

Applicazione dell'art. . 38, comma 1, lett. f) del codice dei contratti: il provvedimento di esclusione può essere sindacato dal giudice amministrativo per vizi di legittimità propri

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Nel caso di specie, il Collegio ritiene che vi siano numerosi indici sintomatici tali da denotare un uso distorto del potere.

in relazione alla causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. f): a) non è necessario che il comportamento di grave negligenza o mala fede sia accertato in sede giurisdizionale, essendo sufficiente la valutazione che la stessa amministrazione abbia fatto in sede amministrativa del comportamento tenuto in precedenti rapporti contrattuali dal soggetto; b) la norma non ha carattere sanzionatorio, ma contempla una misura a presidio dell'elemento fiduciario, che esclude di per sé qualsiasi automatismo, perché l'esclusione deve essere il risultato di una "motivata valutazione"; la motivazione, tuttavia, può essere costituita dal riferimento all'episodio contestato, in base ad un'attività di mero riscontro della fattispecie concreta con quella astratta (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, n. 296/2010).

Tale principi, condivisi dal Collegio e ripetutamente applicati in sede giurisprudenziale, non escludono, tuttavia, che il provvedimento di esclusione possa essere sindacato dal giudice amministrativo per vizi di legittimità propri, senza che questo implichi un accertamento diretto della ricorrenza di fattispecie di grave negligenze e, quindi, senza che possa ipotizzarsi alcuna invasione nella giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative all'esecuzione del rapporto.

Inoltre, anche condividendo l'impostazione secondo cui l'esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) non

ha carattere sanzionatorio ma si fonda semplicemente sul venir meno del rapporto fiduciario determinato dall'inadempimento grave di precedenti rapporti contrattuali, non può escludersi che il giudice amministrativo sia chiamato a verificare, al fine di scrutinare l'eventuale ricorrenza di ipotesi di eccesso di potere, se effettivamente, nella situazione concreta, alla base del provvedimento, vi siano fatti idonei giustificare il venir meno della fiducia o se, al contrario, ricorrano elementi sintomatici tali da denotare un esercizio del potere per finalità diverse da quelle prese in considerazione dalla norma attributiva.

5.3. Nel caso di specie, il Collegio ritiene che vi siano numerosi indici sintomatici tali da denotare un uso distorto del potere.

L'assunto su cui si fonda il provvedimento impugnato, secondo cui a seguito dei contestati inadempimenti sarebbe irreversibilmente venuto meno il rapporto fiduciario, risulta smentito da una serie di elementi.

5.4.1. In primo luogo, Trenitalia, pur richiamando inadempimento risalenti all'anno 2006, ha stipulato nel luglio 2007, con RICORRENTE un nuovo contratto applicativo dell'accordo quadro; inoltre, con le note 31 luglio 2008, 30 ottobre 2008, 6 febbraio 2009 Trenitalia ha prorogato il contratto già scaduto, senza fare alcun riferimento a pregresse inadempienze, e lo ha fatto pur avendo già ricevuto il rapporto di SGS (risalente al 15.4.2008)..

5.4.2. Inoltre Trenitalia nella fase di prequalifica della gara ha ritenuto sussistenti i requisiti di partecipazione, ivi compreso quello di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), atteso che, altrimenti, non avrebbe dovuto ammettere RICORRENTE al proseguo della procedura. Ancora in quel momento, quindi, i fatti sulla cui base è stato poi adottato il provvedimento impugnato, pur essendo già noti a Trenitalia, non sono stati ritenuti di gravità tale da menomare il rapporto fiduciario con l'impresa appellante.

5.4.3. Questo quadro, già di per sé in grado di rivelare una forte contraddittorietà nel comportamento di Trenitalia e di menomare, di conseguenza, la motivazione del provvedimento impugnato, è poi

ulteriormente aggravato dalle conclusioni rese dal CTU in ordine alle modalità di accertamento della grave negligenza da parte di SGS.

Il CTU ha infatti evidenziato che le: a) verifiche effettuate da SGS non si sono svolte con modalità tali da assicurare il rispetto del principio del contraddittorio (pur riconoscendo che SGS sia un soggetto terzo e che non vi sono elementi per ritenere che abbia operato in assenza del requisito di imparzialità); b) le verifiche effettuate da SGS in relazione alla qualità del servizio di pulizia del materiale rotabile presentano incoerenze, in termini di periodo di tempo in cui si sono svolte le verifiche, criteri di campionamento utilizzati, numero dei treni controllati e aspetto del servizio oggetto di verifica. Di conseguenza, conclude il CTU, le verifiche effettuate da SGS, pur tecnicamente in astratto valide, non possono essere ritenute coerenti e attendibili se riguardate rispetto alle previsioni contenute nel CTO; c) la verifica commissionata da Trenitalia a SGS, relativa al periodo gennaio-febbraio 2008, non ha rilevato uno scostamento percentuale della qualità mancante mensile superiore al 20% per più di tre volte nel corso dell'appalto; bensì ha accertato - peraltro in modo incoerente rispetto a quanto previsto dal CTO e, dunque tecnicamente inattendibile - uno scostamento di qualità mancante superiore al 20% per il solo periodo (circa un mese) rispetto al quale è stata condotta la verifica.

