

Studio Legale Avv. Flavio Di Giuseppe

Via Kennedy II Trav.sa 81051 Pietramelara (CE) tel/fax 0823 986998

mail flavio.digiuseppe@libero.it - CF DGS FLV 74 S 24 F 839R -

PROTOCOLLO GENERALE  
COMUNE DI MARIGLIANO (NA)

01. AGO. 2011

NUMERO

20201

CONTROPARTE.

**ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL**

**LAZIO - Roma**

**RICORSO**

Per la società **IGIENE URBANA SRL** con sede in Via Congrega, 20 - 80057 Sant'Antonio Abate (NA) (p.i.:00045546222) in persona del legale rappresentante Pro Tempore, sig. **Manfuso Daniele**, nato il 06.09.1967 a Castellamare di Stabia (NA) e residente in Sant'Antonio Abate (NA) alla via Congrega, 20 (CF.:MNFDNL67P06C129N) rapp.to e difeso dall' **Avv. Flavio Di Giuseppe** del foro di S. Maria C.V. (CE) con studio in Via Kennedy II^ Trav.sa 81051 Pietramelara (CE) (cf.: DGSFLV74S24F839R - P.I. 00082118886) tel/fax 0823 986998 email flavio.digiuseppe@libero.it pasquale.difruscio@ordineavvocatismcv.it con lo stesso elettivamente domiciliato in Roma alla Via Otranto, 12 presso lo studio dell'avv. Fabrizio Cerbo, come da mandato a margine del presente atto.

**CONTRO**

**Comune di Marigliano (NA)**, in persona del Sindaco p.t.

**PER L'ANNULLAMENTO PREVIA SOSPENSIVA**

Del provvedimento prot. 17242 del 30.06.2011 (All 1) emesso dal Comune di Marigliano (NA) a firma del responsabile del settore IX con il quale è stata comunicata l'esclusione dalla gara di appalto del servizio di igiene urbana bandita dal Comune di Marigliano (NA) per anni sette (CIG 05630998FB) e di ogni altro provvedimento allo stesso connesso, preordinata e/o conseguenziale se ed in quanto lesivo per la ricorrente.

nonchè, solo se ed in quanto autonomo e lesivo, del parere del legale incarico dall'Ente, avv. Enrico Soprano, acquisito a mezzo fax in data 22.6.2011 (all. 2) ;

COMUNE DI MARIGLIANO  
Napoli

2524  
Soprano Enrico  
Autentico

**MANDATO**

**Avv. Flavio Di Giuseppe**

Io sottoscritto **Manfuso Daniele**, nato il 06.09.1967 a Castellamare di Stabia (NA) e residente in Sant'Antonio Abate (NA) alla via Congrega, 20, CF.:MNFDNL67P06C129N, nella qualità di legale rappresentante pro-tempore della società **IGIENE URBANA SRL** con sede in Via Congrega, 20 - 80057 Sant'Antonio Abate (NA), in virtù dei poteri di legge e di statuto societario a me conferiti, Vi nomino perchè possiate rappresentarmi e difendermi nel procedimento di cui al presente atto in tutte le fasi e gradi, fino alla completa definizione. Vi conferisco all'uopo tutte le facoltà di legge, compreso proporre motivi aggiunti, transigere, conciliare, riscuotere somme e quietanzare, redigere atto di processo e promuovere azione esecutiva, proporre ricorso di fallimento e desistere, proporre opposizione e resistere, avendo fin d'ora per rato e fermo il Vostro operato senza che io possa mai eccepire difetto o indeterminatezza di mandato. Vi autorizzo al trattamento dei dati personali ai sensi e per gli effetti del decreto legislativo 30/06/2003 n° 196. Eleggo domicilio con Voi in Roma alla via Otranto, 12 presso lo studio dell'Avv. Fabrizio Cerbo

IGIENE URBANA S.R.L.  
20/06/2011  
Manfuso Daniele

Dichiaro vera e autentica la firma

Tale è vera e autentica

Avv. Flavio Di Giuseppe

03/08/2011

nonchè, solo se ed in quanto autonomo e lesivo, della determina dell'Autorità dei lavori pubblici n.1 del 12.01.2010 punto 8 (all. 3) .

### FATTO

La ricorrente è l'unica partecipante alla gara di appalto per il servizio di igiene urbana, indetta dal Comune di Marigliano fin dal novembre 2010.

