

L'annullamento di un'aggiudicazione (e quindi di escussione della cauzione provvisoria) non è causa di esclusione di cui all'articolo 38, lett. f), prima parte, del d.lgs. n. 163 del 2006 ancorchè comporti, automaticamente, anche la risoluzione del rappo

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Ulteriore conseguenza è che, in sede di partecipazione alla gara indetta dal Comune di Castelvoturno, la ditta non era tenuta a dichiarare l'intervenuta decadenza dall'aggiudicazione presso il Comune di Gragnano e non ha perciò "reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara", non cadendo quindi nella preclusione di cui alla successiva lett. h) dello stesso art. 38, oltretutto riguardante le false dichiarazioni "risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio".

In tale contesto, è evidentemente impropria la dizione "quindi ritenere risolto il rapporto contrattuale sorto di conseguenza" che fa seguito alla declaratoria di decadenza, utilizzata nel provvedimento menzionato, stante la mancata instaurazione di alcun rapporto contrattuale conseguente alla gara di cui trattasi.

Con atto notificato il 23 ottobre 2008 e depositato il 31 seguente, la ricorrente, acquirente del ramo d'azienda di altra impresa. concorrente nella gara indetta dal Comune di Castelvoturno per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico dal 1° gennaio 2008 al 31 dicembre 2009, ha appellato la sentenza 1° luglio 2008 n. 6510 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, sezione prima, non notificata, con la quale è stato respinto il primo ricorso avverso l'aggiudicazione della stessa gara in favore della controinteressata e la mancata esclusione della medesima per non aver dichiarato di aver subito da parte del Comune di Gragnano una risoluzione contrattuale per grave inadempimento.

A sostegno dell'appello ha dedotto error in iudicando sull'unico motivo di ricorso, sostenendo che il TAR non abbia colto in pieno la proposta censura, secondo cui la ditta controinteressata ha dolosamente sottaciuto una circostanza che in ogni caso aveva l'obbligo di segnalare al Comune per la valutazione discrezionale circa la sussistenza dei requisiti di affidabilità professionale per la partecipazione alla gara. D'altra parte, in primo grado, la ditta aveva affermato di non aver conosciuto la deliberazione del Comune di Gragnano alla data della domanda per Castelvoturno, producendo un fax privo della data di ricezione,

ma la prima ricorrente ha documentato che tale data era di quattro giorni anteriore alla dichiarazione, sicché è certo che la controinteressata era consapevole del provvedimento incidente sulla sua professionalità e del conseguente obbligo di dichiarare la circostanza. L'omissione configura l'ipotesi di esclusione ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, lett. f), g) ed h).

Qual è il parere dei giudici di appello del Consiglio di Stato?

Ciò posto, la Sezione ritiene di poter prescindere dalla trattazione delle eccezioni in rito sollevate dagli appellati, dal momento che il medesimo appello si presenta chiaramente infondato nel merito.

Dall'appellata sentenza si evince che il primo giudice ha inteso pienamente il contenuto della proposta censura; e giustamente l'ha disattesa.

Ed infatti il provvedimento dirigenziale 15 novembre 2007 n. 267 del Comune di Gragnano si colloca in una fase anteriore all'affidamento dell'appalto del servizio di scuolabus; più precisamente, attiene ad una fase ancora interna alla procedura ad evidenza pubblica, consistendo nella dichiarazione di decadenza dell'aggiudicazione, non già nella risoluzione di rapporto contrattuale già instaurato.

Ne è prova evidente il fatto che con lo stesso provvedimento sia stata disposta la convocazione della commissione di gara per la valutazione dell'offerta della seconda classificata, ossia la continuazione della stessa gara che in un primo tempo aveva visto come aggiudicataria la ditta BETA.

Non ha invero rilievo - e peraltro neppure è dedotto - che quest'ultima sia stata affidataria provvisoria del servizio dal 1° ottobre al 15 novembre 2007, nelle more della stipulazione del contratto, atteso che la causa della dichiarata decadenza non deriva da eventuali inadempimenti nel predetto periodo, bensì dalla violazione dell'art. 11 del capitolato speciale d'appalto, ossia dall'inosservanza della lex specialis della gara relativa agli anni scolastico 2007-08 e 2008-09, nonché tenuto conto che lo svolgimento dello stesso servizio per il ripetuto, limitato periodo non è avvenuto in esecuzione anticipata dell'appalto ma, come detto, a seguito di distinto, temporaneo affidamento.

