

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/05/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35034-esclusione-dalla-gara-pubblica-per-grave-negligenza-o-malafede-nei-precedenti-contratti>

Autore: Di Chio Fortuna

Esclusione dalla gara pubblica per grave negligenza o malafede nei precedenti contratti

art. 38, comma 1, lettera F, D.Lgs 163/2006

Fortuna Di Chio

ESCLUSIONE DALLA GARA PUBBLICA PER GRAVE NEGLIGENZA O MALAFEDE NEI PRECEDENTI CONTRATTI

(art. 38, comma 1, lettera F, D.Lgs 163/2006)

INDICE

Introduzione

- 1) Esclusione per negligenza o malafede: *deficit* di fiducia
- 2) Negligenza o malafede verso la stessa *Amministrazione* che ha bandito la gara
- 3) Valutazione della negligenza o malafede con *Amministrazioni diverse a garanzia dell'elemento fiduciario*
- 4) Esclusione per negligenza o malafede in presenza di infrazioni *non definitivamente accertate*
- 5) Esclusione per negligenza o mala fede motivata *per relationem* a pregresse vicende negoziali
- 6) La valutazione della negligenza o malafede non si estende alla *fase di scelta del contraente*
- 7) Negligenza e malafede: evoluzione normativa e compatibilità con l'ordinamento comunitario
- 8) Ampiezza del sindacato del giudice amministrativo sulla decisione di esclusione per negligenza o malafede

IL PERCHÈ DI QUESTO STUDIO ...

La procedura di affidamento di un contratto pubblico si svolge secondo principi e regole ben articolate, affinché qualsiasi Ente aggiudicatore possa individuare il migliore contraente, tramite procedura ad evidenza pubblica, per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture.

Lo studio delle procedure di gara è estremamente laborioso, in quanto non basta, purtroppo, munirsi di un Codice dei Contratti Pubblici aggiornato e di tanta buona volontà¹.

Il *diritto dei contratti pubblici* presenta una disciplina molto vasta e capillare, giacché richiama norme del *Codice del Processo Amministrativo* (articolo 119 e seguenti), la *Legge sul Procedimento Amministrativo*, le norme del *Codice civile* e, soprattutto, il *diritto europeo*.

Lo studio impegnativo di questa normativa, con tutti i suoi tecnicismi lessicali,

¹ Colgo l'occasione per fare i miei più sentiti e sinceri ringraziamenti al giudice FRANCESCO COCOMILE del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (sede di Bari) e al giudice ALFREDO ALLEGRETTA del Tribunale di Trani (Sezione distaccata di Andria) per avermi permesso di svolgere un periodo di affiancamento, intenso e costruttivo, attraverso il quale ho potuto conoscere e apprezzare non solo l'aspetto giuridico di un tribunale, ma, soprattutto, la sua umanità e giustizia.

Ringrazio anche la professoressa ANNAMARIA ANGIULI, proponente l'argomento, e l'avvocato GENNARO NOTARNICOLA del Foro di Bari

trova la propria valida ragione non solo nella necessità di comprendere le delibere degli Enti locali, le determinazioni dirigenziali o le innumerevoli sentenze emesse tra le mura solenni dei Tribunali Amministrativi competenti territorialmente.

La materia degli appalti pubblici coinvolge direttamente e fortemente l'intera comunità locale.

La quotidianità di ciascun nucleo familiare e di ogni individuo è fortemente condizionata dai contratti pubblici: dal servizio di trasporto alla mensa degli alunni a scuola; dal servizio di raccolta rifiuti porta a porta al servizio riscossioni imposte; dalla pulizia degli uffici comunali al servizio di sepoltura nei cimiteri cittadini.

Gli esempi sono infiniti.

Ragion per cui, è fondamentale considerare l'importanza di quelle determinazioni dirigenziali che, inevitabilmente, condizioneranno la nostra vita dal momento che hanno per oggetto l'affidamento dell'esecuzione di un'opera, di un servizio o di una fornitura pubblica ad un operatore economico privato rispetto ad un altro.

Come vedremo più avanti, l'eventuale risoluzione contrattuale, per gravi inadempienze legate a negligenza, malafede, errore grave dell'operatore economico privato, accende una spia rossa sull'impresa colpevole.

Una spia rossa che l'Amministrazione pubblica, consapevole del proprio delicato ruolo nella realizzazione di un Pubblico Interesse, non dovrebbe più ignorare o soppresso nelle future procedure di affidamento di contratti pubblici, al punto che potrà procedere direttamente all'esclusione della medesima impresa ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera **F** del D.Lgs. 163 del 2006.

Questo studio metterà in luce come il Legislatore abbia riconosciuto un ampio margine di discrezionalità alla Stazione appaltante, circa la individuazione del *punto di rottura della fiducia* verso l'impresa privata inadempiente in un pregresso rapporto contrattuale.

La lesione dell'elemento fiduciario trova la sua ragione di esistenza in valutazioni della Stazione appaltante dal carattere espressamente *soggettivo*, non ben definiti giuridicamente e, quindi, *discrezionali*: la ***negligenza, la malafede e il deficit di fiducia***.

La giurisprudenza amministrativa, al fine di impedire che la discrezionalità amministrativa si trasformi in arbitrarietà dell'Amministrazione pubblica, evidenzia l'obbligo che il provvedimento di esclusione riporti una *motivazione circostanziata*.

Nonostante già la legge n. 241 del 1990 prevedesse l'obbligo di motivazione per i provvedimenti amministrativi, il Legislatore ha voluto richiamare, *espressamente*, nell'articolo 38, comma 1, lettera F, del decreto legislativo 163 del 2006, l'obbligo motivazionale a carico della Stazione appaltante, precisando che il provvedimento di esclusione riporti una ***Motivata Valutazione***.

Che dir si voglia, lo strumento giuridico, attraverso il quale si possono rilevare le gravissime carenze istruttorie della Amministrazione pubblica, a danno del destinatario dell'atto, è la motivazione del provvedimento finale, in quanto l'articolo 3, comma 1, della legge n. 241/1990, impone che riporti i *presupposti di fatto* e le *ragioni giuridiche* che hanno indotto l'Ente ad emanare una determinata decisione finale rispetto ad altre soluzioni possibili.

In particolare, dalla motivazione del provvedimento di esclusione, deve emergere l'incidenza della malafede o negligenza dell'operatore economico privato nella lesione dell'elemento fiduciario, al fine di evitare che il *deficit* di fiducia venga strumentalizzato per determinare l'esclusione “definitiva” dell'impresa dal mercato degli appalti pubblici.

Ne deriva, che l'esclusione dell'impresa dalla gara è viziata da eccesso di potere, se l'inadempimento pregresso è stato modesto e non ha inciso negativamente sulla qualità dei lavori, servizi, forniture pubbliche oppure gli utenti non hanno mai mosso contestazioni o segnalato disservizi.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente mette in risalto la formulazione dell'articolo 38, comma 1, lettera *F*, per sostenere un'interpretazione restrittiva dello stesso, che permetta di limitare la valutazione del *deficit* di fiducia solo per le condotte tenute verso la *stessa Amministrazione* che ha bandito la gara.

Diversamente opinando, la valutazione a carattere soggettivo, della negligenza o malafede, eseguita da una determinata Amministrazione pubblica, inciderebbe negativamente sul destino di un'impresa privata nelle eventuali e future procedure di affidamento bandite da altri e diversi Enti pubblici.

Come si vedrà nel prosieguo, a sostegno di questo ragionamento, verrà richiamata la tutela della *libertà di iniziativa economica* ed il *favor participationis*.

In alcuni casi, invece, si riscontrano altre illiceità, come il reiterato affidamento di lavori pubblici alle “*medesime imprese*” nonostante le precedenti gravissime inadempienze contrattuali: scelta che potrebbe nascondere dei collegamenti tra le suddette imprese e i dirigenti addetti alla gestione delle gare di appalto.

Un dato è certo: seppure richiama criteri soggettivi e non definiti giuridicamente nel nostro ordinamento, la *nascita o la rottura del rapporto fiduciario* deve, sempre, in ogni caso, essere finalizzata alla realizzazione di un *Pubblico Interesse*, inteso come interesse per l'intera Collettività e non dell' Amministrazione che bandisce la gara.

Questi criteri soggettivi, inoltre, non sono indicati espressamente nella normativa comunitaria, ma, nonostante ciò, una giurisprudenza nazionale minoritaria tende a definire l'errore grave, richiamato dall'articolo 45 della **Direttiva 2004/18/CE**, come criterio così ampio da abbracciare un'ampia gamma di ipotesi riconducibili comunque alla negligenza, alla malafede e all'incapacità di assolvere alle prestazioni contrattuali.

Queste questioni, inerenti all'interpretazione e al recepimento della normativa comunitaria, tutt'oggi, rimangono aperte, al fine di comprendere la portata della legislazione nazionale sui casi di esclusione per negligenza o malafede.

Secondo un orientamento minoritario, parrebbe, addirittura, rilevare qualunque violazione grave commessa a danno di una qualsiasi Amministrazione pubblica, non solo di quella che ha bandito la gara.

Ma la Cassazione è andata oltre.

La giurisprudenza amministrativa, negli ultimi anni, si è spinta verso un sindacato effettivo, pieno, sulla Discrezionalità tecnica, ricorrendo, ovviamente, alle competenze specifiche del CTU.

La pronuncia della Cassazione, a *Sezioni Unite n. 2312 del 2012*, però, senza muovere critiche a questa tendenza giurisprudenziale (infatti, ha richiamato una

propria pronuncia favorevole al sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle commissioni concorsuali) vuole favorire un decisivo cambio di rotta per l'accertamento giudiziario delle *valutazioni tecniche nella materia di esclusione dalla gara pubblica per negligenza o malafede*.