Inopinatamente, a distanza di oltre sei mesi dalla scadenza del termine (15.12.2010) per la presentazione dell'offerta, l'Amministrazione comunale ha adottato il provvedimento in epigrafe (all. 1) indicato con il quale "si comunica che codesta ditta è stata esclusa dalla gara di cui all'oggetto con la seguente motivazione La Commissione Visto l'art. 38 lett. f) del decreto leg.vo n.163/2006 e s.m.i.; Visto il punto 2) lett. f) del Disciplinare di gara; letto il parere del legale incarico dall'Ente, avv. Enrico Soprano, acquisito a mezzo fax in data 22.6.2011; Vista la determina dell'Autorità dei lavori pubblici n.1 del 12.01.2010 punto 8); ritiene di non dover ammettere la ditta l'Igiene Urbana srl alla gara in quanto i reati accertati, rientrano, a parere della Commissione, tra quelli previsti dall'art. 38 lett. f) del decreto Leg.vo n. 163/2006 e s.m.i. La gara è stata dichiarata deserta".

La ricorrente ha avanzato formale richiesta di accesso agli atti diretta ad ottenere la copia del richiamato parere dell'avv. Enrico Soprano, nonché copia del richiamato verbale della Commissione di gara.

Alla lettura degli atti ha rilevato che il legale del Comune (avv. Soprano) lungi dall'aver suggerito il provvedimento di esclusione alla stazione appaltante ha semplicemente segnalato che "la valutazione della incidenza, sulla moralità professionale della società L'Igiene Urbana, del reato di cui alla sentenza del Tribunale di Benevento del 05.07.2010, costituisce attività discrezionale rimessa in via esclusiva a codesta Amministrazione"

Alla lettura del punto 8 della determina dell'Autorità dei lavori pubblici n.1 del 12.01.2010 (All 3) richiamata nel provvedimento emerge la manifesta violazione della lettera e della indicazione specifica ivi contenuta.

Il provvedimento impugnato, dunque, ed ogni altro atto allo stesso preordinato, connesso e/o consequenziale è illegittimo e da annullare per i seguenti motivi di

#### DIRITTO

**I) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 38 LETT. F DEL D.Lgs. 163/2006. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 3 L. 241/90. Omessa motivazione. ERRONEA VALUTAZIONE DEI PRESUPPOSTI. MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA- CONTRADDITTORIETA' MANIFESTA - SPROPORZIONE -**

La ricorrente ha svolto fino a qualche giorno fa il servizio di smaltimento dei rifiuti del Comune di Marigliano in forza di una precedente procedura negoziata.

Detta procedura prevedeva originariamente l'affidamento del servizio per mesi quattro, affidamento che è stato successivamente prorogato a vantaggio della ricorrente, in forza di numerose determinazioni, l'ultima delle quali è datata 5 luglio 2011 (determinazione n.85).

Ma, ancora di recente, con nota prot. 4465 del 21.02.2011 (all. 4) il Comune resistente comunicava alla ricorrente che con determinazione n. 01 del 27.01.2011 e n. 13 del 11.02.2011 veniva alla stessa prorogato il servizio di gestione rifiuti.

Con nota prot. 15982 del 20.06.2011 (All.5) il Comune invitava la ricorrente a produrre documentazione per la stipula di **un nuovo contratto** di cui alla nota prot. 12555 del 16.06.2011.

Dunque l'amministrazione ha mostrato, fino ad oggi, di conservare intatto "l'elemento fiduciario nei confronti dell'impresa" ricorrente (cfr

parere Autorità Vigilanza n. 01 del 12 Gennaio 2010, punto 8, pag. 15, - All.4-)

E' utile fin da subito precisare, che mai, nel corso della (lunga) gestione del servizio è stato mosso alla ricorrente alcun addebito e/o contestazione nè sono stati sollevate questioni in ordine alla sua moralità e/o sulla correttezza nello svolgimento del servizio.

Inopinatamente, invece, all'esito della procedura di gara per l'affidamento del servizio per anni sette, il Comune ha ritenuto di adottare il provvedimento di esclusione impugnato con il quale, senza nulla esplicitare in proposito, ha irragionevolmente ritenuto che il reato contravvenzionale, accertato in capo alla ricorrente concreti le previsioni di cui all'art. 38 lett.f del D. Lgvo 163/2006.

**La discrezionalità pur riconosciuta all'Amministrazione è stata esercitata in maniera illogica, irrazionale, incongrua, sproporzionata e manifestamente contraddittoria.**

L'Amministrazione, invero si è evidentemente riferita, richiamando *per relationem* due soli atti esterni (il parere dell'avv. Soprano e il punto 8 della determinazione dell'Autorità di Vigilanza n. 1/2010) alla sentenza resa dal giudice monocratico di Benevento n. 141/10 (all 6) del 5.7.2010 con la quale uno degli amministratori della società ricorrente (sig. Abagnale Andrea) è stato condannato ad euro 800 di ammenda (sic!).

