

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28956-la-sentenza-impugnata-errata-altres-nel-punto-in-cui-ha-ritenuto-non-potere-costituire-giusta-causa-di-esclusione-da-gare-la-precedente-risoluzione-in-altro-rapporto-contrattuale-dovuto-ad-inadem>

Autore: Lazzini Sonia

La sentenza impugnata è errata altresì nel punto in cui ha ritenuto non potere costituire giusta causa di esclusione da gare la precedente risoluzione in altro rapporto contrattuale dovuto ad inadempimento, soggetta a vaglio giurisdizionale.

C.St. 25.08.2006 n. 4999

La sentenza impugnata è errata altresì nel punto in cui ha ritenuto non potere costituire giusta causa di esclusione da gare la precedente risoluzione in altro rapporto contrattuale dovuto ad inadempimento, soggetta a vaglio giurisdizionale.

Pertanto, va annullata l'aggiudicazione di una gara d'appalto disposta nei confronti della società concorrente che sia stata ammessa alla gara in violazione del disposto di cui all'art. 75 lett. f) d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento i soggetti "che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione dei lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara" (in tal senso anche Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1071).

Ai sensi dell'art. 75 comma 1 lett. f), d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara, legittimamente l'Anas s.p.a. esclude da una gara l'aspirante concorrente che nel corso del pregresso rapporto intercorso con la stessa amministrazione abbia tenuto un siffatto comportamento per come accertato in sede amministrativa con provvedimento di risoluzione del rispettivo contratto.

Attesa la "ratio" che sorregge la causa di esclusione di cui all'art. 75 comma 1 lett. f) d.P.R. n. 554 del 1999 - prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico - sarebbe paradossale che l'amministrazione fosse costretta, pur se all'esito di una procedura di evidenza pubblica, a contrattare con un'impresa nei confronti della quale pende un procedimento civile per responsabilità dell'appaltatore ex art. 1669 c.c., affidandole proprio quei lavori resisi necessari in conseguenza della negligenza spiegata nell'esecuzione del precedente rapporto contrattuale.

In relazione alla rilevanza, per l'applicabilità della richiamata normativa, del presupposto dell'accertamento in sede giurisdizionale di un adempimento contrattuale dell'impresa, si rileva che l'operatività della causa di esclusione di cui all'art. 75, comma 1, lett. f), d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto dall'aspirante partecipante nel corso di pregresso rapporto contrattuale intercorso con la stazione appaltante, essendo sufficiente la valutazione che la stessa amministrazione abbia fatto, in sede amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare alla nuova procedura selettiva.

La facoltà dell'amministrazione di escludere un'impresa dalla gara ai sensi dell'art. 75, comma 1, lett. f), d.P.R. n. 554 del 1999, per la risoluzione di un precedente contratto di appalto per grave negligenza o malafede di detta impresa nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara, stante il venir meno del vincolo fiduciario, non presuppone il previo accertamento in sede giurisdizionale del grave inadempimento (Consiglio Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1071).

La causa di esclusione di cui all'art. 75 comma 1 lett. f) d.P.R. n. 554 del 1999 non ha carattere sanzionatorio, ma è prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico; essa, pertanto, non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto dall'aspirante partecipante, essendo sufficiente 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 ad una nuova procedura selettiva.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 4999 del 25 agosto 2006, emessa dal Consiglio di Stato

N. 4999/2006

Reg. Dec.

N. 7557 Reg. Ric.

Anno 2004

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

Sul ricorso proposto in appello dall'ANAS S.p.A., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici *ope legis* domicilia in Roma alla Via Portoghesi n. 12

contro

Controinteressata. IMPIANTI E PROGETTI di M. Achille, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita.

nonché nei confronti di

Controinteressata due srl, in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Guido Fiorillo con domicilio eletto in Roma alla piazza dei Prati degli Strozzi n.33 presso l'avv. Loredana Menicucci,

per l'annullamento

della sentenza n. 5185/2004 depositata in data 03.06.2004 con la quale il TAR Lazio, sezione III, ha accolto il ricorso proposto avverso il verbale di **gara** del 14/01/2004 recante il provvedimento di esclusione della **gara** adottato dalla Commissione aggiudicatrice; il provvedimento di aggiudicazione provvisoria alla CONTROINTERESSATA DUE s.r.l. nonché gli atti consequenziali e presupposti;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Controinteressata due srl;

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

Relatore alla udienza pubblica del 27 giugno 2006 il Consigliere Sergio De Felice;

Visto il Dispositivo di sentenza n. 413 del 28/06/2006;

Udito l'Avvocato dello Stato Quattrone e l'Avv. Fiorillo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue;

FATTO

Con bando di **gara** pubblicato in data 11 novembre 2003, l'ANAS, Compartimento per la viabilità per l'Emilia Romagna, indiceva **gara** a pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di fornitura e posa in opera di barriere laterali di sicurezza ed altri manufatti di protezione e segnaletica sulla tangenziale nord finale Emilia, variante della SS 468, dal Km 66+00 al km 72,00 I stralcio.

Nel corso delle operazioni di **gara** veniva esclusa l'impresa Controinteressata Impianti e Progetti di Achille M. ai sensi dell'art. 75, comma 1, lettera f) del D.P.R. 554/1999, in quanto risultava che la stessa si era vista risolvere per grave inadempimento ex art. 119 del DPR 554/1999, un contratto di appalto da parte del compartimento ANAS per la viabilità del Friuli Venezia Giulia.

Con ricorso (Rg. N. 1838/2004) proposto innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, l'Impresa Controinteressata. Impianti e Progetti, impugnava il verbale di **gara** recante il provvedimento di esclusione adottato dalla Commissione aggiudicatrice ed il provvedimento di aggiudicazione alla CONTROINTERESSATA DUE s.r.l., per ivi sentirlo annullare, nonché per il risarcimento dei danni derivanti dall'illegittima esclusione.

A sostegno del ricorso deduceva in primo luogo che la pregressa risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 119 DPR 554/1999, sulla quale era basato il provvedimento di esclusione della **gara**, in realtà era ancora *sub iudice*, ovvero oggetto di giudizio instaurato dinanzi al Tribunale di Roma, con la diretta conseguenza del mancato accertamento in relazione alla sussistenza dell'episodio e relativa inquadrabilità in termini di negligenza e mala fede; in secondo luogo deduceva l'estraneità della valutazione della Commissione, poiché la risoluzione del rapporto pregresso vi era stata con l'Anas Compartimento Friuli Venezia Giulia, senza considerare che nessun adempimento poteva essere contestato in relazione a rapporti pregressi con l'Anas compartimento d'Emilia Romagna; in terzo luogo che non vi era stata adeguata motivazione e sufficiente istruttoria da parte della commissione di **gara** circa la rilevanza ai fini della causa di esclusione della situazione prodottasi nel contenzioso contrattuale con l'Anas.

Il Giudice di primo grado accoglieva il ricorso ritenendo fondate le doglianze prospettate in quella sede, ovvero per errata applicazione dell'art. 75 lett. f) DPR 554/1999 rilevando la non corrispondenza tra il soggetto che aveva bandito la **gara** e quello che aveva subito gli effetti della grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati, nonché per carenza di istruttoria e motivazione.

Con l'atto di appello l'Anas censura l'errata applicazione della legge sotto vari profili.

In primis, non si condivide l'assunto secondo il quale il TAR ha ritenuto che in presenza di due distinte articolazioni del medesimo ente si possa parlare di due distinte stazioni appaltanti.

Più precisamente, si deduce che la norma del regolamento generale sui lavori pubblici sarebbe stata erroneamente applicata nel caso di specie, perché la situazione ostativa prevista dall'art. 75, comma 1, lettera f) del DPR 554/1999 consiste nell'aver commesso grave negligenza o mala fede nell'esecuzione dei rapporti affidati alla stazione appaltante che bandisce la **gara**; inoltre, si deduce che, poiché deve esserci identità tra il soggetto che ha bandito la **gara** (compartimento ANAS per la viabilità dell'Emilia Romagna) e il soggetto committente del precedente appalto che ha visto l'impresa gravemente negligente (compartimento Anas per la viabilità del Friuli Venezia Giulia).

Si sostiene altresì, che l'Anas nella sua connotazione societaria va ricondotta nel novero degli enti a carattere ultraregionale, ovvero si tratta di una medecontrointeressata due organizzazione del preesistente ente pubblico economico, caratterizzata dalla sussistenza di uffici periferici chiamati ad operare nell'ambito di ciascuna regione e di uffici periferici chiamati ad operare in ambiti territoriali ancora più ristretti.

Pertanto, la preclusione prevista dall'art. 75, comma 1, lett. f) del DPR 554/1999 opera qualora un'impresa si sia resa gravemente inadempiente nei confronti dell'Anas, qualunque sia il compartimento che abbia bandito la **gara**.

Quale secondo motivo in sede di appello, l'Anas contesta la sentenza dove si afferma che esso avrebbe comunque errato nella valutazione acritica della negligenza riscontrata da altro compartimento, considerata la pendenza di giudizio civile dinanzi al Tribunale di Roma, con la conseguenza di non potersi procedere all'esclusione ai sensi dell'art. 75 comma 1 lett. f) DPR 554/1999 qualora la situazione ostativa non fosse stata accertata, nel caso di specie, in sede giurisdizionale o comunque contestata.