In tale contesto, è evidentemente impropria la dizione "quindi ritenere risolto il rapporto contrattuale sorto di conseguenza" che fa seguito alla declaratoria di decadenza, utilizzata nel provvedimento menzionato, stante la mancata instaurazione di alcun rapporto contrattuale conseguente alla gara di cui trattasi.

Ne deriva che non è configurabile nei riguardi della ditta controinteressata la preclusione di cui all'art. 38, lett. f), prima parte, del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica coloro "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", giacché non vi era esecuzione di prestazioni affidata a seguito della gara; e per la stessa ragione neppure quella di cui alla seconda parte della stessa lettera, riguardante coloro che "hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante", oltretutto in quanto l'inosservanza della prescrizione di capitolato esula dall'attività propriamente professionale (di imprenditore: nella specie, erogatore del servizio di trasporto), concernendo piuttosto l'attività del soggetto in qualità di concorrente.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 6331 del 15 ottobre 2009, emessa dal Consiglio di Stato

N. 06331/2009 REG.DEC.

N. 08376/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale

Sezione Quinta

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 8376 del 2008, proposto da:
ALFA Service s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso
***** in Roma, via Ovidio n. 10;

contro

Comune di Castelvoturno, rappresentato e difeso dall'avv. *****
***** in Roma, corso V.Emanuele II n.18;

nei confronti di

BETA s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. ***** e *****
lo studio ***** in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

per la riforma

della sentenza 1° luglio 2008 n. 6510 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, sezione prima, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA TRASPORTO SCOLASTICO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2009 il cons. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con atto notificato il 23 ottobre 2008 e depositato il 31 seguente, la ALFA Service s.r.l., acquirente del ramo d'azienda della ALFA due s.r.l. concorrente nella gara indetta dal Comune di Castelvoturno per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico dal 1° gennaio 2008 al 31 dicembre 2009, ha appellato la sentenza 1° luglio 2008 n. 6510 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, sezione prima, non notificata, con la quale è stato respinto il ricorso della ALFA due avverso l'aggiudicazione della stessa gara in favore della BETA s.r.l. e la mancata esclusione della medesima per

non aver dichiarato di aver subito da parte del Comune di Gragnano una risoluzione contrattuale per grave inadempimento.

A sostegno dell'appello ha dedotto error in iudicando sull'unico motivo di ricorso, sostenendo che il TAR non abbia colto in pieno la proposta censura, secondo cui la ditta BETA ha dolosamente sottaciuto una circostanza che in ogni caso aveva l'obbligo di segnalare al Comune per la valutazione discrezionale circa la sussistenza dei requisiti di affidabilità professionale per la partecipazione alla gara. D'altra parte, in primo grado, la ditta aveva affermato di non aver conosciuto la deliberazione del Comune di Gragnano alla data della domanda per Castelvoturno, producendo un fax privo della data di ricezione, ma la ALFA due ha documentato che tale data era di quattro giorni anteriore alla dichiarazione, sicché è certo che la controparte era consapevole del provvedimento incidente sulla sua professionalità e del conseguente obbligo di dichiarare la circostanza. L'omissione configura l'ipotesi di esclusione ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, lett. f), g) ed h).

In data 18 novembre 2008 la società BETA si è costituita in giudizio e, anche con memoria del 17 giugno 2009, eccepita l'inammissibilità dell'appello per assenza di censure circa le statuizioni della sentenza appellata, nonché per impossibilità da parte della ALFA Service di conseguire alcun vantaggio, ossia l'aggiudicazione di una gara alla quale aveva partecipato la ALFA due, ha svolto controdeduzioni nel merito.

In data 24 novembre 2008 anche il Comune di Castelvoturno si è costituito in giudizio ed ha pur esso eccepito l'inammissibilità dell'appello per difetto di legittimazione attiva, nonché la sua infondatezza. Tanto ha ribadito con memoria del 12 giugno 2009.