In maniera inopinata e contraddittoria, e violando proprio gli atti richiamati (parere legale e Determina A.V.) la stazione appaltante ha ritenuto che costituisse un ostacolo all'aggiudicazione della gara la condanna in parola, sottacendo, d'altra parte, che la medesima condanna non rappresenti invece alcun ostacolo alla stipula del contratto per identiche prestazioni.

Basti leggere la comunicazione prot. 18461 del 13.07.2011 (all.7) il Comune ha di nuovo invitato la società a sottoscrivere il contratto per le attività di servizio in essere all'11 luglio 2011.

Ora, in virtù dell'articolo 38, comma 1, lettera f), del D. Lgs. n. 163 del 2006 "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né 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, nel precludere la partecipazione alle gare d'appalto e alla stipula dei relativi contratti, alle imprese che si sono rese responsabili di gravi inadempienze nell'esecuzione di precedenti contratti (denotando ciò un'inidoneità "tecnico-morale" a contrarre con la P.A.), fissa il duplice principio: la accertata sussistenza di "gravi" situazioni ostative, e che il provvedimento di esclusione sia motivato congruamente (Consiglio di Stato, V, 27 gennaio 2010 n. 296).

Dunque, per procedere alla esclusione in forza della norma citata è necessario che la situazione presupposta sia effettivamente grave, ovvero tale da denotare una effettiva e sostanziale inidoneità della ditta a svolgere il servizio e che l'Amministrazione, in seguito ad una sua autonoma valutazione, fornisca un'adeguata prova del suo inadempimento.

Tali accertamenti e valutazioni devono essere trasfusi integralmente nella motivazione del provvedimento il cui precipuo contenuto deve riguardare proprio la sussistenza del "grave inadempimento" ovvero, spiegando perchè esso sia tale, e la sua rilevanza sul piano del venire meno dell'affidabilità dell'impresa nei confronti della Amministrazione.

Dunque, ai fini della sussunzione nell'ipotesi prevista dall'articolo 38 comma 1 lettera f) del codice dei contratti pubblici, la norma

Studio Legale Avv. Flavio Di Giuseppe

Via Kennedy II Trav.sa 81051 Pietramelara (CE) tel/fax 0823 986998

mail flavio.digiuseppe@libero.it - CF DGS FLV 74 S 24 F 839R -

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 attività professionale.

La gravità deve essere pertanto effettiva e idonea ad influire sull'interesse (pubblico) dell'Amministrazione a stipulare un nuovo contratto con l'impresa privata. (in tal senso **C.d.S sez. V n.409 del 21/01/2011**).

Ne consegue che la affermazione della generica negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali è di per se inidonea ai fini dell'applicazione della norma, che richiede alternativamente sempre **gravi situazioni di addebito** (grave negligenza, malafede o grave errore) che vanno sempre commisurate al pregiudizio arrecato alla fiducia e all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre, *ex ante*, nell'impresa cui decide di affidare l'esecuzione di un nuovo rapporto contrattuale.

Ora, nel caso di specie, la grave negligenza viene evidentemente ricollegata *sic et simpliciter*, senza svolgere alcuna valutazione amministrativa di merito, (di cui comunque non v'è traccia nell'atto gravato), alla sola sussistenza della sentenza del giudice penale monocratico di Benevento che condanna uno degli amministratori della società ad euro 800 di ammenda perché questo, - ancorché non direttamente responsabile di un reato bensì per una "*responsabilità oggettiva*" - è incorso nella contravvenzione di cui all'art 6 comma 1 lett. b) e C del D.L. 172/08; l'addebito penale è infatti relativo alla perdita di percolato da uno dei mezzi della ditta occorso il **11.05.2009**, durante il periodo di piena emergenza rifiuti in Campania.

Orbene, è noto a tutti che in quel momento storico (11.05.2009) tutti i mezzi - di tutte le aziende operanti nel settore - venivano sottoposti a tale inevitabile rischio.

Invero, le lunghe attese (anche per cinque o sei giorni consecutivi) alle discariche, facevano sì che il rifiuto umido collocato sul mezzo stanziasse per un numero di ore di **gran lunga maggiore rispetto a quello ordinariamente previsto per il trasporto del rifiuto dal punto di raccolta fino alla discarica** (tempi stimati nell'ordine di circa 2 o tre ore).

Dunque **tutti i mezzi** (di tutte le aziende) - di per se idonei ad evitare anche le piccole fuoriuscite di percolato per il normale trasporto del rifiuto umido alla discarica (si ripete per un tempo di percorrenza di due o tre ore) erano inevitabilmente esposti a subire piccole perdite nelle situazioni estreme indotte dalla crisi emergenziale.

Basti solo considerare che, notoriamente, il naturale sedimento del rifiuto umido (percolato) ha una crescita esponenziale (di circa il 300%) quando la frazione di rifiuto giace per più di 24 ore.