E' vero, come sostiene Trenitalia, che il provvedimento impugnato non si fondava esclusivamente sul rapporto di SGS (ma anche sulle "innumerevoli contestazioni penali e detrazioni": ciò nonostante, tuttavia, i vizi che inficiano il rapporto di SGS (che comunque viene indicato come elemento della motivazione del provvedimento di esclusione), unitamente alle contraddittorietà sopra riscontrare relative al comportamento di Trenitalia, fanno emergere numerosi indici sintomatici di eccesso di potere, alla stregua dei quali creando il ragionevole dubbio che il provvedimento impugnato sia in realtà motivato da ragioni diverse rispetto alla carenza dell'elemento fiduciario.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 5030 del 28 luglio 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 05030/2010 REG.DEC.

N. 08926/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 8926 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
*****, rappresentata e difeso dagli avv. *****, con
domicilio eletto presso ***** in Roma, via Paolo Emilio 7;

contro

Trenitalia Spa, rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso
***** in Roma, corso Vittorio Emanuele II,349;

nei confronti di

Controinteressata Service Società Consortile, rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio
eletto presso ***** in Roma, viale Parioli, 180; Controinteressata due Group Italia Spa Già
Controinteressata due Spa, rappresentato e difeso dagli avv. *****,
*****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via di Villa Albani,12;
Controinteressata tre Spa; Controinteressata quattro Srl, rappresentato e difeso dagli avv. *****,
*****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Portuense N. 104;
Consorzio Nazionale Cooperative Controinteressata cinque, rappresentato e difeso dall'avv. *****,
con domicilio eletto presso ***** in Roma, V. L. Boccherini,3 Roma;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 11649/2009, della dispositivo di sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III TER n. 00294/2009, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 11649/2009, della dispositivo di sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III TER n. 00294/2009, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 11649/2009, della dispositivo di sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III TER n. 00294/2009, resa tra le parti, concernente della dispositivo di sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III TER n. 00294/2009, resa tra le parti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Trenitalia Spa e di Controinteressata Service Società Consortile e di Controinteressata due Group Italia Spa Già Controinteressata due Spa e di Controinteressata quattro Srl e di Consorzio Nazionale Cooperative Controinteressata cinque;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

2. La sentenza di primo grado ha respinto il ricorso proposto da RICORRENTE sostenendo che la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) cit., non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto dall'aspirante aggiudicatario nel corso di pregresso rapporto contrattuale intercorso con la stazione appaltante, bastando la valutazione che la stessa Amministrazione abbia fatto, in sede per l'appunto amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare alla nuova procedura selettiva.

Secondo il T.a.r. , in definitiva, è idoneo a supportare il provvedimento caducatorio, quale quello di cui si controverte, l'accertamento in sede amministrativa della causa di esclusione di cui all'art.38, comma 1, lett. f, d.lgs. 163/2009, ed il richiamo, per relationem del provvedimento con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, la stessa Amministrazione aveva provveduto alla risoluzione sulla scorta di ritenuti e ripetuti inadempimenti contrattuali.

Del resto, aggiunge la sentenza di primo grado, dalla copiosa documentazione versata in atti da Trenitalia emergerebbero in tutta evidenza le reiterate contestazioni di condotte impicanti senz'altro una valutazione, ad opera di quest'ultima, della inadeguatezza del contegno contrattuale tenuto dalla RICORRENTE rispetto all'esigenza di garantire il carattere fiduciario del rapporto.