All'odierna udienza pubblica l'appello è stato introitato in decisione.

Ciò posto, la Sezione ritiene di poter prescindere dalla trattazione delle eccezioni in rito sollevate dagli appellati, dal momento che il medesimo appello si presenta chiaramente infondato nel merito.

Dall'appellata sentenza si evince che il primo giudice ha inteso pienamente il contenuto della proposta censura; e giustamente l'ha disattesa.

Ed infatti il provvedimento dirigenziale 15 novembre 2007 n. 267 del Comune di Gragnano si colloca in una fase anteriore all'affidamento dell'appalto del servizio di scuolabus; più precisamente, attiene ad una fase ancora interna alla procedura ad evidenza pubblica, consistendo nella dichiarazione di decadenza dell'aggiudicazione, non già nella risoluzione di rapporto contrattuale già instaurato.

Ne è prova evidente il fatto che con lo stesso provvedimento sia stata disposta la convocazione della commissione di gara per la valutazione dell'offerta della seconda classificata, ossia la continuazione della stessa gara che in un primo tempo aveva visto come aggiudicataria la ditta BETA.

Non ha invero rilievo - e peraltro neppure è dedotto - che quest'ultima sia stata affidataria provvisoria del servizio dal 1° ottobre al 15 novembre 2007, nelle more della stipulazione del contratto, atteso che la causa della dichiarata decadenza non deriva da eventuali inadempimenti nel predetto periodo, bensì dalla violazione dell'art. 11 del capitolato speciale d'appalto, ossia dall'inosservanza della lex specialis della gara relativa agli anni scolastico 2007-08 e 2008-09, nonché tenuto conto che lo svolgimento dello stesso servizio per il ripetuto, limitato periodo non è avvenuto in esecuzione anticipata dell'appalto ma, come detto, a seguito di distinto, temporaneo affidamento.

In tale contesto, è evidentemente impropria la dizione "quindi ritenere risolto il rapporto contrattuale sorto di conseguenza" che fa seguito alla declaratoria di decadenza, utilizzata nel provvedimento menzionato, stante la mancata instaurazione di alcun rapporto contrattuale conseguente alla gara di cui trattasi.

Ne deriva che non è configurabile nei riguardi della ditta BETA la preclusione di cui all'art. 38, lett. f), prima parte, del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica coloro "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", giacché non vi era esecuzione di prestazioni affidata a seguito della gara; e per la stessa ragione neppure quella di cui alla seconda parte della stessa lettera, riguardante coloro che "hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante", oltretutto in quanto l'inosservanza della prescrizione di capitolato esula dall'attività propriamente professionale (di imprenditore: nella specie, erogatore del servizio di trasporto), concernendo piuttosto l'attività del soggetto in qualità di concorrente.

Ulteriore conseguenza è che, in sede di partecipazione alla gara indetta dal Comune di Castelvoturno, la ditta BETA non era tenuta a dichiarare l'intervenuta decadenza dall'aggiudicazione presso il Comune di Gragnano e non ha perciò "reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara", non cadendo quindi nella preclusione di cui alla successiva lett. h) dello stesso art. 38, oltretutto riguardante le false dichiarazioni "risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio".

Infine, è inconferente il richiamo alla precedente lett. g), giacché tale norma concerne la violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, di cui non si fa cenno nel caso in esame.

In conclusione, l'appello dev'essere respinto. Come di regola, le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello in epigrafe.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del grado che liquida in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00), di cui € 2.000,00 (duemila/00) in favore del Comune di Castelvoturno ed € 2.000,00 (duemila/00) in favore della BETA s.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

***** , Presidente

***** , Consigliere

***** , Consigliere

***** , Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/10/2009

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

Il Direttore della Sezione

<https://www.diritto.it/l-annullamento-di-un-aggiudicazione-e-quindi-di-escussione-della-cauzione-provvisori-a-non-e-causa-di-esclusione-di-cui-all-articolo-38-lett-f-prima-parte-del-d-lgs-n-163-del-2006-ancorche-com/>