La situazione è pertanto bene immaginabile, allorquando, come nel caso che ci occupa, il rifiuto umido era in sedimentazione per ben 120 - 140 ore consecutive sullo stesso mezzo prima di potere essere conferito in discarica.

Appare perciò evidente che nessuna grave negligenza è imputabile alla ditta ricorrente, nè essa può essere direttamente o indirettamente collegabile, all'ipotesi di cui alla sentenza.

D'altro canto, di tanto, ne è convinta la stessa P.A. del Comune di Marigliano che, anche dopo il provvedimento di esclusione dalla gara, ha ritenuto (in ragione della ineccepibilità del servizio per diversi anni senza alcuna contestazione) pienamente **affidabile** l'azienda ricorrente invitandola addirittura a sottoscrivere il contratto per il periodo **fino all'11.07.2011.**

E, ciò trova ulteriore conferma nel fatto che con il Comune di Marigliano la ricorrente ha operato in forza di **svariati provvedimenti** di proroga disposti evidentemente perché l'Amministrazione riteneva l'azienda pienamente affidabile sotto :

tutti i profili e tanto è sempre risultato ad ogni diversa ricognizione eseguita in tempi diversi all'adozione degli atti di affidamento fino a tutt'oggi.

Ne', giova ripetere, in tutto il periodo è mai stata avanzata alla ricorrente alcuna contestazione sulla qualità e correttezza nello svolgimento del servizio.

**2) VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA' E ADEGUATEZZA - MANCATA VALUTAZIONE DELLA GRAVITA' DELL'ADDEBITO CARENZA DI MOTIVAZIONE - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PARERE AVV. SOPRANO - DELLA DETERMINAZIONE AA.VV. LL.PP. n. 01 del 12 gennaio 2010 (punto 8) - Manifesta illogicità, irrazionalità - errore sui fatti.**

Nel caso di cui alla presente controversia trova certamente margine di applicazione il principio generale di proporzionalità che, come è noto, costituisce linea guida immanente nell'ordinamento, e si attaglia particolarmente alla materia delle irrogazione di sanzioni (Cons. Stato, IV, 22.3.2005, n. 1195): in base ad esso la Pubblica Amministrazione deve adottare la soluzione idonea, coerente ed adeguata, *rispetto alla gravità del fatto*, e comunque orientandosi per quella comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti; essa si risolve, in buona sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità non possono imporre obblighi e restrizioni in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse, per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, VI, 6.3.2007, n. 1736). (cfr TAR CAMPANIA NAPOLI Sent. SEZ V 3727/2009).

La soluzione di escludere la ditta ricorrente dalla gara, prescelta nell'esercizio della discrezionalità spettante alla Stazione Appaltante, per una sola contravvenzione, (rilevata peraltro nel contesto emergenziale sopra descritto) in assenza di qualsiasi altra contestazione (nel corso di un lungo rapporto con la stessa



Stazione appaltante) viola la legge citata e la stessa Determina dell'Autorità di vigilanza n. 01/2010 che, segnatamente, al punto 8 (pag. 15) così si esprime: .. *"la clausola di esclusione si pone l'obiettivo di salvaguardare l'elemento fiduciario che deve necessariamente essere presente nei confronti dell'impresa e che è stato evidentemente compromesso in presenza di un giudizio formulato dalla stessa stazione appaltante circa la grave negligenza commessa dall'aspirante partecipante, con la conseguenza dell'illegittimità dell'esclusione disposta sulla base di vicende delle quali sia obiettivamente verificabile la modesta lesività...].* In ogni caso, *"la valutazione fatta dalla stazione appaltante del comportamento tenuto dall'impresa attiene indistintamente a tutta la precedente attività professionale dell'impresa, in quanto elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale ed ininfluenza sull'idoneità dell'impresa a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico che la stazione appaltante persegue"* (cfr Determina n. 1 /2010 pag 16).

Non è dato comprendere, allora come la stessa Amministrazione che ben conosce - da anni - la ditta ricorrente, e ne conosce l'ottima qualità del servizio svolto, la sua correttezza, la sua perfetta idoneità, comprovata dalle stesse determinazioni con le quali le ha fino ad oggi prorogato l'affidamento (addirittura fino a tutto il corrente mese di luglio 2011), possa sostenere, che la ricorrente sia incorsa nella "perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale ed ininfluenza sull'idoneità dell'impresa a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico che la stazione appaltante persegue"

La soluzione di escluderla dalla gara è pertanto manifestamente irragionevole e sproporzionata perchè non agganciata ad una reale ipotesi di "gravità" prescritta dalla norma, che, per altro verso, la stessa Amministrazione ha dichiaratamente disconosciuto avendo

invitato (ancora dopo l'atto impugnato) la ricorrente a svolgere il servizio.