3. Avverso tale sentenza ha proposto appello PMI chiedendone la riforma.

4. Con ordinanza 9.2.2010, n. 57 la Sezione ha ritenuto necessario ai fine della decisione l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio, affidata al prof. ******, al fine di chiarire i seguenti aspetti:

a) se le verifiche effettuate dalla società di certificazione S.G.S. in ordine alla qualità del servizio di pulizia erogato a favore di Trenitalia da ***** s.p.a. nel periodo ottobre 2006 - marzo 2009 si siano svolte con modalità tali da assicurare il rispetto del contraddittorio, nonché la terzietà e imparzialità

del soggetto verificatore, indagando, a tal fine, anche in merito ai rapporti esistenti tra S.G.S. e Trenitalia;

b) se le verifiche effettuate da S.G.S. in ordine alla qualità del servizio di pulizia possano considerarsi tecnicamente valide ed attendibili, specie considerando il periodo di tempo in cui si sono svolte, i criteri di campionamento utilizzati, il numero dei treni controllati, gli aspetti del servizio oggetto di verifica;

c) se, alla luce della carenze riscontrate nell'espletamento del servizio di pulizia effettuato da P.M.I. nel periodo ottobre 2006 - marzo 2009, sia possibile ritenere tecnicamente attendibile il risultato finale cui giunge la verifica commissionata da Trenitalia, che individua scostamento percentuale di qualità mancante dell'impianto superiore al limite e ai casi stabiliti nel CTO parte A, art. 11.2.5. (cioè uno scostamento superiore al 20% per più di tre volte nel corso dell'appalto).

5. Il Collegio ritiene, anche alla luce delle risultanze della consulenza tecnica, che l'appello meriti accoglimento.

5.1. Occorre anzitutto evidenziare, al fine di superare alcune eccezioni sollevate da Trenitalia, che il provvedimento di esclusione adottato ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) è certamente suscettibile di sindacato giurisdizionale secondo i principi generali.

E' vero, infatti, che il giudice amministrativo non ha giurisdizione sulle controversie relative all'esecuzione del rapporto (e quindi non può andare a verificare la sussistenza dei presupposti per disporre la risoluzione del rapporto contrattuale, in relazione alla gravità dell'adempimento contestato)

Deve, inoltre, in linea di massima ribadirsi quanto questo Consiglio ha avuto modo di affermare in relazione alla causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. f): a) non è necessario che il comportamento di grave negligenza o mala fede sia accertato in sede giurisdizionale, essendo sufficiente

la valutazione che la stessa amministrazione abbia fatto in sede amministrativa del comportamento tenuto in precedenti rapporti contrattuali dal soggetto; b) la norma non ha carattere sanzionatorio, ma contempla una misura a presidio dell'elemento fiduciario, che esclude di per sè qualsiasi automatismo, perché l'esclusione deve essere il risultato di una "motivata valutazione"; la motivazione, tuttavia, può essere costituita dal riferimento all'episodio contestato, in base ad un'attività di mero riscontro della fattispecie concreta con quella astratta (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, n. 296/2010).

5.2. Tale principi, condivisi dal Collegio e ripetutamente applicati in sede giurisprudenziale, non escludono, tuttavia, che il provvedimento di esclusione possa essere sindacato dal giudice amministrativo per vizi di legittimità propri, senza che questo implichi un accertamento diretto della ricorrenza di fattispecie di grave negligenze e, quindi, senza che possa ipotizzarsi alcuna invasione nella giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative all'esecuzione del rapporto.

Inoltre, anche condividendo l'impostazione secondo cui l'esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) non ha carattere sanzionatorio ma si fonda semplicemente sul venir meno del rapporto fiduciario determinato dall'inadempimento grave di precedenti rapporti contrattuali, non può escludersi che il giudice amministrativo sia chiamato a verificare, al fine di scrutinare l'eventuale ricorrenza di ipotesi di eccesso di potere, se effettivamente, nella situazione concreta, alla base del provvedimento, vi siano fatti idonei giustificare il venir meno della fiducia o se, al contrario, ricorrano elementi sintomatici tali da denotare un esercizio del potere per finalità diverse da quelle prese in considerazione dalla norma attributiva.

5.3. Nel caso di specie, il Collegio ritiene che vi siano numerosi indici sintomatici tali da denotare un uso distorto del potere.

L'assunto su cui si fonda il provvedimento impugnato, secondo cui a seguito dei contestati inadempimenti sarebbe irreversibilmente venuto meno il rapporto fiduciario, risulta smentito da una serie di elementi.

5.4.1. In primo luogo, Trenitalia, pur richiamando inadempimento risalenti all'anno 2006, ha stipulato nel luglio 2007, con RICORRENTE un nuovo contratto applicativo dell'accordo quadro; inoltre, con le note 31 luglio 2008, 30 ottobre 2008, 6 febbraio 2009 Trenitalia ha prorogato il contratto già scaduto, senza fare alcun riferimento a pregresse inadempienze, e lo ha fatto pur avendo già ricevuto il rapporto di SGS (risalente al 15.4.2008)..