La Suprema Corte ha ritenuto che, in materia di esclusione dalla gara pubblica per negligenza o malafede, il parametro della ***inattendibilità*** (*non condivisibilità*) delle valutazioni tecniche (ossia soluzioni tecniche e specialistiche ritenute *non corrette, inaccettabili*) non può essere sindacato dal giudice amministrativo, in quanto, diversamente ragionando, invaderebbe la sfera decisionale della pubblica Amministrazione.

In via conclusiva, l'ambio dibattito sviluppatisi in materia di esclusione dalla gara, per negligenza o malafede dell'impresa privata nei pregressi rapporti contrattuali, porta inevitabilmente ad una riflessione importantissima: è necessario che il cittadino² – utente, attraverso un “controllo democratico”, solleciti gli Amministratori locali a colpire i funzionari “infedeli” e a mostrare il “pugno duro” contro i favoritismi e le discriminazioni in sede di gara pubblica, al fine di garantire il corretto “gioco” delle forze di mercato e l'individuazione della migliore impresa privata per il soddisfacimento degli interessi della Collettività.

Questo avviene, soprattutto, attraverso la *segnalazione*, da parte dei cittadini (fruitori dei servizi o beni pubblici) di ogni tipo di *disservizio* riscontrato e anche

² SEMINARIO DI STUDI SULLA RIFORMA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO, SAITTA Fabio , presso l'Università degli studi di Bari “ Aldo Moro ”, 13 Aprile 2011: << se non si aderisce pienamente all'idea di Benvenuti, secondo la quale il privato deve essere “ codecentrale ”, occorre che il cittadino sia comunque messo in condizione di partecipare ed influire sulla decisione finale della pubblica amministrazione>>.

del *buon servizio* espletato dall'operatore economico privato aggiudicatario del contratto pubblico.

Oggi, tutto questo è ancora più semplice, grazie ad Internet e alla digitalizzazione dell'azione amministrativa che, al fine di migliorare i servizi per i cittadini e le imprese, permette di accedere alla banca dati, contenente delibere e determinazioni dirigenziali, direttamente dai siti istituzionali.

1) ESCLUSIONE PER NEGLIGENZA O MALAFEDE: DEFICIT DI FIDUCIA

L'articolo 38, comma 1, lettera F del D.Lgs. 163 del 2006, preclude la partecipazione alle gare d'appalto alle imprese che si sono rese responsabili di gravi inadempienze nell'esecuzione di precedenti contratti pubblici.

In particolare, prevede che siano esclusi, dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici, gli operatori economici 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".

La *ratio* di questa norma si basa sulla stessa logica applicata da qualsiasi soggetto privato, che, nell'assumere l'iniziativa di procedere alla stipulazione di un nuovo contratto, valuta le potenziali controparti contrattuali sulla base, soprattutto, della corretta attuazione dei precedenti contratti e del rapporto di fiducia che ne è derivato³.

È doveroso sottolineare che, l'articolo 38 comma 1, lettera F del D.Lgs. 163/2006 deve anche avere una interpretazione costituzionalmente orientata, in quanto il provvedimento di esclusione va adottato dalla Stazione appaltante realizzando un giusto contemperamento tra il principio di "buona amministrazione" (art. 97 Cost.)

³ ZUCCHETTI Claudio, *Avvalimento dei requisiti di altre imprese*, in www.giustizia-amministrativa.it.

e di “*libera iniziativa privata*” (art. 41 Cost.)⁴.

In particolare, ai fini della tutela del diritto di iniziativa privata economica, sancita dalla nostra Carta costituzionale, occorre impedire che l'applicazione dell'articolo 38, comma 1, lettera F, da parte della Stazione appaltante, si traduca, di fatto, nella espulsione definitiva dell'operatore economico privato dal mercato dei pubblici appalti, ossia la sua esclusione da ogni futuro rapporto contrattuale che l'Amministrazione intenderà costituire, attraverso la strumentalizzazione del concetto di deficit di fiducia⁵.

A) L'ERRORE GRAVE RICHIAMA VALUTAZIONI “OGGETTIVE”

L'errore grave riguarda tutta l'attività professionale dell'impresa o dell'imprenditore, in particolare:

- la capacità professionale dell'imprenditore;
- l'idoneità dell'impresa a fornire quella determinata prestazione.

A titolo esemplificativo: prestazioni non eseguite a regola d'arte ovvero non rispondenti alle esigenze del committente.⁶

⁴ TAR Puglia, Bari, Sezione I, 14-06-2012, n.1183.

⁵ TAR Puglia, Bari, Sezione I, 14-06-2012, n. 1183; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 17-02-2012, n. 2312.

⁶ Consiglio Stato, Sezione V, 15-03-2010, n. 1500. La controversia, all'esame dei giudici, riguardava l'impugnazione, da parte della seconda classificata, dell'aggiudicazione definitiva di una gara. La società aggiudicataria aveva omesso di dichiarare alla Stazione appaltante che una diversa Amministrazione aveva proceduto alla risoluzione di un contratto di fornitura per inadempimento degli obblighi contrattuali. L'aspetto rilevante, considerato dai giudici, era che il contratto risolto riguardava una fornitura identica a quella per cui è causa e l'impresa privata **aveva fornito materiale differente dalle campionature previste**. Secondo il Collegio, l'omissione, nella quale era incorso l'operatore economico, seppure con un'Amministrazione diversa, era rilevante << [...] anche sotto il profilo della scarsa affidabilità dell'impresa aggiudicataria >>. In particolare, la Corte precisa ancora che la vicenda in esame, che ha visto una grave inadempienza da parte dell'operatore privato 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**.

Quindi, l'errore rimanda a profili oggettivi che sono agevolmente e immediatamente rilevabili da parte di chiunque e quindi anche da pubbliche Amministrazioni diverse dalla Stazione appaltante⁷.

Infatti, la norma si pone l'obiettivo di salvaguardare il requisito di affidabilità posto alla base del rapporto committente-appaltatore.

B) NEGLIGENZA o MALAFEDE RICHIAMA VALUTAZIONI “SOGGETTIVE”

Questa ipotesi di esclusione dell'impresa privata, dalla procedura di affidamento di un contratto pubblico, ha caratteristiche particolarissime, a causa delle quali la giurisprudenza amministrativa e l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici sono intervenute, in diverse occasioni, per fornire puntuali chiarimenti.

Per configurarsi l'ipotesi di esclusione dalla gara, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera F, **prima parte**, del D.Lgs. 163 del 2006, non è sufficientemente una qualsiasi violazione del dovere di diligenza nell'adempimento di pregresse obbligazioni contrattuali.⁸

La Determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici n. 13 del 2003 ha chiaramente precisato che:

- non basta la semplice violazione del dovere di diligenza;
- non basta che i lavori non siano stati eseguiti a regola d'arte;

⁷ TAR Piemonte, Torino, Sezione I, 11-02-2009, n. 401.

⁸ TAR Molise, Campobasso, Sezione I, 23-06-2010, n.236, secondo cui: <<...la gravità della generica negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali non va commisurata all'idoneità della medesima a pregiudicare la realizzazione dello specifico interesse dedotto nella causa del contratto irregolarmente eseguito; ma va commisurata al **pregiudizio arrecato alla fiducia**, all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre, ex ante, nell'impresa cui decide di affidare l'esecuzione di un nuovo rapporto contrattuale>>.

- non basta che i lavori non siano stati eseguiti in modo non corrispondente alle esigenze del committente.

Necessita, soprattutto, che l'inadempimento contrattuale abbia effettivamente leso l'elemento fiduciario⁹ nei confronti dell'impresa privata¹⁰.

Per determinarsi una vera e propria frattura della fiducia, secondo la giurisprudenza amministrativa, occorre che il comportamento dell'operatore economico privato, nei pregressi rapporti contrattuali¹¹, sia stato o gravemente colposo (grave negligenza) o intenzionalmente doloso (malafede).¹²

È evidente che la lesione dell'elemento fiduciario trova la sua ragione di esistenza

⁹ La giurisprudenza prevalente evidenzia, inoltre, la differenza tra la valutazione del grave inadempimento, ai fini della risoluzione del contratto ex articolo 1453 del Codice civile, e la valutazione della grave negligenza ai fini dell'esclusione dalla gara ex articolo 38 del Codice dei contratti pubblici. Ai fini della risoluzione del contratto, l'inadempimento deve pregiudicare la realizzazione della *causa di quel specifico contratto*. Quindi, si valuta l'*interesse all'esecuzione di quel determinato contratto* che andrà analizzato dettagliatamente nei suoi contenuti. Ai fini, invece, dell'esclusione dell'impresa dalla gara pubblica, l'inadempimento, nel pregresso rapporto, deve recare pregiudizio alla fiducia che la Stazione appaltante deve poter riporre *ex ante* nell'impresa cui decide di affidare l'esecuzione di un nuovo rapporto contrattuale. Quindi, la Stazione appaltante può valutare anche *circostanze ulteriori, soggettive ed estrinseche al contratto stesso*.

Molto chiara è la sentenza del TAR Molise, Campobasso, Sezione I, 23-06-2010, n.236, secondo cui <<la valutazione della gravità della negligenza o malafede assume un aspetto più soggettivo (di affidabilità) che oggettivo (il pregiudizio al concreto interesse all'esecuzione della specifica prestazione inadempita). Non a caso, l'articolo 38 lett.f) in questione, a differenza dell'articolo 1453 codice civile, include presupposti espressamente soggettivi (la malafede) oppure avulsi dallo specifico rapporto contrattuale (il grave errore nell'attività professionale), ma comunque idonei ad incidere sull'affidabilità dell'impresa privata e, quindi, sull'immagine della stessa agli occhi della p.a. Ne consegue che il giudizio non è meramente riconducibile a quello privatistico, di cui al più volte citato articolo 1453 codice civile, ma impone la valutazione di circostanze ulteriori, anche estrinseche e soggettive, dalle quale la p.a. appaltatrice possa ragionevolmente temere dell'affidabilità dell'impresa>>.

¹⁰ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 12-01-2010, n.1; TAR, Piemonte-Torino, 05 marzo 2012, n. 303; TAR Marche, Ancona, Sezione I, 21 Aprile 2008, n. 244. Vedi anche Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 12 maggio 2004, n. 8.

¹¹ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 15-07-2003, n. 13; AVCP, Determinazione del 05-12-2001, n. 16/23. Vedi anche Consiglio Stato, Sezione V, 21-01-2011, n. 409.

¹² Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 15-07-2003, n. 13; AVCP, Determinazione del 05-12-2001, n. 16/23; AVCP, Determinazione n. 1 del 12 Gennaio 2010; AVCP, Parere Precontenzioso del 25-07-2012, n. 134: l'autorità, infatti, ha diverse volte precisato che non basta un mero inadempimento <<...occorrendo, invece, una violazione del dovere di diligenza nell'adempimento qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell'impresa>>.

in valutazioni della Stazione appaltante¹³ dal carattere espressamente soggettivo¹⁴, quindi discrezionale.¹⁵

Alla luce di quanto osservato, l'esclusione dalla gara, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera F, prima parte, del decreto legislativo n. 163 del 2006, non può avere carattere sanzionatorio¹⁶.

L'operatore economico privato, che abbia commesso grave negligenza o malafede nei confronti della stessa Stazione appaltante, non può essere per questo escluso automaticamente dalla gara pubblica, ma l'Amministrazione procedente dovrà, in ogni caso, svolgere valutazioni circa la gravità della pregressa negligenza o malafede, riportando le valutazioni eseguite in sede motivazionale.¹⁷

In buona sostanza, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'esclusione da una

¹³ Secondo la prevalente giurisprudenza, la verifica della sussistenza della negligenza o malafede, spetta esclusivamente all'Amministrazione pubblica, in quanto la norma non può essere considerata portatrice dell'interesse dei *singoli partecipanti* alla gara a svolgere indagini e accertamenti sull'affidabilità delle varie imprese concorrenti deducibile dai pregressi rapporti contrattuali. TAR Lombardia, Milano, Sezione I, 19-01-2010, n. 76; TAR Lazio, Roma, Sezione I ter, 26-11-2009, n. 11789; TAR Puglia, Bari, Sezione I, 13-11-2009, n. 2716.

¹⁴ TAR, Piemonte-Torino, 05 marzo 2012, n. 303; Consiglio Stato, Sezione V, 21-01-2011, n. 409; Consiglio Stato, Sezione V, 22-02-2011; n. 1107; Consiglio Stato, Sezione V, 16-08-2010, n. 5725; Consiglio Stato, Sezione VI, 28-07-2010, n. 5029; Consiglio Stato, Sezione VI, 27-01-2010, n. 296; TAR Puglia, Bari, Sezione I, 19-10-2011, n. 1561; TAR Marche, Sezione I, 21-04-2008, n. 244.

¹⁵ Consiglio Stato, Sezione V, 14-04-2008, n. 1716. Nel caso di specie, la società esclusa impugnava l'aggiudicazione definitiva della concessione dell'ippodromo romano a favore della società aggiudicataria, deducendo la pendenza di una lite tra quest'ultima ed il comune di Roma. Il Consiglio di Stato non ha accolto le doglianze del ricorrente, in quanto l'esclusione di un'impresa concorrente, per inadempimento di un precedente contratto, non si applica automaticamente ma spetta alla Stazione appaltante valutare la gravità della violazione. Nel caso in esame, da << tutta la documentazione depositata dal comune di Roma emerge con chiarezza che quest'ultimo ha sempre ritenuto le inadempienze della società [...] non gravi e tali da consentirne, in ogni caso, la partecipazione alla gara pubblica per cui è causa>>.

¹⁶ TAR Piemonte, Torino, Sezione II, 05-03-2012, n. 303. Vedi anche Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 12-05-2004, n. 8, la quale riporta, a titolo esemplificativo, il caso di un'impresa partecipante ad una procedura concorsuale indetta da una Stazione appaltante che precedentemente aveva già risolto un contratto di appalto in danno della stessa impresa. In tal caso, precisa AVCP, non può essere determinata la automatica esclusione dalla gara della suddetta impresa.

¹⁷ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 15-07-2003, n. 13, nella quale si precisa che la percezione e la valutazione della gravità della negligenza o malafede sono stimati direttamente dalla Stazione appaltante, la quale ha un ampio spazio di apprezzamento circa la **valutazione di deficit di fiducia** (ossia la frattura della fiducia).

gara d'appalto, per grave negligenza o mala fede nell'esecuzione di lavori precedentemente affidati dalla stessa Stazione appaltante, 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 l'Amministrazione pubblica e soggetti inaffidabili¹⁸ o che abbiano dimostrato la loro inadeguatezza organizzativa o aziendale¹⁹.

Ne deriva, quindi, che il potere di esclusione ai sensi della disposizione in esame, avendo natura discrezionale, è soggetto al sindacato del giudice amministrativo.²⁰

La giurisprudenza amministrativa definisce la malafede come *volontà fraudolenta* indirizzata alla violazione dei principio generale di buona fede²¹.

Il principio generale di buona fede deve sempre ispirare il comportamento delle parti, sia in fase di interpretazione²² sia in fase di esecuzione dei contratti pubblici.

Esso risponde al dovere di solidarietà, ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione,

¹⁸ CORTESE Pierfrancesco, *La negligenza, la malafede e l'errore grave nei requisiti di ordine generale*, in *Urbanistica e Appalti*, n.5/2007, pagina 608; Vedi anche Consiglio Stato, Sezione V, 21-01-2011, n. 409.

¹⁹ Codice dei contratti pubblici, Giuffrè, 2007, pagina 1630, secondo cui l'obiettivo dell'Amministrazione pubblica dovrà essere quello di individuare delle controparti contrattuali affidabili ed idonee a garantire la realizzazione dell'interesse pubblico, sotteso all'esecuzione del contratto pubblico, **evitando soggetti che hanno dimostrato, nei pregressi rapporti, una inidoneità tecnica-morale**.

²⁰ Consiglio Stato, Sezione V, 25-05-2012, n. 3078; Consiglio Stato, Sezione V, 22-02-2011, n. 1107: <<Trattandosi di esercizio di potere discrezionale, esso è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti>>.

²¹ Consiglio Stato, Sezione V, 12-10-2004, n. 6541 ha ravvisato un'ipotesi di malafede nel caso di un'impresa concorrente che era stata dichiarata decaduta dall'aggiudicazione di una precedente fornitura, con deliberazione della Giunta Municipale, in considerazione del fatto che gli inadempimenti riscontrati e contestati alla fornitrice, per la loro **frequenza, modalità e reiterazione**, sono indicativi di una **volontà fraudolenta** e sono tali da costituire **violazione dei principi di correttezza e buona fede** che sempre devono ispirare il comportamento delle parti nell'esecuzione del contratto. Ciò ha quindi conseguentemente comportato per il Comune il venir meno della fiducia nella propria fornitrice e nella possibilità futura del corretto svolgimento del rapporto contrattuale.

²² Consiglio Stato, 03-03-2004, n. 1058. Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'interpretazione delle clausole del contratto pubblico e del bando devono avvenire secondo i principi ermeneutici generali che danno rilevanza alla buona fede e alle finalità complessive perseguitate dall'Amministrazione pubblica.

ossia al dovere reciproco di collaborazione che impone a ciascuna delle parti contraenti di tenere comportamenti leali e corretti²³ idonei anche a preservare gli interessi della controparte²⁴.

La malafede, quindi, è un comportamento *malizioso*²⁵, *elusivo*²⁶ posto in essere dall'appaltatore al fine di pregiudicare il diritto della Stazione appaltante²⁷.

La negligenza, invece, è definita, dalla giurisprudenza amministrativa, come la mancata esattezza del comportamento professionale *in relazione alle regole d'arte*²⁸.

A titolo di esempio: i gravi ritardi, la frammentarietà²⁹ delle prestazioni o l'inadeguatezza³⁰ delle stesse, la insufficienza delle maestranze e la inesistenza di attività di coordinamento delle squadre di lavoro³¹ senza che l'operatore economico

²³ PENNASILICO Mauro, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, *Rassegna di diritto civile*, 2007, fascicolo 4, pagina 1080.

²⁴ TAR Campania, Salerno, 07-11-2006, n. 1966.

²⁵ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 12-05-2004, n. 8

²⁶ TAR Puglia, Bari, sentenza breve, Sezione I, 14-05-2003, n. 1928: <<... la mala fede dell'impresa è sufficientemente comprovata dai ripetuti espedienti da essa messi in atto al fine di evitare la consegna dei lavori, mediante dichiarazioni di non disponibilità alle diverse date progressivamente fissate dalla stazione appaltante o ingiustificate assenze alle altre date parimenti fissate>>.

²⁷ CORTESE Pierfrancesco, *La negligenza, la malafede e l'errore grave nei requisiti di ordine generale*, in *Urbanistica e Appalti*, n.5/2007, pagina 610, secondo cui la malafede è la sfera soggettiva del contraente che mira a risultati diversi da quelli dichiarati.

²⁸ Consiglio di Stato, Sezione VI, 04-12-2006, n. 7104. Il prolungato ritardo non giustificato (nel caso di specie, ben 97 giorni) che ha caratterizzato l'adempimento di un precedente contratto di fornitura, nonostante le numerose diffide della Stazione appaltante, integra un comportamento gravemente negligente.

²⁹ Consiglio Stato, Sezione V, 29-12-2009, n.8913: vengono menzionati la << disponibilità di un solo addetto al servizio, che spesso si assentava; la lentezza nell'emissione di assegni circolari; la frammentarietà ed il notevole ritardo delle comunicazioni di avvenuto incasso; l'invio degli estratti conto con cadenza trimestrale, anziché mensile; i costanti ed immotivati ritardi nelle valute di accredito degli stipendi>>.

³⁰ TAR Puglia, Lecce, sentenza breve, Sezione II, 20-12-2007, n. 4309: nel caso in esame, la ditta, nonostante abbia richiesto al Comune il rimborso delle spese di guardiana, ha denunciato di aver subito il furto di una parte dei materiali e degli impianti tecnologici installati negli appartamenti, il che, secondo il Collegio, non può non denotare una grave negligenza nell'esecuzione del contratto per ciò che attiene alla adeguatezza della guardiana.

³¹ Consiglio Stato, Sezione VI, 15-05-2012, n. 2761: <<... non si tratta di un mero ritardo nei pregressi contratti [...] ma di lavori iniziati immotivatamente ben oltre la relativa consegna (rispettivamente tre e due mesi dopo), proceduti con estrema lentezza e caratterizzati da ingiustificato e perdurante fermo dei cantieri, da insufficienza delle maestranze, da inesistenza di attività di coordinamento delle squadre di lavoro per assenza del direttore di cantiere>>

riesca a fornire una valida giustificazione.

C) RILEVANZA DELLA MOTIVAZIONE

Come già precedentemente accennato, il carattere discrezionale del provvedimento di esclusione impone alla pubblica Amministrazione di curare la parte motivazionale³² dell'atto formale, in punto di fatto e di diritto³³

L'obbligo di motivazione è un principio generale che vale per tutti i provvedimenti discrezionali.

Nonostante ciò, il legislatore ha ribadito tale principio generale nell'articolo 38, lettera F, del D.Lgs n. 163 del 2006, che richiede, da parte della Stazione appaltante, una <<**motivata valutazione**>> nella determinazione di esclusione³⁴.

Questa espressione è chiaro indice della volontà del legislatore che l'esclusione dell'impresa colpevole di negligenza o malafede avvenga con una valutazione della Stazione appaltante finalizzata effettivamente al perseguimento del pubblico interesse³⁵.

³² CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, pagina 564 secondo cui la *ratio* della motivazione consiste in un vero e proprio controllo sociale sulla non arbitrarietà dell'operato della pubblica amministrazione.

³³ Consiglio Stato, Sezione V, 22.2.2011, n. 1107; Consiglio Stato, Sezione V, 21-01-2011, n. 409. Vedi anche Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza breve, 03-08-2011, n.4629: dagli atti esaminati dai giudici di Palazzo Spada, risulta che, a seguito della contestazione da parte del Comune della negligenza dell'impresa, in una precedente operazione di sepoltura, l'aggiudicataria aveva giustificato il proprio comportamento ad eventi a sé non imputabili (la pioggia). La disposta esclusione è, quindi, per la Sezione Quinta del Consiglio di Stato, infondata, in quanto il Comune doveva fornire un'**adeguata prova della negligenza** ed il provvedimento di esclusione doveva contenere una **adeguata motivazione**.

³⁴ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Deliberazione del 09-05-2007, n.136; TAR Puglia, Lecce, Sezione II, 16-08-2007, n. 3097; TAR Lazio, Sezione III, 03-06-2004, n.5185. Vedi anche Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 12-05-2004, n. 8, che evidenzia come il procedimento amministrativo deve rispettare i principi generali di buon andamento, imparzialità, trasparenza dell'azione amministrativa, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione e della legge 241 del 1990.Questi principi devono trovare applicazione anche nei procedimenti ad evidenza pubblica, ed in particolare si realizzano attraverso le regole di concorsualità e garanzia della parità dei concorrenti.

³⁵ GIACCHETTI Salvatore, *Esclusione dalla gara d'appalto: la JURISDICTION REVIEW delle sezioni*

Anche la giurisprudenza è rigorosa nel pretendere una motivata valutazione, precisa e circostanziata, delle cause di esclusione, che tenga conto dei fatti che hanno determinato la rottura della fiducia³⁶.

Al fine di assolvere all'onere motivazionale³⁷, occorre che la Stazione appaltante svolga prioritariamente una adeguata istruttoria e poi indichi espressamente nel provvedimento di esclusione:

- l'inadempienza, da parte dell'operatore economico privato, nell'*esecuzione* di uno specifico contratto pubblico;³⁸
- che l'inadempienza contrattuale è stata determinata da un comportamento negligente o in malafede;
- la gravità della negligenza o malafede;
- come tale gravità faccia venir meno il requisito dell'affidabilità dell'impresa;³⁹
- come la rottura della fiducia incida sul pubblico interesse a stipulare un nuovo contratto con quell'impresa privata (pubblico interesse è inteso come interesse della collettività e non della sola Amministrazione interessata).⁴⁰

unite: il rebus della giurisdizione disincentiva lo sviluppo, Giurisdizione amministrativa, 2012, pagina 103.

³⁶ Consiglio Stato, Sezione III, 14-01-2013, n. 149: <<... il provvedimento di revoca ha fatto chiaro riferimento alle ragioni per le quali l'amministrazione ha ritenuto di non poter più avviare un nuovo rapporto contrattuale con la Cooperativa. Tali ragioni, come si è prima esposto, non risultano frutto di una valutazione censurabile nemmeno per difetto di motivazione>>.

³⁷ L'art. 3 della L 241/90 prevede non soltanto un *obbligo generale di motivazione*, ma anche l'obbligo di indicare nella motivazione stessa i *presupposti di fatto* e le *ragioni giuridiche* che hanno determinato la decisione finale. La mancanza o l'incompletezza di uno solo di questi requisiti rende il provvedimento viziato per violazione di legge. Vedi CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, 2010, pagina 1220.

³⁸ TAR Piemonte, Torino, Sezione II, 05-03-2012, n. 303.

³⁹ TAR Piemonte, Torino, Sezione II, 05-03-2012, n. 303: << occorre che il provvedimento di esclusione sia adeguatamente motivato con l'indicazione delle **ragioni del convincimento** circa la **mancanza del requisito di affidabilità** dell'impresa partecipante alla gara>>.

⁴⁰ TAR Piemonte, Torino, Sezione II, 05-03-2012, n. 303.

Ai fini di ciò, l'Amministrazione dovrà fornire una prova adeguata, ricorrendo anche a qualsiasi mezzo di prova.⁴¹

L'obbligo di una adeguata motivazione sussiste anche nel caso in cui, nonostante nel pregresso rapporto contrattuale l'impresa privata si è resa responsabile di grave negligenza o malafede, la Stazione appaltante ritenga ugualmente di instaurare un nuovo rapporto contrattuale con la stessa impresa inadempiente⁴².

Anzi, secondo la giurisprudenza amministrativa prevalente, incombe sulla Stazione appaltante un obbligo di *rafforzata* motivazione⁴³.

In molti casi, infatti, si riscontrano delle ulteriori illiceità, come il reiterato affidamento di lavori pubblici alle *medesime imprese* nonostante le precedenti gravi inadempienze contrattuali: scelta che potrebbe nascondere dei collegamenti tra le suddette imprese e i dirigenti addetti alla gestione delle gare di appalto.

D) ESCLUSIONE PER CONDOTTE DI MODESTA LESIVITÀ: VIZIO DI SPROPORZIONE

L'Amministrazione procedente deve valutare la gravità della negligenza o malafede del concorrente, suscettibile di dar luogo all'esclusione di quest'ultimo dalla gara, in ordine all'inadempimento a pregresse obbligazioni contrattuali⁴⁴.

La gravità va commisurata al pregiudizio arrecato alla fiducia nell'adempimento degli eventuali futuri obblighi contrattuali da parte dell'operatore economico

⁴¹ Consiglio Stato, Sezione V, 27-01-2010, n. 296

⁴² Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha ripreso questo principio sostenuto dalla giurisprudenza prevalente. Vedi anche Consiglio Stato, Sezione V, 08-03-2004, n. 2317.

⁴³ Consiglio Stato, Sezione VI, 08-03-2004, n. 1071.

⁴⁴ TAR Puglia, Bari, Sezione I, 25-06-2012, n. 1251. Vedi anche AVCP, Parere 25-02- 2010, n.42; Parere 23-04-2008, n.122.

privato – aspirante aggiudicatario.

Una fiducia che la Stazione appaltante deve poter riporre, *ex ante*, nell'impresa cui decide di affidare l'esecuzione di un nuovo rapporto contrattuale.

È opportuno, perciò, escludere la rilevanza delle modeste inadempienze contrattuali, in quanto connotate da **modesta lesività** in relazione allo specifico rapporto contrattuale⁴⁵.

Anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, con Determinazione del 15-07-2003, n. 13, ha aderito all'orientamento della giurisprudenza amministrativa prevalente secondo la quale è illegittima l'esclusione dell'impresa privata disposta sulla base di vicende delle quali sia obiettivamente verificabile la modesta lesività.

Ciò è dettato da esigenze di ragionevolezza (articolo 3 Costituzione), buona amministrazione (articolo 97 Costituzione), proporzionalità, tutela del diritto di iniziativa economica (articolo 41 Costituzione), tutela del libero e paritario accesso alle procedure contrattuali pubbliche (artt. 3 e 41 Costituzione).

In particolare, ai fini della tutela del diritto di iniziativa economica, sancita dalla nostra Carta costituzionale, occorre impedire che l'applicazione dell'articolo 38, comma 1, lettera F, da parte della Stazione appaltante, si traduca, di fatto, nella espulsione dell'operatore economico privato dal mercato dei pubblici appalti, ossia la esclusione da ogni futuro rapporto contrattuale che l'Amministrazione intenderà costituire, attraverso la strumentalizzazione del concetto di deficit di fiducia⁴⁶.

⁴⁵ TAR Puglia, Bari, Sezione I, 14-06-2012, n. 1183; TAR Puglia, Bari, Sezione I, 25-06-2012, n. 1251; TAR Lazio, Roma, Sezione I ter, 12-12-2006, n. 14212; TAR Lazio, Roma, Sezione III, 11-11-2009, n. 11089.

⁴⁶ TAR Puglia, Bari, Sezione I, 14-06-2012, n. 1183; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 17-02-2012, n. 2312.

A titolo di esempio, la Prima Sezione del TAR Bari, con la pronuncia del 25 Giugno 2012, numero 1251, ha analizzato le ragioni espresse dal Comune di Bari circa l'inaffidabilità di un operatore economico privato concorrente ad un procedimento di affidamento di un contratto pubblico di trasporto scolastico.

Esse richiamavano inadempienze della stessa impresa, in un precedente contratto pubblico, circoscritte ad <<aspetti prettamente formali>>.

A titolo di esempio: la mancata preventiva comunicazione all'Amministrazione dei dati dei nuovi automezzi adoperati per il servizio pubblico e il mancato rispetto del termine massimo per la revisione di “un solo” automezzo.

Tali valutazioni, che richiamano delle semplici omissioni formali, appaiono, per il Collegio della Prima Sezione, manifestamente sproporzionati ed irragionevoli, in quanto <<non risultano aver prodotto concrete ripercussioni sulla qualità del servizio e sulla sicurezza degli utenti>>.

Infatti, osservano i giudici, <<... gli Istituti scolastici hanno costantemente attestato la regolare esecuzione delle prestazioni [...] e non hanno mai mosso contestazioni o segnalato disservizi>>.

Ragion per cui, il provvedimento di esclusione viene annullato dal Tribunale Amministrativo territoriale.

Al contrario, precisano i giudici, se la pregressa condotta tenuta dall'impresa privata, nel precedente rapporto contrattuale con la stessa Stazione appaltante, fosse stata, di per sé, sufficiente ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario, tale discrezionalità dell'Amministrazione pubblica sarebbe divenuta molto limitata, o addirittura nulla.

E) PROROGA O AFFIDAMENTO DI ALTRI CONTRATTI: VIZIO DI CONTRADDITTORIETÀ

Se la Stazione appaltante aveva, precedentemente, disposto la proroga o l'affidamento di nuovi contratti d'appalto, a favore di una determinata impresa privata, senza fare alcun riferimento a precedenti inadempimenti imputabili a quest'ultima, appare contraddittorio che, in un procedimento di gara per l'affidamento di un ulteriore contratto d'appalto, l'Amministrazione adotti un provvedimento di esclusione per grave negligenza o malafede delle stessa impresa privata.

Infatti, se successivamente alla risoluzione per inadempimento alle obbligazioni contrattuali, l'impresa privata ha eseguito correttamente altri appalti verso la stessa Amministrazione pubblica, si può ritenere che sia ricostituito il rapporto fiduciario tra quest'ultima ed il privato⁴⁷.

Perciò, secondo una parte della giurisprudenza amministrativa, il provvedimento di esclusione sarebbe affetto dai vizi della contraddittorietà e sviamento di potere⁴⁸.

⁴⁷ PALMIERI Vincenzo, *L'inadempimento in precedenti contratti come causa di esclusione dalle gare pubbliche*, *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2008, fascicolo 4, pagina 1150.

⁴⁸ Consiglio Stato, Sezione V, Sentenza breve, 03-08-2011, n. 4629; Consiglio Stato, Sezione VI, 28-07-2010, n. 5029. In particolare, Consiglio Stato, Sezione VI, 28-7-2010, n.5029, secondo cui la necessità di garantire l'elemento fiduciario della pubblica Amministrazione, con l'impresa resasi responsabile di grave negligenza , trova un evidente limite nel caso in cui << ... la stessa amministrazione operi una valutazione favorevole sul piano tecnico-morale dell'impresa , rinnovandole fiducia attraverso la proroga o l'affidamento di diversi contratti >>.

2) NEGLIGENZA O MALAFEDE VERSO LA STESSA AMMINISTRAZIONE CHE HA BANDITO LA GARA

Secondo la prevalente giurisprudenza amministrativa, occorre seguire rigorosamente la lettera della norma, al fine di poter notare chiaramente la separazione, attraverso l'utilizzo di un segno di interpunkzione, della prima parte della disposizione (che richiama l'esclusione per grave negligenza o malafede) dalla seconda parte della disposizione (che richiama l'esclusione per grave errore)⁴⁹.

L'orientamento prevalente, quindi, ritiene che la formulazione della norma richiami due concetti palesemente differenti e che hanno anche una diversa applicazione:

- l' “*ERRORE*”: che viene considerato anche laddove si fosse manifestato in condotte tenute dall'aspirante aggiudicatario nell'ambito di precedenti rapporti instaurati con *diverse amministrazioni*;
- la “*NEGLIGENZA*” e “*MALAFEDE*”: che rileva solo nelle condotte tenute dall'operatore economico privato nei confronti della *stessa amministrazione che ha bandito la gara pubblica*⁵⁰;

L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con Determinazione n.8/2004,

⁴⁹ FRANCHINI Claudio, *I contratti di appalto pubblico*, UTET, anno 2010, pagina 441, secondo cui la scelta del legislatore di separare la prima parte della disposizione dal periodo successivo sottende a una chiara diversificazione tra concetti ontologicamente differenti, in quanto << [...] mentre “negligenza” e “malafede” rimandano a profili di soggettività, scaturendo da una complessiva dinamica di situazioni e rapporti intrattenuti con la stessa stazione appaltante, l’ “errore” si connota per una maggiore oggettività, risultando di più agevole e immediata rilevabilità da parte di chiunque >>.

⁵⁰ TAR Piemonte, Sezione I, 08-03-2012, n. 331; Consiglio Stato, Sezione V, n.5892 del 2005; TAR Marche, Ancona, Sezione I, n. 244 del 2008; Consiglio Stato, Sezione III, n. 2403 del 2011.

ritenendo sufficientemente chiara l'espressione utilizzata dal legislatore, ha ribadito che la valutazione delle gravi negligenze o della malafede dell'impresa privata, al fine dell'adozione di un provvedimento di esclusione, deve riguardare l'esecuzione di prestazioni affidate alla medesima Stazione appaltante con cui l'impresa concorrente ha già <<intessuto rapporti contrattuali>>⁵¹.

Quindi, non devono considerarsi i pregressi rapporti con Amministrazioni diverse⁵².

Oltre al dato letterale della norma, si considera inoltre che il legislatore non ha tipizzato le ipotesi di grave negligenza e di malafede idonee a precludere la partecipazione di una impresa ad una gara pubblica⁵³.

Di conseguenza, se la valutazione, eseguita da un determinato Ente pubblico, dell'inadempienza viziata da negligenza o malafede, diventasse un ostacolo per l'operatore economico alla realizzazione di ulteriori e future attività con altre Amministrazioni pubbliche, si avrebbe la violazione dei principi comunitari e nazionali che mirano a favorire la più ampia partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici (cd *favor participationis*), oltre a rappresentare una violazione del principio costituzionale di tutela della libertà di iniziativa economica privata (articolo 41 Costituzione)⁵⁴.

⁵¹ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 12-05-2004, n. 8; TAR Campania, Napoli, Sezione I, 05-04-2006, n. 3415.

⁵² Consiglio Stato, Sezione III, 19-04-2001, n. 2403, secondo cui la determinazione di esclusione del concorrente spetta solo alla stessa stazione appaltante, dal momento che solo a questa spetta di valutare la sussistenza del necessario rapporto fiduciario con l'impresa alla luce dei suoi precedenti contrattuali.

⁵³ BOTTEON F.; *Errore grave o negligenza come causa di esclusione: da riferirsi all'amministrazione che bandisce la gara o a tutte le amministrazioni? Il codice degli appalti estende l'incertezza ai lavori*, in *Contr. Stato e enti pubblici*, 2006, pagina 426.

⁵⁴ TAR Piemonte, Sezione I, 08-03-2012, n. 331; Consiglio Stato, Sezione V, 20-10-2005, n. 5892; TAR Veneto, Sezione I, 15-04-2003, n. 2401.

Infatti, solo un'ampia partecipazione alle gare pubbliche consente all'Amministrazione aggiudicatrice di individuare il miglior contraente e, di conseguenza, conseguire la ***migliore soddisfazione dell'interesse pubblico*** con il contenimento della spesa pubblica⁵⁵.

Alla luce di questi principi, è opportuno che l'articolo 38, comma 1, lettera F, prima parte, sia oggetto di un'interpretazione restrittiva, che consideri esclusivamente le condotte tenute dall'operatore economico privato nei confronti della stessa amministrazione che ha bandito la gara pubblica.

L'Autorità ha chiarito⁵⁶, inoltre, che per << stazione appaltante che bandisce la gara >> deve intendersi non solo la singola Amministrazione che procede all'affidamento del contratto pubblico, ma anche le sue articolazioni territoriali⁵⁷, in quanto fanno parte della struttura della stessa Amministrazione pubblica considerata nella sua interezza⁵⁸.

Il ragionamento sostenuto dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici parte dal presupposto che la Stazione appaltante è un soggetto pubblico dotato di autonoma personalità giuridica che esprime la propria volontà e compie atti giuridici attraverso i propri *organi interni*.

Gli organi interni, a loro volta, possono essere individuati anche nelle strutture periferiche, in cui si articola l'ente pubblico, senza che ciò impedisca il

⁵⁵ PONZIO Silvia, *I limiti all'esclusione dalle gare pubbliche e la regolarizzazione documentale*, in *Foro amministrativo CDS*, 2011, 7-8, pagina 2464.

⁵⁶ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 12-05-2004, n. 8.

⁵⁷ TAR Piemonte, Torino, Sezione II, 05-03-2012, n. 303. Nella sentenza si precisa che il compartimento territoriale dell'Anas è una mera articolazione di un unico ente, territorialmente diviso e, quindi, non ha una personalità giuridica autonoma; sicché, la grave negligenza nell'esecuzione dei lavori in favore di un compartimento territoriale rileva anche nelle gare bandite da altro compartimento.

⁵⁸ Vedi anche Consiglio Stato, Sezione V, 25-08-2006, n. 4999; Consiglio Stato, Sezione IV, 12-06-2007, n. 3092; Consiglio Stato, Sezione V, 2006, n. 4999.

mantenimento della unitarietà della stessa Amministrazione.

Appare doveroso, a riguardo dell'*errore professionale*, richiamare un orientamento minoritario della giurisprudenza amministrativa, che applica un'interpretazione della norma ancora più restrittiva, secondo la quale la Stazione appaltante può considerare l'errore grave dell'impresa privata solo se commesso verso la “stessa amministrazione” che ha bandito la gara.

Questa giurisprudenza interpreta la lettera F, del primo comma dell'articolo 38, senza conferire all'esclusione alcun carattere sanzionatorio e automatico sia nella prima parte sia nella seconda parte della disposizione.

In questo modo, la Stazione appaltante, anche in caso di grave errore professionale, non può automaticamente disporre l'esclusione dell'aspirante aggiudicatario, ma dovrebbe ugualmente eseguire una valutazione dell'elemento fiduciario nei confronti dell'impresa concorrente, sulla base delle eventuali inadempienze a prestazioni affidate dalla stessa Stazione appaltante.

Secondo questo orientamento, ove contrariamente si opinasse, l'esclusione per grave errore professionale integrerebbe una vera e propria << *incapacità a contrarre con tutte le pubbliche amministrazioni* >>⁵⁹.

La genericità della norma, che sembrerebbe conferire carattere sanzionatorio all'errore grave, determinerebbe una tipologia di esclusione, non puntualmente

⁵⁹ TAR Lazio, Roma, Sezione III, 11-11-2009, n. 11089; TAR Marche, Ancona, Sezione I, 21-04-2008, n. 244; TAR Campania, Napoli, Sezione I, 05-04-2006, n. 3415; TAR Veneto, Venezia, Sezione I, 20-01-2006, n. 109; Consiglio Stato, Sezione V, 20-10-2005, n. 5892. Questo orientamento è condiviso da LEGGIADRO, *Il provvedimento sanzionatorio dell'Antitrust non costituisce causa di esclusione dalle gare, Urbanistica e appalti*, 2003, pagina 1426.

prevista dalla legge, in violazione della tassatività delle sanzioni, dei principi comunitari e nazionali che mirano a favorire la più ampia partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici e del principio costituzionale di libertà di iniziativa economica.

Per cui, anche l'errore professionale, oltre alla grave negligenza, deve essere stato commesso nei confronti della stessa Stazione appaltante che bandisce la gara, che è l'unico soggetto a poter valutare con adeguatezza le circostanze di fatto relative all'errore professionale o alla negligenza, con riferimento alla *specificità del rapporto*, potendo di conseguenza valutare se, a causa del comportamento della controparte, sia venuto meno il rapporto fiduciario con la stessa impresa⁶⁰.

⁶⁰ Consiglio Stato, Sezione V, 20-10-2005, n. 5892.

3) VALUTAZIONE DELLA NEGLIGENZA O MALAFEDE CON AMMINISTRAZIONI DIVERSE A GARANZIA DELL'ELEMENTO FIDUCIARIO

Secondo una giurisprudenza minoritaria⁶¹, occorre leggere l'articolo 38, comma primo, lettera F, del D.lgs n. 163 del 2006, principalmente in base al suo primario obiettivo: la necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali tra l'Amministrazione pubblica e l'operatore economico privato-aspirante aggiudicatario.

La valutazione, circa la sussistenza dell'elemento fiduciario, spetta esclusivamente alla Stazione appaltante, la quale si esprimerà con un provvedimento adeguatamente motivato, senza che occorra un preventivo accertamento giurisdizionale definitivo.

Sulla base di questa particolare interpretazione della suddetta lettera F, che rimarca ed evidenzia il concetto di elemento fiduciario, ne deriva << *quale indispensabile corollario* >>, ⁶², l'obbligo, per il concorrente-aspirante

⁶¹ Consiglio Stato, Sezione V, 21-06-2012, n. 3666; TAR Lombardia, Brescia, Sezione II, 23-06-2011, n.925.

⁶² Consiglio Stato, Sezione V, 21-06-2012, n. 3666. La vicenda processuale: la società SB ricorreva al TAR per l'annullamento della determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva dell'appalto alla ditta AN. La ditta AN, a sua volta, presentava ricorso incidentale per l'annullamento dell'atto di ammissione alla gara della società SB. Il TAR accoglieva il ricorso incidentale (esaminato prioritariamente, essendo ricorso incidentale “paralizzante”) della ditta AN, dichiarando l'inammissibilità del ricorso principale, in quanto rilevava che la società SB non aveva dichiarato, nella domanda di partecipazione alla gara, che **un altro Comune** aveva stabilito la risoluzione del contratto con la stessa società SB per **gravi inadempimenti contrattuali**. Il TAR, inoltre, **evidenziava che il concetto di errore professionale comprende un'ampia gamma di ipotesi, riconducibili comunque alla negligenza e alla malafede**. Per cui, dai gravi inadempimenti contrattuali con un'Amministrazione diversa (a titolo di esempio: la mancata disponibilità degli autobus indicati in sede di gara, l'impiego di personale privo dei requisiti richiesti, la presenza di un'autorimessa non idonea) veniva accertata la sussistenza di **gravi errori professionali**. Il Consiglio di Stato, in sede di appello, aderiva alla pronuncia del giudice di prime cure.

aggiudicatario, di dichiarare in sede di partecipazione alla gara tutti gli elementi che riguardano episodi di negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni effettuate anche << nei confronti di altre Amministrazioni >>.

Quindi, l'impresa concorrente ha l'obbligo di mettere a conoscenza la Stazione appaltante degli inadempimenti contrattuali pregressi determinati da negligenza o malafede o errori⁶³

<<... anche qualora le stesse siano state semplicemente valutate “gravi” (o, per meglio dire, abbiano comportato lo scioglimento del rapporto) dall'Amministrazione con la quale si siano verificate >>⁶⁴.

In questo modo, viene data rilevanza, ai fini dell'esclusione dalla gara, ad ogni errore commesso nell'esecuzione di precedenti appalti pubblici.

Inoltre, questo orientamento minoritario interpreta il concetto di *errore grave*, richiamato dalla normativa comunitaria, nel suo significato così ampio da abbracciare un'ampia gamma di ipotesi, riconducibili comunque⁶⁵ alla negligenza, alla malafede e all'incapacità di assolvere alle prestazioni contrattuali.

⁶³ TAR Veneto, Venezia, Sezione I, 28-06-2010, n. 2727, pronunciandosi preliminarmente sul ricorso incidentale, promosso dalla società aggiudicataria, lo ha accolto, ritenendo illegittima la ammissione alla gara della società ricorrente principale, per la considerazione che a norma dell'articolo 38 del D.Lgs n. 163 quest'ultima doveva essere esclusa dalla gara, in quanto il direttore generale di un'altra Amministrazione pubblica aveva disposto la risoluzione del contratto d'appalto per “gravi e ripetuti inadempimenti dell'appaltatore, ritualmente contestati e di importanza tale da menomare la fiducia nell'adempimento dei successivi obblighi contrattuali”.

Però, successivamente, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2403 del 2011, non ha aderito a questa interpretazione della norma, ritenendo che, **in assenza di una determinazione della stessa Stazione appaltante**, diretta ad escludere dalla gara l'impresa privata concorrente, sulla base di una **motivata valutazione** dei suoi pregressi rapporti contrattuali, è pienamente legittima la ammissione alla gara di quest'ultima.

⁶⁴ Consiglio Stato, Sezione V, 21-06-2012, n. 3666; Consiglio Stato, Sezione V, 16-08-2010, n. 5725; Consiglio Stato, Sezione VI, 28-07-2010, n. 5029; Consiglio Stato, Sezione VI, 27-01-2010, n. 296.

⁶⁵ TAR Puglia, Bari, Sezione I, 14-06-2012, n.1183: secondo cui il fatto che nell'art. 45 della direttiva n. 2004/18 CE, diversamente dall'art. 38, comma 1, lettera F del codice degli appalti, sia sanzionato espressamente l'errore grave, e non già la mala fede, non ha rilievo, giacché il concetto di mala fede ben può essere ricompresa nell'ampio concetto dell'errore grave. Vedi anche Consiglio Stato, Sezione V, 21-06-2012, n. 3666.

Il vigente Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006) è fonte di recepimento della disciplina comunitaria in materia di affidamento di contratti pubblici, in particolare le Direttive Europee n.2004/17/CE e n.2004/18/CE che mirano ad accorpore in un unico testo la disciplina dell'appalto e quella delle concessioni sia sopra soglia comunitaria sia sotto soglia comunitaria.

Per quanto appena esposto, l'articolo 38, comma 1, lettera F, deve essere interpretato in modo coerente con l'articolo 45, comma 2, lettera D, della Direttiva 2004/18/CE laddove prevede espressamente che può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'Amministrazione aggiudicatrice⁶⁶.

Tale disposizione comunitaria permette all'Amministrazione pubblica di procedere all'esclusione a fronte di <<qualsiasi episodio di errore che caratterizza la storia professionale dell'impresa concorrente>> purché sia grave da incidere sull'affidabilità dell'aspirante aggiudicatario⁶⁷.

Inoltre, la formula utilizzata nella disposizione comunitaria corrisponde a quella della seconda parte dell'articolo 38, comma 1, lettera F, del D.Lgs. 163/2006, per cui anche l'ordinamento italiano permette di rilevare qualsiasi tipo di errore professionale che incida sull'affidabilità dell'impresa.

⁶⁶ GALLIASSO Massimo, *L'esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche per grave negligenza o malafede nell'esercizio di precedenti appalti: compatibilità con l'ordinamento comunitario ed obbligo di motivazione*, Il Foro Amministrativo C.d.S, 2007, fascicolo 2, pagina 641. L'autore, dopo aver richiamato la giurisprudenza nazionale che sostiene il principio secondo il quale l'esclusione è legittima solo in caso di negligenza o malafede commesse a danno della medesima Stazione appaltante che bandisce la gara, precisa che detta interpretazione <<... a ben vedere, parrebbe superata dal dettato dell'art. 45, direttiva n. 2004/18/Ce, dal quale non si desume alcuna limitazione nel senso indicato; in sostanza, per l'ordinamento comunitario, parrebbe rilevare qualunque violazione grave commessa a danno di qualsiasi amministrazione pubblica>>.

⁶⁷ TAR Lombardia, Brescia, Sezione II, 23-06-2011, n. 925.

Di conseguenza, l'omessa indicazione, nella domanda di partecipazione alla gara, di pregresse inadempienze, tra le quali anche quelle legate a negligenza o malafede nei rapporti contrattuali con ulteriori e diverse Amministrazioni pubbliche, è idonea ad influire sulla valutazione del rapporto fiduciario e, quindi, sullo svolgimento della procedura concorsuale⁶⁸.

Alla luce di quanto osservato, anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha espressamente evidenziato che comportamenti caratterizzati da grave negligenza o malafede, reiterati e particolarmente seri, tenuti dall'operatore economico privato, nei confronti di uno o più committenti pubblici e conoscibili attraverso la consultazione del Casellario Informatico, possano assumere rilievo per tutte le altre Stazioni appaltanti che intendono attivare una procedura di affidamento⁶⁹.

Di conseguenza, ha previsto che i comportamenti negligenti, tenuti dall'operatore economico privato nei confronti di altre Stazioni appaltanti, risultanti nel Casellario Informatico istituito presso l'Osservatorio per i lavori pubblici, possono essere considerati dall'Amministrazione pubblica procedente, ma solo se la lex specialis di gara lo prevede espressamente⁷⁰.

⁶⁸ Consiglio Stato, Sezione V, 28-06-2006, n. 4201. Nel caso di specie, il bando di gara richiedeva ai concorrenti di attestare, a pena di esclusione dalla gara, che l'impresa non è, negli ultimi tre anni, incorsa in risoluzione di contratti per <<servizi analoghi>> a causa di inadempimenti dovuti ad errore grave ovvero negligenza o malafede nell'esecuzione del contratto.

⁶⁹ Appare opportuno, però, richiamare testualmente il *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici*, Commissione Europea, Bruxelles, 27-01-2011, pagina 56: <<... Inoltre, sarà necessario chiarire la portata dell'applicazione della legislazione nazionale sui casi di esclusione. Se si attribuisse agli Stati membri la facoltà di introdurre altri casi di esclusione nella propria legislazione nazionale, essi potrebbero far fronte con maggiore efficacia ai problemi specifici generati da comportamenti commerciali scorretti connessi al contesto nazionale. D'altro canto, i specifici casi di esclusione nazionali comportano sempre un rischio di discriminazione nei confronti degli offerenti esteri e potrebbero minare il principio di condizioni di parità a livello europeo >>.

⁷⁰ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 12-05-2004, n. 8. Vedi anche Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Parere di Precontenzioso del 09-10-2007, n. 42.

Nel Casellario Informatico sono inseriti gli episodi di grave negligenza, malafede o errore grave nell'esecuzione dei contratti ovvero gravi inadempienze contrattuali, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, lettera P, del DPR n.207 del 2010.

La giurisprudenza prevalente ritiene legittima la clausola del bando che richiede ai concorrenti – aspiranti aggiudicatari di attestare, a pena di esclusione dalla gara, che l'impresa non è incorsa in risoluzione di contratti per <<servizi analoghi>> a causa di inadempimenti dovuti ad errore grave ovvero negligenza o malafede nell'esecuzione del contratto.

Secondo i giudici, questa clausola non introduce alcuna nuova ipotesi di esclusione dalla gara rispetto a quelle consentite dalla legge, ma rappresenta una specificazione concreta della norma e, soprattutto, delle ampie ed indeterminate nozioni normative di errore, negligenza e malafede⁷¹.

Al riguardo, occorre evidenziare che, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici riconosce alla Stazione appaltante la facoltà di individuare nel bando di gara ulteriori adempimenti, purché proporzionati alle finalità perseguitate dall'Amministrazione e purché non costituiscano delle richieste irrazionali e pretestuose indirizzate ad impedire la più ampia partecipazione alla gara pubblica⁷².

⁷¹ Consiglio Stato, Sezione V, 28-06-2006, n. 4201.

⁷² Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 12-05-2004, n. 8; Vedi anche Parere di Precontenzioso del 25-07-2012, n. 134, nel quale l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha sottolineato che, nel caso sottoposto al suo esame, l'Amministrazione pubblica aveva proceduto all'annullamento in autotutela (eliminando con efficacia *ex tunc*) della risoluzione contrattuale unilaterale precedentemente disposta. Quindi, la risoluzione, eccepita dal ricorrente-non aggiudicatario, **non risulta iscritta nel Casellario informatico** e, di conseguenza, la Stazione appaltante ha considerato <<non grave>> l'inadempimento in questione.

4) ESCLUSIONE PER NEGLIGENZA O MALAFEDE IN PRESENZA DI INFRAZIONI NON DEFINITIVAMENTE ACCERTATE

Secondo la giurisprudenza prevalente⁷³, il grave inadempimento o la malafede dell'operatore economico, nel corso del precedente rapporto contrattuale intercorso con la stessa Stazione appaltante, non presuppone un accertamento in sede giurisdizionale⁷⁴.

Si ritiene sufficiente, quindi, la valutazione che la stessa Stazione appaltante abbia fatto, in sede amministrativa, del comportamento tenuto dall'operatore economico che chiede di partecipare alla nuova procedura di affidamento.

La recentissima sentenza della Sezione VI del Consiglio di Stato ha richiamato questo orientamento, evidenziando che, ove contrariamente si opinasse, la Stazione appaltante sarebbe obbligata, nelle more dell'accertamento giudiziale di pregressi inadempimenti, a contrarre con soggetti nei cui confronti non nutre fiducia, giungendo, quindi, ad un <<risultato paradossale>>⁷⁵.

Il Supremo Consesso di giustizia amministrativa ha precisato che il procedimento ad evidenza pubblica non deve spingersi al punto di far venir meno qualsiasi discrezionalità e fiduciarietà dell'appalto, ma deve lasciare alla Stazione appaltante <<come a qualsiasi contraente dell'ordinamento>> il potere di non trattare e di non

⁷³ Consiglio Stato, Sezione VI, 15-05-2012, n. 2761; Consiglio Stato, Sezione V, 21-01-2011, n. 409; Consiglio Stato, Sezione V, 27-01-2010, n.296; Consiglio Stato, Sezione IV, 12-06-2007, n. 3092; Consiglio Stato, Sezione VI, 08-03-2004, n. 1071; Consiglio Stato, Sezione IV, 25-08-2006, n.4999.

⁷⁴ Consiglio Stato, Sezione VI, 08-03-2004, n. 1071 secondo cui non assume alcun rilievo la rimarcata sindacabilità giurisdizionale della valutazione amministrativa circa la grave negligenza commessa dall'operatore economico nei precedenti rapporti contrattuali. Vedi anche Consiglio Stato, Sezione V, 08-03-2004, n. 2317.

⁷⁵ Consiglio Stato, Sezione VI, 15-05-2012, n. 2761.

contrattare con soggetti con i quali si è intaccato il rapporto fiduciario⁷⁶.