Il provvedimento è dunque illogico e manca dell'indispensabile "accertamento obiettivo, basato su elementi concreti, oggettivi e ragionevoli" (cfr Determina n. 01/2010 pag. 15) così che esso viola l'art 38 cit. che impone che la gravità dell'inadempimento venga prudentemente e puntualmente verificata dalla stessa Amministrazione in una chiave oggettiva, all'esito dell'autonomo (e motivato) accertamento operato in sede amministrativa.

La violazione addebitata posta in relazione all'intero svolgimento del servizio doveva condurre inevitabilmente ad un giudizio di modesta lesività soprattutto in ragione della mancanza di incidenza causale sul futuro contratto, ossia valutando - *ex ante* - in ordine alla possibilità della sua incidenza sullo svolgimento delle future prestazioni contrattuali e ciò, tanto in termini *quantitativi* quanto *qualitativi*, nonchè tenendo conto di tutte le condotte effettivamente tenute in precedenza, in costanza di rapporto contrattuale.

Ciò ai fini della effettiva valutazione soggettiva dell'impresa ricorrente da esternare nel giudizio (ampiamente motivato) circa la permanenza del rapporto fiduciario.

Trattasi invero di un "*giudizio, non già sull'atto, bensì sul rapporto*" (cfr in termini di grave inadempimento Suprema Corte di Cassazione sentenza n.3954/08).

Pertanto il provvedimento in parola poteva essere legittimamente adottato solo a seguito di un procedimento che assicurasse il contraddittorio dell'interessato e la effettiva valutazione da parte dell'Autorità in ordine alla incidenza del presupposto sulla fiducia verso l'impresa.

Dunque, la valutazione che la norma richiede andava - prima - effettivamente compiuta, nell'esercizio della discrezionalità amministrativa da parte della stazione appaltante ed essa doveva

svolgersi secondo i predetti canoni (anche quello di proporzionalità) e quelli enunciati dalla Suprema Corte di Cassazione (sentenza n.3954/08 cit. e Cass. 28 marzo 1997, n. 2799, *Rep. Foro It.*, 1997 [1740], n. 510 che in tema di grave inadempimento ha affermato: *«occorre un'indagine globale o unitaria coinvolgente nell'insieme il comportamento di ciascuna delle parti, anche con riguardo alla durata del protrarsi degli effetti dell'inadempimento, in quanto l'unitarietà del rapporto obbligatorio cui ineriscono tutte le prestazioni inadempite, non tollera una valutazione frammentaria e settoriale del comportamento del contraente, ma esige un apprezzamento complessivo. nel contesto di un contratto di appalto pubblico, era stata attribuita rilevanza assorbente, ai fini della risoluzione, al precedente grave inadempimento del committente .. senza tuttavia adeguata motivazione intorno alle ragioni per le quali l'amministrazione committente si doleva delle inadempienze dell'appaltatore»* (conf., *id.*, 29 settembre 1994, n. 7937, Trib. Roma 22 gennaio 2003).

In altri termini perchè la ratio dell'esclusione stabilita dall'art. 38 lett. f) del d. lgs. n. 163 del 2006 poggia sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione fin dal momento genetico ( cfr. Cons. St. Sez. V, 16 agosto 2010 n. 5725, Sez. VI, 28 luglio 2010, n. 5029, 27 gennaio 2010 n. 296) in presenza di rapporti contrattuali ancora in essere con la stessa stazione appaltante occorre una più rigorosa ricognizione sulla gravità del fatto, e una "valutazione prognostica sull'inidoneità del soggetto interessato a divenire ulteriormente contraente dell'Amministrazione e, in ultima analisi, alla tutela dell'interesse pubblico della stazione appaltante a selezione solo imprese dotati di specifici requisiti di affidabilità."

Dunque, nell'ambito del controllo di legittimità il Giudice Amministrativo adito dovrà anche "accedere al fatto" per verificare, e ciò anche all'esito di un controllo estrinseco e formale, se la

discrezionalità dell'Amministrazione sia stata correttamente e legittimamente esercitata secondo i criteri di logicità e correttezza e se la scelta compiuta, non sia invece, illogica e irrazionale, proprio in ragione del mantenimento (fino ad oggi) di rapporti contrattuali con la ricorrente, per le stesse prestazioni.

**III - DIFETTO DI MOTIVAZIONE - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE Art. 3 L. 241/90 - CONTRADDITTORIETA' - MANIFESTA ILLOGICITA' ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA VALUTAZIONE DEI FATTI - TRAVISAMENTO -**

La logicità estrinseca dell'esercizio del potere amministrativo si desume, sintomaticamente, dalla motivazione dei provvedimenti, ossia dalle ragioni poste a base della scelta operata dall'amministrazione. Al contenuto motivazionale del provvedimento, il legislatore ha affidato il compito di attuare il principio della trasparenza, quale strumento di conoscenza della dinamica dell'attuazione del potere amministrativo, al fine di renderne conoscibile l'operato.

