2006 – Motivazione insufficiente.*

Si è costituito in giudizio il Comune di Roverbella il quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Alla Camera di consiglio del 10 novembre 2016 il Collegio ha avvisato le parti presenti circa la possibilità della definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi degli articoli 60 e 74 del cod. proc. amm. e il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore del trasporto pubblico (la quale aveva partecipato a una gara di appalto indetta dal Comune di Roverbella – MN - per l'assegnazione per quattro anni del servizio di trasporto scolastico per gli alunni delle scuole dell'infanzia, primaria e secondaria di primo grado site nel territorio comunale) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui il Comune l'ha esclusa dalla gara per gravi violazioni in materia lavoristica (articolo 38, comma 2, lettera e) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

2. Il ricorso in appello, che può essere definito con sentenza in forma semplificata ai sensi degli articoli 60 e 74 del cod. proc. amm. sussistendone i presupposti in fatto e in diritto, è infondato.

3. Si osserva al riguardo che la sentenza in epigrafe è meritevole di puntuale conferma per la parte in cui il primo Giudice ha rilevato:

- che sussistesse nei confronti dell'appellante un motivo insuperabilmente ostativo alla partecipazione alla gara per cui è causa, riconducibile alla previsione di cui all'articolo 38, comma 1, lettera e) del decreto legislativo n. 163 del 2006 (il quale, come è noto, fa riferimento alla commissione di "gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro");

- che in particolare, all'esito di una vicenda giudiziaria piuttosto complessa, era emerso che l'appellante si fosse resa responsabile di aver fatto ricorso alla figura dell'appalto di mera somministrazione di lavoro (una figura che, come correttamente affermato dal primo Giudice, denota un atteggiamento di parte datoriale nel suo complesso ispirata a complessiva slealtà, comportando in via surrettizia una rilevante compromissione dei diritti dei lavoratori coinvolti);

- che, in particolare, la sentenza della Corte di cassazione – Sezione lavoro 17 maggio 2016, n. 10057 ha respinto il ricorso della società appellante avverso la sentenza di appello in data 18 gennaio 2011, sfavorevole alla stessa appellante. Con la sentenza in questione la Corte di appello di Brescia, premesso che alcuni dipendenti erano stati assunti con contratto a tempo indeterminato da società sub-affidatarie del servizio di trasporto urbano ed extraurbano di Mantova e Provincia, aveva escluso che nel caso di specie fosse configurabile un genuino rapporto di appalto ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo n. 276 del 2003, non avendo le società in questione assunto un effettivo rischio di impresa ed esercitato un genuino potere direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nel servizio;

- che in tal modo è rimasta confermata la sentenza di appello che aveva accertato la realizzazione da parte dell'appellante di un appalto di mera somministrazione (e quindi di un'ipotesi di intermediazione illecita di manodopera), con conseguente, grave violazione dei diritti dei lavoratori.

La sentenza della Corte di cassazione è stata pubblicata in data 17 maggio 2016 e quindi in data

anteriore al momento in cui l'appellante aveva presentato la sua domanda di partecipazione (19 maggio 2016), omettendo di farne menzione nell'ambito delle dichiarazioni di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Il definitivo accertamento della richiamata violazione di stampo lavoristico, la sua oggettiva gravità e la mancata menzione nell'ambito delle richiamate dichiarazioni erano quindi tutte circostanze che deponevano nel senso della necessaria esclusione dell'appellante dalla gara di appalto all'origine dei fatti di causa.

4. Non possono quindi trovare accoglimento gli argomenti profusi dalla **APAM Esercizio** in primo grado (e puntualmente ribaditi in sede di appello), secondo cui il primo Giudice avrebbe omesso di apprezzare gli obiettivi margini di indeterminatezza che caratterizzano la richiamata disposizione e l'ampia discrezionalità che connota le conseguenti determinazioni rimesse all'amministrazione.

5. Allo stesso tempo, la gravità delle condotte illecite commesse dall'appellante non consente di invocare a discolta la circostanza per cui le stesse risalissero ad alcuni anni addietro.

Ad ogni modo non può non rilevare la circostanza della mancata dichiarazione della commessa violazione da parte dell'appellante, la quale già conosceva al tempo di invio della domanda di partecipazione il contenuto della sentenza della Corte di cassazione e avrebbe avuto l'obbligo di farne menzione in sede di domanda di partecipazione.

6. Ed ancora, non può trovare accoglimento l'argomento fondato sulla difformità fra l'esito del giudizio civile di primo grado e quelli di appello e di legittimità.

Al riguardo ci si limita ad osservare che l'articolo 38, comma 1, lettera e) del previgente 'Codice' connette l'effetto escludente al solo dato oggettivo del debito e definitivo accertamento della violazione di stampo lavoristico (nel caso di specie certamente sussistente) e non consente di tenere conto dello stato soggettivo ingenerato da una decisione favorevole di primo grado (peraltro, riformata nei successivi gradi di giudizio).

7. Inoltre, il carattere rigidamente oggettivo delle conseguenze connesse alla richiamata violazione comporta che non può essere condiviso l'argomento fondato sull'intervenuta assunzione dei lavoratori lesi dal contegno dell'appellante. Al riguardo ci si limita ad osservare che l'intervenuta assunzione corrisponde a un preciso obbligo di legge e che non può in alcun modo attenuare la gravità delle condotte contestate ed accertate in sede giurisdizionale.

8. Per quanto riguarda la valenza ai fini della presente decisione della sentenza penale di proscioglimento resa dal Tribunale di Mantova con il n. 1175/2013, se ne deve rilevare (in senso conforme a quanto ritenuto dalla Corte di cassazione con la richiamata sentenza n. 10057/2016) il carattere non decisivo ai fini del decidere atteso che il giudizio al cui esito è stata resa la richiamata sentenza penale di proscioglimento si è svolto solo nei confronti dei legali rappresentanti dell'**APAM Esercizio** e dell'appaltatrice TPM e non anche nei confronti dei dipendenti interessati e delle altre parti del presente giudizio.

Anche per tale ragione l'appello in epigrafe (e in particolare il secondo motivo) deve essere respinto.

9. Le ragioni sin qui esposte confermano che la società appellante avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera e) del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Tale circostanza esime il Collegio dall'esame del terzo motivo di ricorso con il quale si torna a contestare la legittimità dell'ulteriore motivo di esclusione fondato sulla violazione dell'articolo 38, comma 1, lettera f) del medesimo decreto legislativo (si tratta della disposizione che impone l'esclusione dalla gara del concorrente "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").

Tanto, alla luce del consolidato (e qui condiviso) orientamento secondo cui in caso di impugnazione giurisdizionale di determinazioni amministrative di segno negativo fondate su una pluralità di ragioni ciascuna delle quali di per sé idonea a supportare l'adozione del provvedimento sfavorevole per il ricorrente, è sufficiente che una sola di esse resista al vaglio giurisdizionale perché il provvedimento nel suo complesso resti indenne dalle censure articolate ed il ricorso venga dichiarato infondato, o meglio inammissibile per carenza di interesse alla coltivazione dell'impugnativa avverso l'ulteriore ragione ostativa, il cui esito resta assorbito dalla pronuncia negativa in ordine alla prima ragione ostativa (Cons. Stato, V, 22 febbraio 2016, n. 712).

10. Per le ragioni sin qui esposte l'appello in epigrafe, che può essere definito con sentenza in forma semplificata ai sensi degli articoli 60 e 74 del cod. proc. amm. sussistendone i presupposti in fatto e in diritto, deve essere respinto.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese per il doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese del doppio grado compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

L'ESTENSORE

Claudio Contessa

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini