

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 22/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29315-la-vicenda-relativa-alla-grave-inadempienza-con-un-soggetto-diverso-dall-amministrazione-che-ha-bandito-la-gara-rientra-nella-seconda-parte-dell-articolo-38-comma-1-lettera-f-del-codice-dei-contr>

Autore: Lazzini Sonia

**La vicenda relativa alla grave inadempienza con un soggetto diverso dall'amministrazione che ha bandito la gara rientra nella seconda parte dell' articolo 38, comma 1, lettera f) del codice dei contratti, laddove la norma consente all'amministrazione di**

**C.St. 15.03.2010 n. 1500**

La vicenda relativa alla grave inadempienza con un soggetto diverso dall'amministrazione che ha bandito la gara rientra nella seconda parte dell' articolo 38, comma 1, lettera f) del codice dei contratti, laddove la norma consente all'amministrazione di valutare i precedenti professionali delle imprese concorrenti e quindi di tenere conto anche di rapporti contrattuali intercorsi con amministrazioni diverse, al fine di stabilire il grado di capacità tecnico professionale nella esecuzione della fornitura. A ciò va aggiunto che si trattava di una fornitura identica a quella per cui è causa.

Quindi l'omissione diventa rilevante, ai fini della valutazione della legittimità dell'esclusione disposta dall'amministrazione, non solamente sotto il profilo della falsità oggettiva, ma anche sotto il profilo della scarsa affidabilità dell'impresa aggiudicataria.

Il potere di esclusione da parte dell'amministrazione dalla partecipazione alla procedura, cui consegue l'impossibilità di stipulazione del contratto, viene attribuito dalla stessa norma di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

1. L'U.L.S.S. n. 22 di Bussolengo (VR), in qualità di azienda capofila di altre aziende sanitarie della regione Veneto, ha indetto una gara pubblica avente ad oggetto la fornitura di ausili per incontinenti con servizio di consegna a domicilio degli utenti di tutte le aziende sanitarie interessate alla procedura in questione, per un periodo di tre anni rinnovabile, al prezzo giornaliero onnicomprensivo per utente di € 0,7 156 più IVA, e per un importo complessivo triennale di € 14.685 526, oltre l'IVA.

2. La gara, espletata secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è stata aggiudicata alla società RICORRENTE S.p.a.

3. La società SCA CONTROINTERESSATA PRODUCTS S.p.a, seconda classificata ha impugnato l'aggiudicazione, denunciandone l'illegittimità, in quanto la società aggiudicataria, nonostante avesse affermato di non trovarsi in una delle situazioni previste dall'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, aveva omesso di dichiarare che, con determinazione del 14 dicembre 2005, la ASL 1 dell'Umbria aveva risolto un contratto di fornitura per inadempimento; episodio, questo, che avrebbe dovuto essere comunicato alla stazione appaltante per essere valutato come eventuale indice di inaffidabilità.

4. Il Tar per il Veneto ha accolto il ricorso ed ha statuito l'aggiudicazione a favore della ricorrente, disponendo così il risarcimento in forma specifica.

5. Ha proposto ora appello la società RICORRENTE S.p.a. deducendo l'inammissibilità del ricorso di primo grado, in quanto non è stato notificato alle altre aziende sanitarie deleganti, e, nel merito, l'erroneità della sentenza per inesatta e falsa applicazione dell'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

6. Si è costituita la società SCA CONTROINTERESSATA PRODUCTS S.p.a., resistendo con memoria e concludendo per il rigetto dell'appello.

7. La causa è stata discussa all'udienza del 26 gennaio 2010, ed il collegio se ne riserva la decisione.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di stato?

1. L'appello non è fondato.

2. In relazione al primo motivo d'appello, costituito dall'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per la mancata notificazione alle aziende sanitarie rispetto alle quali la U.L.S.S. n. 22 di Bussolengo era capofila nella gara, la sezione osserva che dagli atti di gara risulta in maniera inequivocabile che l'azienda evocata in giudizio risulta essere l'amministrazione che ha bandito la gara, che ha emesso gli atti impugnati e che ha, infine, deliberato e sottoscritto il provvedimento di aggiudicazione definitiva. Sicché, essa appare come l'unico soggetto cui sono imputabili gli atti e i provvedimenti della procedura; e soprattutto l'unica struttura formalmente individuabile da colui che

ritiene lesa la propria posizione giuridica soggettiva e che, per questo, diventa l'amministrazione cui notificare il ricorso giurisdizionale per l'instaurazione del giudizio.

Le altre aziende sanitarie hanno una posizione di beneficiarie della fornitura e non assurgono a contitolari del procedimento, così come ha statuito i giudici di primo grado.

3. In ordine al secondo motivo di appello, la sezione rileva che la società appellante, con dichiarazione del 2 gennaio 2007, sostitutiva di atto notorio, ha affermato di non trovarsi in alcuna delle condizioni di esclusione previste dall'articolo 38, primo comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006, attestando così il possesso pieno dei requisiti di ordine professionale morale economico e tecnico amministrativo.

Tuttavia risulta pacifico che, con determinazione 14 dicembre 2005 n. 712, la U.S.L. n. 1 dell' Umbria, in qualità di capofila di una gara per la fornitura di ausili per incontinenza, ha risolto il contratto stipulato con l'appellante, aggiudicataria di quella gara, per essersi resa gravemente inadempiente degli obblighi derivanti dal contratto, in quanto ha fornito materiale difforme dalle campionature previste.

La sezione osserva che la dichiarazione di non trovarsi nelle condizioni di esclusione doveva necessariamente includere la vicenda di cui sopra, in quanto l'autodichiarazione deve indicare tutte quelle circostanze, anche se sfavorevoli, che consentano all'amministrazione di accertare il possesso da parte dei soggetti partecipanti dei requisiti di ordine generale, di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Orbene, l'articolo 38, comma 1, lettera e) stabilisce: <<sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti ... e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti ... f ) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso un 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>>.

La vicenda relativa alla grave inadempienza con un soggetto diverso dall'amministrazione che ha bandito la gara rientra nella seconda parte della disposizione, laddove la norma consente all'amministrazione di valutare i precedenti professionali delle imprese concorrenti e quindi di tenere conto anche di rapporti contrattuali intercorsi con amministrazioni diverse, al fine di stabilire il grado di capacità tecnico professionale nella esecuzione della fornitura.

A ciò va aggiunto che si trattava di una fornitura identica a quella per cui è causa. Quindi l'omissione diventa rilevante, ai fini della valutazione della legittimità dell'esclusione disposta dall'amministrazione, non solamente sotto il profilo della falsità oggettiva, ma anche sotto il profilo della scarsa affidabilità dell'impresa aggiudicataria.

Il potere di esclusione da parte dell'amministrazione dalla partecipazione alla procedura, cui consegue l'impossibilità di stipulazione del contratto, viene attribuito dalla stessa norma di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Di nessuna rilevanza è poi l'assunto dell'appellante che la precedente esclusione era stata contestata ed il relativo giudizio ancora pendente, in quanto la vicenda contenziosa non esclude il fatto dell'inadempimento, che andava dichiarato, in quanto la valutazione della sua rilevanza non può essere certo rimesso al giudizio dell'appellante quando partecipa ad una nuova gara, bensì alla stazione appaltante che deve valutare l'affidabilità del concorrente cui affidare l'appalto.

In conclusione l'appello va rigettato e la sentenza va integralmente confermata.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1500 del 15 marzo 2010 pronunciata dal Consiglio di stato

**N. 01500/2010 REG.DEC.**  
**N. 07422/2009 REG.RIC.**



**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 Quinta)**

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 7422 del 2009, proposto da:  
Ricorrente S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Mauro Ballerini, Giuseppe Ramadori, con domicilio eletto presso Giuseppe Ramadori in Roma, via Marcello Prestinari, 13;

***contro***

Sca Controinteressata Products S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Leonardo Salvemini, con domicilio eletto presso M. Athena Lorizio in Roma, via Dora, 1;

***nei confronti di***

Azienda Unita' Locale Socio Sanitaria N.22 di Bussolengo, rappresentato e difeso dagli avv. Franco Dalla Mura, Nicolò Paoletti, con domicilio eletto presso Nicolò Paoletti in Roma, via Barnaba Tortolini 34;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 02210/2009,  
resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER LA  
FORNITURA DI AUSILI PER INCONTINENTI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sca Controinteressata Products S.p.A. e di Azienda Unita' Locale Socio Sanitaria N.22 di Bussolengo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2010 il Cons. Gianpiero Paolo Cirillo e uditi per le parti gli avvocati l'avv.Petretti, su delega dell'avv.Ramadori, e gli avv.ti Salvemini e Paoletti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. L'U.L.S.S. n. 22 di Bussolengo (VR), in qualità di azienda capofila di altre aziende sanitarie della regione Veneto, ha indetto una gara pubblica avente ad oggetto la fornitura di ausili per incontinenti con servizio di consegna a domicilio degli utenti di tutte le aziende sanitarie interessate alla procedura in questione, per un periodo di tre anni rinnovabile, al prezzo giornaliero onnicomprensivo per utente di € 0,7 156 più IVA, e per un importo complessivo triennale di € 14.685 526, oltre l'IVA.

2. La gara, espletata secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è stata aggiudicata alla società RICORRENTE S.p.a.

3. La società SCA CONTROINTERESSATA PRODUCTS S.p.a, seconda classificata ha impugnato l'aggiudicazione, denunciandone l'illegittimità, in quanto la società aggiudicataria, nonostante avesse affermato di non trovarsi in una delle situazioni previste dall'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, aveva omesso di dichiarare che, con determinazione del 14 dicembre 2005, la ASL 1 dell'Umbria aveva risolto un contratto di fornitura per inadempimento; episodio, questo, che avrebbe dovuto essere comunicato alla stazione appaltante per essere valutato come eventuale indice di inaffidabilità.

4. Il Tar per il Veneto ha accolto il ricorso ed ha statuito l'aggiudicazione a favore della ricorrente, disponendo così il risarcimento in forma specifica.
5. Ha proposto ora appello la società RICORRENTE S.p.a. deducendo l'inammissibilità del ricorso di primo grado, in quanto non è stato notificato alle altre aziende sanitarie deleganti, e, nel merito, l'erroneità della sentenza per inesatta e falsa applicazione dell'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006.
6. Si è costituita la società SCA CONTROINTERESSATA PRODUCTS S.p.a., resistendo con memoria e concludendo per il rigetto dell'appello.
7. La causa è stata discussa all'udienza del 26 gennaio 2010, ed il collegio se ne riserva la decisione.

## DIRITTO

1. L'appello non è fondato.
  2. In relazione al primo motivo d'appello, costituito dall'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per la mancata notificazione alle aziende sanitarie rispetto alle quali la U.L.S.S. n. 22 di Bussolengo era capofila nella gara, la sezione osserva che dagli atti di gara risulta in maniera inequivocabile che l'azienda evocata in giudizio risulta essere l'amministrazione che ha bandito la gara, che ha emesso gli atti impugnati e che ha, infine, deliberato e sottoscritto il provvedimento di aggiudicazione definitiva. Sicché, essa appare come l'unico soggetto cui sono imputabili gli atti e i provvedimenti della procedura; e soprattutto l'unica struttura formalmente individuabile da colui che ritiene lesa la propria posizione giuridica soggettiva e che, per questo, diventa l'amministrazione cui notificare il ricorso giurisdizionale per l'instaurazione del giudizio.
- Le altre aziende sanitarie hanno una posizione di beneficiarie della fornitura e non assurgono a contitolari del procedimento, così come ha statuito i giudici di primo grado.

3. In ordine al secondo motivo di appello, la sezione rileva che la società appellante, con dichiarazione del 2 gennaio 2007, sostitutiva di atto notorio, ha affermato di non trovarsi in alcuna delle condizioni di esclusione previste dall'articolo 38, primo comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006, attestando così il possesso pieno dei requisiti di ordine professionale morale economico e tecnico amministrativo.

Tuttavia risulta pacifico che, con determinazione 14 dicembre 2005 n. 712, la U.S.L. n. 1 dell' Umbria, in qualità di capofila di una gara per la fornitura di ausili per incontinenza, ha risolto il contratto stipulato con l'appellante, aggiudicataria di quella gara, per essersi resa gravemente inadempiente degli obblighi derivanti dal contratto, in quanto ha fornito materiale difforme dalle campionature previste.

La sezione osserva che la dichiarazione di non trovarsi nelle condizioni di esclusione doveva necessariamente includere la vicenda di cui sopra, in quanto l'autodichiarazione deve indicare tutte quelle circostanze, anche se sfavorevoli, che consentano all'amministrazione di accertare il possesso da parte dei soggetti partecipanti dei requisiti di ordine generale, di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Orbene, l'articolo 38, comma 1, lettera e) stabilisce: <<sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti ... e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti ... f ) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso un 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>>.

La vicenda relativa alla grave inadempienza con un soggetto diverso dall'amministrazione che ha bandito la gara rientra nella seconda parte della

disposizione, laddove la norma consente all'amministrazione di valutare i precedenti professionali delle imprese concorrenti e quindi di tenere conto anche di rapporti contrattuali intercorsi con amministrazioni diverse, al fine di stabilire il grado di capacità tecnico professionale nella esecuzione della fornitura.

A ciò va aggiunto che si trattava di una fornitura identica a quella per cui è causa. Quindi l'omissione diventa rilevante, ai fini della valutazione della legittimità dell'esclusione disposta dall'amministrazione, non solamente sotto il profilo della falsità oggettiva, ma anche sotto il profilo della scarsa affidabilità dell'impresa aggiudicataria.

Il potere di esclusione da parte dell'amministrazione dalla partecipazione alla procedura, cui consegue l'impossibilità di stipulazione del contratto, viene attribuito dalla stessa norma di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Di nessuna rilevanza è poi l'assunto dell'appellante che la precedente esclusione era stata contestata ed il relativo giudizio ancora pendente, in quanto la vicenda contenziosa non esclude il fatto dell'inadempimento, che andava dichiarato, in quanto la valutazione della sua rilevanza non può essere certo rimesso al giudizio dell'appellante quando partecipa ad una nuova gara, bensì alla stazione appaltante che deve valutare l'affidabilità del concorrente cui affidare l'appalto.

In conclusione l'appello va rigettato e la sentenza va integralmente confermata.

5. Alla soccombenza segue la condanna al pagamento delle spese del grado del giudizio, che si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, definitivamente pronunciando, rigetta l'appello proposto e conferma l'impugnata sentenza.

Condanna l'appellante alla pagamento delle spese del grado del giudizio, che si liquidano in complessivi € 5.000,00 (cinquemila).



Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.  
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2010 con  
l'intervento dei Signori:

Stenio Riccio, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere, Estensore

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/03/2010

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

Il Dirigente della Sezione