Orbene, nel caso di specie, dalla lettura della pseudo - motivazione della determinazione di esclusione impugnata, emerge in tutta evidenza l'assoluta assenza e genericità delle ragioni neppure compiutamente addotte dal Comune.

Essa si limita a rinviare, senza altro aggiungere, ad un parere legale dell'avv. Soprano (il quale anch'esso si limita ad un *richiamo generico* della nozione del potere discrezionale in materia) e alla determina n. 1/2010 (punto 8) dell'Autorità di Vigilanza che, ad attenta lettura, offre, invece, come esposto in precedenza, la piena conferma della illegittimità dell'atto impugnato.

Ne consegue la manifesta illogicità delle pleonastiche affermazioni ivi addotte **evidenziando che la motivazione postula un contenuto "minimo" secondo il riferimento contenutisticamente inteso dal**

Studio Legale Avv. Flavio Di Giuseppe

Via Kennedy II Trav.sa 81051 Pietramelara (CE) tel/fax 0823 986998

mail flavio.digiuseppe@libero.it - CF DGS FLV 74 S 24 F 839R -

**legislatore perchè centro dell'agere dell'amministrazione come autorità ( cfr Corte Cost. n. 204/2004 ).**

Ad onor del vero, la motivazione dell'atto gravato, oltre ad essere gravemente scarna e insufficiente è anche palesemente **irrazionale** in presenza di atti della stessa Amministrazione che confermano il **mantenimento della fiducia** in capo alla ricorrente

L'atto si pone perciò in palese contrasto, con i comportamenti anche successivamente adottati dalla P.A che per un verso ritiene l'azienda, **unica partecipante alla gara di affidamento del servizio**, non idonea per l'affidamento della gara (in ragione del venir meno del rapporto fiduciario) e dall'altra la ritiene idonea **finanche per l'affidamento diretto** a mezzo proroga (cfr comunicazione prot. 18461 del 13.07.2011).

Altrettanto sussistente è il lamentato vizio di difetto di motivazione, sotto il profilo dell'assenza di ogni chiarimento e valutazione sul come la richiamata sentenza del Tribunale di Benevento possa incidere sull'affidabilità dell'Azienda.

Il provvedimento impugnato, quindi, non evidenzia in alcun modo le ragioni che ostacolano l'aggiudicazione della gara mentre, a mente proprio del parere dell'Autorità di Vigilanza n. 1 /2010 (punto 8) esso **"richiede una adeguata motivazione in punto di fatto e di diritto, a seguito di un accertamento obiettivo, basato su elementi concreti, oggettivi e ragionevoli"**

Senza sottacere che l'universale insegnamento della giurisprudenza è cristallizzato nel ritenere *"come "costituisca ormai ius receptum .... che l'Amministrazione che decida di escludere una concorrente dall'ambito delle procedure in corso deve fornire inderogabilmente una congrua motivazione,"* (T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 30.2.2009 n. 307; Consiglio di Stato, Sez. VI, 3.5.2007 n. 1948, TAR Sicilia, Palermo Sez. I. n. 862 del 06.05.2011).

contenuto della motivazione, in quanto elemento e requisito fondamentale del provvedimento, la sua mancanza non può essere surrogata successivamente all'adozione dell'atto, poiché essa deve precederlo o essere formata contestualmente, comunque prima della proposizione del ricorso giurisdizionale. (cfr C. Stato, sez. V, 01-10-2001, n. 5187 *"esso va esaminato alla stregua delle sole ragioni poste a suo sostegno e in esso esplicitate"*)

**IV. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 7 L. 241/1990 - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA E LEGALITA' - INGIUSTIZIA MANIFESTA - DIFETTO DI ISTRUTTORIA**

Con la nota impugnata si è provveduto all'esclusione dell'impresa ricorrente in assenza della preventiva comunicazione ex art. 7 L. 241/90.

Nel caso che ci occupa rileva, *anche ai fini procedurali*, che la ditta ricorrente già opera presso il Comune di Marigliano (NA) con altri affidamenti contrattuali per le prestazioni di cui alla gara.