Si deduce che l'art. 75 del regolamento generale elenca tutte le situazioni preclusive alla partecipazione della **gara** per l'affidamento dei lavori pubblici e che in tale elenco sono espressamente previste quelle circostanze che richiedono preventivo accertamento da parte dei terzi, quali la commissione di irregolarità tributaria o fiscale secondo la legge italiana o del paese di stabilimento (lettera g); pertanto per le altre circostanze non sarebbe richiesto l'intervento di alcun accertamento per rendere oggettiva la circostanza.

Non è la negligenza emersa nel rapporto con una qualunque committenza ad assumere rilievo ai fini dell'esclusione dalla **gara**, ipotesi in cui i motivi di garanzia richiederebbero una previa convalida esterna da parte di organi terzi, ma è solo quella che si evidenzia in un appalto con la medecontrointeressata due stazione appaltante che ha bandito al **gara**.

L'art 75 comma 1 lett. f) DPR 554/1999 va interpretato, dunque, lasciando alla responsabilità della singola stazione appaltante le conseguenze di una pronunciata risoluzione contrattuale ai fini delle successive esclusioni dalle

proprie gare. Tuttavia, tali esclusioni non potrebbero essere contestate esclusivamente sulla base della pendenza del giudizio relativo alle pregresse vicende contrattuali.

Pertanto, legittimamente era avvenuta la esclusione della società Impianti e Progetti.

Si è costituita, al fine di aderire all'appello proposto dall'Anas, la CONTROINTERESSATA DUE S.r.l. per la riforma e/o annullamento della sentenza n. 5185 resa dal TAR Lazio in data 03 giugno 2004.

Con l'atto di costituzione la CONTROINTERESSATA DUE s.r.l. ha dedotto preliminarmente l'erroneità della sentenza oggetto di gravame, considerato che il giudice di primo grado ha basato il proprio convincimento sull'erroneo presupposto dell'inesistenza di identità tra il soggetto che ha adottato l'esclusione della **gara** e il soggetto che ha risolto il rapporto contrattuale per inadempimento.

La società costituita deduce che tale affermazione non sia corretta, in quanto l'Ente Nazionale per le Strade è un unico centro di imputazione di compiti, funzioni ed interessi e l'efficacia giuridica dei suoi atti non è territorialmente limitata; e che il provvedimento di esclusione doveva essere ritenuto legittimo dal TAR Lazio, in considerazione del preminente interesse pubblico teso ad evitare di intrattenere rapporti contrattuali con un soggetto inadempiente in relazione al quale sussiste la ragionevole possibilità che si riproponga un simile comportamento di inadempienza.

Inoltre, deduce che il TAR ha rilevato che la stazione appaltante, nell'emanazione del provvedimento di esclusione avrebbe omesso di valutare elementi relativi alle iniziative assunte dalla ricorrente per contestare la risoluzione.

Ritiene, pertanto, erroneo tale assunto in quanto non considera che il legislatore ha richiesto il definitivo accertamento (lett. g) o il passaggio in giudicato (lettera c) laddove individua altre cause esclusione; pertanto, la causa di esclusione prevista dall'art. 75 comma 1 lett. f) del DPR 554/1999 nel testo introdotto dal DPR 30 agosto 2000 n. 412 non ha carattere sanzionatorio, essendo viceversa prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare i rapporti contrattuali di appalto pubblico.

Pertanto, l'accertamento in sede amministrativa della causa di esclusione doveva ritenersi sufficiente e vincolante in quanto la mancata presentazione dalla consegna dei lavori della società Impianti e Progetti era stata correttamente valutata dalla stazione appaltante quale violazione del dovere di diligenza nell'adempimento, caratterizzata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell'appaltatore, tale da far venire meno l'elemento fiduciario che deve connotare il rapporto contrattuale.

In sintesi, la Controinteressata due srl aderisce al contenuto dell'atto di appello.

Alla pubblica udienza del 27 giugno 2006 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il primo motivo di appello, con il quale si deduce la legittimità della esclusione effettuata da compartimento ANAS diverso da quello su cui in precedenza si è verificata una causa di risoluzione, è fondato.

Infatti, l'Anas costituisce un soggetto unitario, i cui compartimenti sono mere articolazioni, sicché la rescissione contrattuale disposta da un compartimento va considerata comunque disposta "dalla stazione appaltante che bandisce la **gara**" ai sensi dell'art. 75 lett. f) d.P.R. n. 554 del 1999, non potendosi convenire con l'assunto per cui ogni compartimento costituisce una distinta ed autonoma stazione appaltante (Consiglio Stato, sez. IV, 31 marzo 2005, n. 1435) .

Tra i presupposti per l'applicazione dell'art. 75 comma 1 lettera f), vi è l'identità soggettiva della stazione appaltante, dal momento che l'Anas Emilia Romagna altro non è che una mera articolazione di un unico ente, territorialmente diviso, ed in quanto tale privo di personalità giuridica autonoma.

L'esclusione di una **gara** d'appalto derivante dall'assenza dei requisiti ex art. 75 d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 si caratterizza come misura di natura cautelare diretta ad evitare la situazione di pericolo e di allarme sociale che potrebbe discendere dalla stipulazione di un contratto tra la stazione appaltante e soggetti che abbiano dimostrato la loro inettitudine organizzativa o aziendale.

Il compartimento territoriale dell'Anas è una mera articolazione di un unico ente, territorialmente diviso e, quindi, non ha una personalità giuridica autonoma; sicché, ai fini dell'applicabilità dell'art. 75 comma 1 lett. f), d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, la grave negligenza nell'esecuzione dei lavori in favore di un compartimento territoriale rileva anche nelle gare bandite da altro compartimento.

2. La sentenza impugnata è errata altresì nel punto in cui ha ritenuto non potere costituire giusta causa di esclusione da gare la precedente risoluzione in altro rapporto contrattuale dovuto ad inadempimento, soggetta a vaglio giurisdizionale.

Pertanto, va annullata l'aggiudicazione di una **gara** d'appalto disposta nei confronti della società concorrente che sia stata ammessa alla **gara** in violazione del disposto di cui all'art. 75 lett. f) d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento i soggetti "che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione dei lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la **gara**" (in tal senso anche Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1071).

Ai sensi dell'art. 75 comma 1 lett. f), d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la **gara**, legittimamente l'Anas s.p.a. esclude da una **gara** l'aspirante concorrente che nel corso del pregresso rapporto intercorso con la stessa

amministrazione abbia tenuto un siffatto comportamento per come accertato in sede amministrativa con provvedimento di risoluzione del rispettivo contratto.

Attesa la "*ratio*" che sorregge la causa di esclusione di cui all'art. 75 comma 1 lett. f) d.P.R. n. 554 del 1999 - prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico - sarebbe paradossale che l'amministrazione fosse costretta, pur se all'esito di una procedura di evidenza pubblica, a contrattare con un'impresa nei confronti della quale pende un procedimento civile per responsabilità dell'appaltatore ex art. 1669 c.c., affidandole proprio quei lavori resisi necessari in conseguenza della negligenza spiegata nell'esecuzione del precedente rapporto contrattuale.

In relazione alla rilevanza, per l'applicabilità della richiamata normativa, del presupposto dell'accertamento in sede giurisdizionale di un adempimento contrattuale dell'impresa, si rileva che l'operatività della causa di esclusione di cui all'art. 75, comma 1, lett. f), d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto dall'aspirante partecipante nel corso di pregresso rapporto contrattuale intercorso con la stazione appaltante, essendo sufficiente la valutazione che la stessa amministrazione abbia fatto, in sede amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare alla nuova procedura selettiva.

La facoltà dell'amministrazione di escludere un'impresa dalla **gara** ai sensi dell'art. 75, comma 1, lett. f, d.P.R. n. 554 del 1999, per la risoluzione di un precedente contratto di appalto per grave negligenza o malafede di detta impresa nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la **gara**, stante il venir meno del vincolo fiduciario, non presuppone il previo accertamento in sede giurisdizionale del grave inadempimento (Consiglio Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1071).

La causa di esclusione di cui all'art. 75 comma 1 lett. f) d.P.R. n. 554 del 1999 non ha carattere sanzionatorio, ma è prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico; essa, pertanto, non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto dall'aspirante partecipante, essendo sufficiente 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 ad una nuova procedura selettiva.

3. Per le considerazioni sopra svolte, l'appello va accolto e, in conseguenza della impugnata sentenza, va respinto il ricorso proposto in primo grado.

La condanna alle spese del giudizio segue il principio di soccombenza; le spese sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quarta, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, così provvede:

accoglie l'appello e, in riforma della impugnata sentenza, respinge il ricorso proposto in primo grado. Condanna la controinteressata. Impianti e Progetti di M. Achille al pagamento delle spese del doppio grado, liquidandole in euro totali diecimila, di cui cinquemila a favore di ANAS e cinquemila a favore di Controinteressata due srl.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 27 giugno 2006, con l'intervento dei magistrati:

Lucio Venturini Presidente

Costantino Salvatore Consigliere

Anna Leoni Consigliere

Sergio De Felice Consigliere, estensore

Sandro Aureli Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Sergio De Felice Lucio Venturini

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

25 agosto 2006

(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)

Il Dirigente

Giuseppe Testa

- -

N.R.G. 7557/2004

MA