5.4.2. Inoltre Trenitalia nella fase di prequalifica della gara ha ritenuto sussistenti i requisiti di partecipazione, ivi compreso quello di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), atteso che, altrimenti, non avrebbe dovuto ammettere RICORRENTE al proseguo della procedura. Ancora in quel momento, quindi, i fatti sulla cui base è stato poi adottato il provvedimento impugnato, pur essendo già noti a Trenitalia, non sono stati ritenuti di gravità tale da menomare il rapporto fiduciario con l'impresa appellante.

5.4.3. Questo quadro, già di per sé in grado di rivelare una forte contraddittorietà nel comportamento di Trenitalia e di menomare, di conseguenza, la motivazione del provvedimento impugnato, è poi ulteriormente aggravato dalle conclusioni rese dal CTU in ordine alle modalità di accertamento della grave negligenza da parte di SGS.

Il CTU ha infatti evidenziato che le: a) verifiche effettuate da SGS non si sono svolte con modalità tali da assicurare il rispetto del principio del contraddittorio (pur riconoscendo che SGS sia un soggetto terzo e che non vi sono elementi per ritenere che abbia operato in assenza del requisito di imparzialità); b) le verifiche effettuate da SGS in relazione alla qualità del servizio di pulizia del materiale rotabile presentano incoerenze, in termini di periodo di tempo in cui si sono svolte le verifiche, criteri di campionamento utilizzati, numero dei treni controllati e aspetto del servizio oggetto di verifica. Di conseguenza, conclude il CTU, le verifiche effettuate da SGS, pur tecnicamente in astratto valide, non possono essere ritenute coerenti e attendibili se riguardate rispetto alle previsioni contenute nel CTO; c) la verifica commissionata da Trenitalia a SGS, relativa al periodo gennaio-febbraio 2008, non ha rilevato uno scostamento percentuale della qualità mancante mensile superiore al 20% per più di tre volte nel corso dell'appalto; bensì ha accertato - peraltro in modo incoerente rispetto a quanto previsto dal CTO e, dunque tecnicamente inattendibile - uno scostamento di qualità mancante superiore al 20% per il solo periodo (circa un mese) rispetto al quale è stata condotta la verifica.

E' vero, come sostiene Trenitalia, che il provvedimento impugnato non si fondava esclusivamente sul rapporto di SGS (ma anche sulle "innumerevoli contestazioni penali e detrazioni": ciò nonostante, tuttavia, i vizi che inficiano il rapporto di SGS (che comunque viene indicato come elemento della motivazione del provvedimento di esclusione), unitamente alle contraddittorietà sopra riscontrare relative al comportamento di Trenitalia, fanno emergere numerosi indici sintomatici di eccesso di potere, alla stregua dei quali creando il ragionevole dubbio che il provvedimento impugnato sia in realtà motivato da ragioni diverse rispetto alla carenza dell'elemento fiduciario.

6. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello di RICORRENTE, va, quindi, accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado.

7. I motivi aggiunti proposti da RICORRENTE avverso il provvedimento con il quale Trenitalia ha aggiudicato il lotto 18 a Controinteressata quattro vanno invece, dichiarati inammissibili. Come questo Consiglio ha già rilevato, l'innovazione introdotta all'art. 21, l. 6 dicembre 1971 n. 1034 dalla l. 21 luglio 2000 n. 205 - ammettendo la proposizione dei motivi aggiunti anche per impugnare nuovi provvedimenti, emessi in corso di giudizio, connessi con l'oggetto del ricorso e concernenti le stesse parti - deve essere interpretata nel senso di riferirsi al solo giudizio di primo grado atteso che una diversa interpretazione finirebbe per ammettere l'impugnazione "per saltum", con ampliamento dell'oggetto del giudizio, in violazione delle regole che governano il processo nel grado di appello (Cons. Stato, V, n. 1330/2007). Di conseguenza, va dichiarato improcedibile anche l'appello incidentale proposto da Controinteressata quattro in relazione ai motivi aggiunti di RICORRENTE.

8. La complessità della vicenda e delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio. Il compenso del C.T.U. va posto in parti uguali a carico di Trenitalia s.p.a. e ***** s.p.a.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello principale, dichiara inammissibili i motivi aggiunti e dichiara improcedibile l'appello incidentale, annullando per l'effetto la sentenza impugnata.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio. Pone il compenso del C.T.U. in parti uguali a carico di Trenitalia s.p.a. e ***** s.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2010 con l'intervento dei Signori:

*****, Presidente FF

*****, Consigliere

*****, ***** , Estensore

*****, Consigliere

*****, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/07/2010

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

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/applicazione-dell-art-38-comma-1-lett-f-del-codice-dei-contratti-il-provvedimento-di-esclusione-puo-essere-sindacato-dal-giudice-amministrativo-per-vizi-di-legittimita-propri/>