Ne consegue che la sua posizione consolidata meritava, ancora più rigorosamente, una preventiva apertura procedimentale *"al fine di raccoglierne il contributo istruttorio indispensabile per addivenire ad una compiuta disamina di quelli elementi di fatto e di diritto che risulteranno decisivi per la determinazione da assumere"* (Tar Veneto sez. II sent. n. 3421/2005)

Del resto avendo già contratto con la ricorrente il Comune era onerato specificamente dell'apertura della fase procedimentale preventiva perchè *"quando l'amministrazione intende procedere al riesame dell'affidamento di contratti pubblici, deve sempre adempiere alla prescrizione imposta dall'art. 7 della legge n. 241/1990, provvedendo alla comunicazione dell'avvio del procedimento"*

Come già innanzi chiarito, la ricorrente se avesse partecipato al relativo procedimento avrebbe potuto dimostrare l'assoluta irrilevanza, ai fini della formazione del nuovo contratto, della sentenza del giudice monocratico di Benevento e avrebbe per altro verso solo "ricordato" alla stazione appaltante l'assenza di altre contestazioni durante l'intero periodo di servizio svolto presso il medesimo Comune.

La ricorrente, attraverso la partecipazione al procedimento amministrativo, avrebbe dunque potuto fornire la prova dell'irrilevanza di tale pronuncia ai fini dell'applicazione, erronea, approssimata e frettolosa, dell'art. 38 lett-f del DLgs 163/2006 e della correttezza, reale capacità tecnica e professionale, della sua affidabilità a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico anche per "*il comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali*" (cfr parere Autorità di Vigilanza n. 1/2010 punto 8 pag 15)

#### **ISTANZA DI RISARCIMENTO DEI DANNI**

Per tutto quanto esposto si chiede sin d'ora il riconoscimento del risarcimento danni ai sensi dell'art. 30 c.p.a.

Le considerazioni che precedono dimostrano, in maniera assolutamente cristallina come l'amministrazione abbia tenuto un comportamento assolutamente contrastante con il principio di cui all'articolo 1337 del CC, che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede anche nell'attività precontrattuale.

L'osservanza di tale principio avrebbe, infatti, imposto all'amministrazione del Comune di assumere una condotta coerente e lineare con le altre sue determinazioni che confermano la piena fiducia nella ditta ricorrente per "*il comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali*" (cfr parere Autorità di Vigilanza n. 1/2010 punto 8 pag 15).

Studio Legale Avv. Flavio Di Giuseppe

Via Kennedy II Trav.sa 81051 Pietramelara (CE) tel/fax 0823 986998

mail flavio.digiuseppe@libero.it - CF DGS FLV 74 S 24 F 839R -

In un procedimento preordinato alla selezione della ditta da incaricarsi per la gestione del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti, i vizi denunciati con l'atto introduttivo ed il conseguente annullamento degli atti impugnati sono sufficienti a comprovare la ricorrenza di violazione grave e manifesta, sintomo dell'illecito civile della p.a. ex art. 2043 cod. civ..

Nella violazione delle regole fondamentali di imparzialità, logicità, correttezza e buona amministrazione, costituenti limiti all'agire amministrativo ancorchè esso fosse connotato da discrezionalità amministrativa, vi è colpa grave, ravvisabile nell'apprezzamento della documentata attività della ricorrente nel settore come del tutto irrilevante rispetto ad un episodio singolo e marginale, occorso per forza maggiore e pienamente giustificabile dalle circostanze esposte.

Inoltre il Comune ha confermato la piena fiducia alla ditta ricorrente con affidamenti in via diretta del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti anche successivamente alla esclusione dalla gara, "rinnegando" le illegittime conclusioni di "inaffidabilità" a base dell'atto impugnato.

Sussiste, pertanto, colpa grave costituente il presupposto della responsabilità ex art. 2043.

Nel contempo, non può dubitarsi dell'esito positivo del giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita a cui aspira la ditta ricorrente la quale sarebbe risultata vincitrice ove fosse stata correttamente applicata la legge in materia e i pareri citati dalla stessa amministrazione.

Sul *quantum* del risarcimento:

a titolo di risarcimento dei danni patrimoniali ingiusti, e non di *restitutio in integrum*, la ditta ricorrente ha diritto al compenso



Studio Legale Avv. Flavio Di Giuseppe

Via Kennedy II Trav.sa 81051 Pietramelara (CE) tel/fax 0823 986998

mail flavio.digiuseppe@libero.it - CF DGS FLV 74 S 24 F 839R -

sino al deposito della sentenza, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria come per legge. In subordine, il danno patrimoniale cagionato dall'illecito aquiliano andrà quantificato in via equitativa, in termini di definitiva perdita della chance.

Inoltre, alla fattispecie di responsabilità in cui è incorsa l'Amministrazione consegue pure la risarcibilità di danni non patrimoniali, sub specie di grave lesione dell'immagine e del prestigio professionale rinveniente dalla pubblicazione e divulgazione della candidatura e della successiva esclusione dal novero dei soggetti abilitati a contrarre.

Sulla somma calcolata come detto, da corrispondere per il titolo in parola, spettano, altresì, la rivalutazione monetaria secondo gli indici Istat fino al momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta; alla somma rivalutata; sulla stessa somma rivalutata gli interessi legali vanno invece calcolati esclusivamente dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo. Ne consegue che nel caso in esame l'amministrazione, per le modalità con le quali ha operato, è tenuta al risarcimento del danno in favore del ricorrente nella misura della diminuzione patrimoniale che è diretta conseguenza del proprio comportamento per avere violato l'obbligo di correttezza consistente per danno emergente nelle spese sopportate per l'approntamento della partecipazione alla gara e nella perdita di *chances* ovvero di occasioni di lavoro alternative, nelle misure sopra indicate ovvero nella misura del 10% dell'importo a base di gara, oltre che per il danno di immagine subito e tenuto anche conto del tempo decorso dalla partecipazione alla gara al momento della impugnata esclusione (gara dal novembre 2010 con scadenza del termine per le domande 15.12.2010 ed esclusione del 30.06.2011).

Il *fumus* si evince dai motivi di ricorso.

Quanto al *periculum in mora* si fa rilevare che l'illegittima esclusione priverebbe definitivamente la ricorrente dell'aggiudicazione con evidentissimi pregiudizi di natura patrimoniale, attesa anche l'importanza economica dell'appalto.

D'altronde, anche nell'ottica di un equo contemperamento degli interessi delle parti, va evidenziato che, come dimostrato dai motivi sopra esposti, oggettivamente non sussiste il benché minimo interesse pubblico sotteso ai provvedimenti impugnati, mentre di converso è relevantissimo l'interesse del ricorrente alla immediata sospensione della esclusione.

A ciò va aggiunto anche il danno connesso alle cospicue spese sostenute per la partecipazione alla gara e l'approntamento dei relativi progetti da parte della società deducente.

Non meno rilevante è il danno all'immagine che subirebbe il legale rappte. p.t. della ricorrente, che a fronte di un riconosciuto apprezzamento per l'attività professionale prestata in favore di numerosi comuni del meridione, si vede oggi, inopinatamente, tacciato di inaffidabilità.

Non meno trascurabile il danno derivante alla stessa Amministrazione del Comune di Marigliano conseguente all'inevitabile risarcimento dei danni in favore della ricorrente. Dunque la sospensione gioverebbe alla stessa Amministrazione la quale evidentemente sarebbe altrimenti chiamata a rispondere anche in altra sede dei propri atti.

L'evidente *fumus boni juris* potrebbe consigliare al Collegio l'adozione di una sentenza definitiva succintamente motivata all'esito della Camera di Consiglio.

Studio Legale Avv. Flavio Di Giuseppe

Via Kennedy II Trav.sa 81051 Pietramelara (CE) tel/fax 0823 986998

mail flavio.digiuseppe@libero.it - CF DGS FLV 74 S 24 F 839R -

### DICHIARAZIONE DI VALORE

Ai soli fini fiscali e in ottemperanza alle disposizioni sul contributo unificato ex lege 488/1999 come integrata dal DPR 115/2002 e succ. mod. di cui alla legge 15 luglio 2011 n. 111, si dichiara che il valore della presente controversia è indeterminabile e attiene alla materia di cui all'art. 119 del c.p.a. e il relativo contributo è pari a € 4.000,00.

P.Q.M.

Si conclude per l'accoglimento previa sospensiva del suesteso ricorso, con ogni conseguenza di legge.

Nola / Roma li 30.07.2011

Avv. Flavio Di Giuseppe

### ISTANZA DI NOTIFICA CON URGENZA

Ad istanza dell'Avv. Flavio Di Giuseppe si notifici con urgenza oggi ultimo giorno a:

- Comune di Marigliano (NA) in persona del Sindaco pro-tempore domiciliato per la carica nella sede della Casa Comunale in 80034 Marigliano (NA).

Nola, li 30.07.2011

Avv. Flavio Di Giuseppe

Relata di notifica

io sottoscritto Ufficiale Giudiziario addetto all'ufficio notifiche del Tribunale Di Nola ho notificato il presente atto, per legale scienza e ogni conseguenza di legge a:

- Comune di Marigliano (NA) in persona del Sindaco pro-tempore domiciliato per la carica nella sede della Casa Comunale in 80034 Marigliano (NA) ivi consegnandone una copia conforme recante firma su mandato e in calce a ricezione. TRIBUNALE DI NOLA addetto alla

Ufficio Unico Notifiche Esecuzioni e Protesti

Marigliano, li Ad istanza come in atto, io sottoscritto Assistente U.N.E.P., ho notificato il suesteso atto a:

Sig. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ N. BRISCA