Questa linea interpretativa, adottata dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, deriva dal tenore letterale dello stesso articolo 38, comma 1, del decreto legislativo n. 163 del 2006, che:

- alla lettera **G** richiede espressamente il “*definitivo accertamento*” per le violazioni gravi rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse;
- alla lettera **C** richiede espressamente il “*passaggio in giudicato della sentenza*” per i reati gravi, in danno dello Stato o della Comunità, che incidono sulla moralità professionale;
- alla lettera **F** (oggetto del nostro studio) non richiama né l'uno e né l'altro.

Alla luce di questa attenta osservazione, la giurisprudenza amministrativa giunge pacificamente alla conclusione che, sulla base di una interpretazione “a contrario” della norma *de qua*, deve ritenersi quindi sufficiente l'accertamento in sede amministrativa della causa di esclusione, ex art. 38, comma 1, lettera F.

Infatti, l'esigenza soddisfatta dalla lettera F, della norma in oggetto, è quella di salvaguardare l'elemento fiduciario, evidentemente scalfito in presenza di un giudizio formulato dall'Amministrazione stessa circa la grave negligenza o malafede dell'aspirante partecipante.

Inoltre, la scelta del legislatore di riconoscere potere discrezionale alla Stazione appaltante, nella fase di valutazione delle gravi negligenze commesse nei precedenti appalti dall'operatore economico che partecipa nuovamente ad una gara

⁷⁶ Consiglio Stato, Sezione VI, 15-05-2012, n. 2761.

pubblica, trova piena giustificazione sul piano logico non solo nella esigenza di garanzia dell'interesse pubblico, ma anche in quella di ***speditezza dell'azione amministrativa***.

D'altronde, l' impresa interessata non verrebbe lesa nel proprio diritto di difesa (ai sensi degli articoli 3, 24 e 133 della Costituzione) in quanto le viene comunque assicurata una adeguata tutela sia avanti al giudice ordinario (in merito alla risoluzione contrattuale avvenuta con determina dirigenziale) sia avanti al giudice amministrativo (in merito ai riflessi sulle gare successive ad essa)⁷⁷.

Anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) ha seguito questa linea interpretativa.

Merita attenzione la Determinazione numero 1 del 12 Gennaio 2010, la quale, al punto 8, dispone che la grave negligenza e la mala fede non debbano essere accertate in sede giurisdizionale, dovendosi ritenere sufficiente la valutazione fatta dalla stessa stazione appaltante, in sede amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dall'impresa concorrente.

Una recentissima sentenza del TAR, Piemonte, Torino, Sezione II, 05-03-2012, n. 303, riprende dettagliatamente i principi appena visti, al fine di decidere una particolare controversia che vede l'impresa ricorrente impugnare l'esclusione, disposta con determinazione dirigenziale nel Dicembre 2005, dalla gara che il Comune aveva indetto per riparare i difetti, i vizi costruttivi e gli errori progettuali

⁷⁷ In particolare, Consiglio Stato Sezione V, 21-01-2011, n. 409, secondo cui: <<... se pure sono apprezzabili le esigenze garantistiche, desunte dagli articoli 24 e 133 del Costituzione, da un punto di vista letterale la definitività dell'accertamento sul presupposto non è richiesta dalla lettera F (a differenza di quanto previsto per le altre ipotesi di esclusione pure contemplate dall'articolo 38, primo comma, come quelle di cui alle lettere C, G e I) >>

di un centro sportivo polivalente edificato proprio dalla stessa ricorrente alcuni anni prima.

Già a Maggio 2005, il Comune aveva presentato, al Giudice ordinario, un ricorso per accertamento tecnico preventivo, propedeutico al contenzioso giudiziario, finalizzato ad accettare e descrivere lo stato dei luoghi.

Pochi mesi dopo, il CTU, nominato dal Presidente del Tribunale, depositava la propria relazione di perizia confermando la “non conformità” dell'opera al progetto.

Di conseguenza, il Comune decideva la rescissione del contratto di appalto.

Sulla base dei fatti su indicati, il TAR ha rigettato il ricorso, in quanto l'esclusione è prevista a presidio dell'elemento fiduciario che deve caratterizzare i rapporti contrattuali di appalto pubblico, inoltre non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto dall'aspirante partecipante nel corso del precedente rapporto contrattuale intercorso con la stessa Stazione appaltante⁷⁸.

Interessante è l'osservazione acuta e precisa, eseguita dal Collegio, secondo la quale << ... *risulterebbe 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* >>.

⁷⁸ Consiglio Stato, Sezione IV, 25-08-2006, n. 4999.

A sostegno della validità delle valutazioni compiute dalla Stazione appaltante, occorre aggiungere che, diversi anni dopo, giungeva la sentenza del Tribunale civile che dichiarava la risoluzione del contratto d'appalto e condannava l'impresa privata a restituire al Comune gran parte degli importi ricevuti ed a risarcire i danni arrecati.

Un diverso orientamento minoritario, invece, ritiene necessaria, ai fini dell'adozione del provvedimento di esclusione dell'impresa concorrente, la previa pronuncia del giudice sulla legittimità della precedente risoluzione contrattuale a danno dell'impresa privata.

Questo orientamento evidenzia che, diversamente opinando, le imprese private si vedrebbero costrette, in fase di esecuzione del contratto pubblico, ad accogliere ogni tipo di richiesta della Stazione appaltante per evitare risoluzioni unilaterali che determinerebbero in futuro l'esclusione dalle successive gare.

Inoltre, l'impresa esclusa sarebbe costretta a ricorrere al giudice ordinario per far accertare l'illiceità della risoluzione del precedente contratto⁷⁹.

Interessante è la pronuncia del T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione III, 21-02-2009 n. 249, secondo la quale la Stazione appaltante, per disporre l'esclusione dell'impresa, non deve limitarsi all'accertamento della sussistenza di un provvedimento di risoluzione di un precedente contratto stipulato tra le parti, ma occorre anche che questo accertamento sia connotato da un certo grado di *intangibilità*.

⁷⁹ POGLIOTTI Giovanna, *La facoltà dell'amministrazione di escludere un'impresa dalla gara ai sensi dell'art. 75, comma 1, lett. F, d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554*, in *Rivista trimestrale appalti*, 2004, pagina 1118. Vedi anche PALMIERI Vincenzo, *L'inadempimento in precedenti contratti come causa di esclusione dalle gare pubbliche*, *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2008, fascicolo 4, pagina 1150.

Per motivare il proprio orientamento, i giudici richiamano, in particolare, la sentenza della Corte di Giustizia CE 9 febbraio 2006, in cause C-226/04 e C-228/04, in cui il Giudice comunitario ha statuito che:

“....L’art. 29, primo comma, lett. e) e f), della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non si oppone ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionali in base alle quali un prestatore di servizi che, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non ha adempiuto, effettuando integralmente il pagamento corrispondente, i suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse, può regolarizzare la sua situazione successivamente:

-o in forza di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti,

-o mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale, a condizione che provi di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia presentato un tale ricorso entro questo termine... ”.

La citata giurisprudenza comunitaria è stata perfettamente recepita nelle lettere G e I dell'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006 che espressamente richiamano il concetto di infrazioni “definitivamente” accertate, per cui non rileva, ai fini dell'esclusione, il fatto che un concorrente non sia stato ritenuto, dall'Amministrazione competente, in regola con gli obblighi fiscali e contributivi, laddove, al momento della presentazione della domanda di partecipazione, i relativi provvedimenti siano ancora contestati in sede amministrativa o giurisdizionale.

Nella pronuncia in esame, il Collegio ritiene che, anche in caso di grave negligenza o malafede ai sensi dell'articolo 38 lettera F, non sia legittima l'esclusione dalla gara nel caso in cui l'atto relativo all'accertamento e alle valutazioni delle

pregresse violazioni verificatesi in sede di esecuzione di precedenti contratti sia oggetto di contestazione dell'impresa.

<< Ciò in quanto pure in questo caso sussiste l'esigenza di contemporare le esigenze di buon andamento della P.A. (le quali ostano a che partecipino alle gare ad evidenza pubblica imprese che, in passato, non hanno dato buona prova di sé) con il diritto di difesa che gli artt. 24 e 133 Cost. riconoscono a qualunque cittadino >>⁸⁰.

⁸⁰ T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione III, 21-02-2009, n. 249. Nel caso di specie, l'esclusione dell'impresa, dalla gara per l'affidamento dell'appalto relativo ai lavori di ampliamento e ristrutturazione di un istituto scolastico, è stata disposta, con nota dirigenziale, in quanto la Provincia aveva risolto un precedente ed analogo contratto d'appalto, per gravi inadempienze dell'appaltatore, ritenendo sussistente la fattispecie di cui all'art. 38, comma 1, lettera F del D.Lgs. n. 163/2006. Il TAR ha accolto il ricorso impugnatorio dell'impresa esclusa, annullando il provvedimento di esclusione, in quanto, nel caso di specie, **alla data di adozione del provvedimento impugnato, l'impresa aveva già notificato alla Provincia la domanda di arbitrato**, con la quale chiedeva, inoltre, di dichiarare la risoluzione del contratto stipulato con l'ente per **esclusiva responsabilità del committente pubblico**.

5) ESCLUSIONE PER NEGLIGENZA O MALA FEDE MOTIVATA

PER RELATIONEM A PREGRESSE VICENDE NEGOZIALI

L'esclusione del concorrente dalla procedura di affidamento del contratto pubblico può essere motivata per relationem all'atto con cui, in un precedente rapporto contrattuale, la Stazione appaltante aveva già provveduto ad evidenziare la grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate alla medesima impresa.

Da un'attenta analisi della recente giurisprudenza amministrativa, si evidenzia come gli atti richiamati “per relationem” possono essere di diversa natura.

A) RICHIAMO PER RELATIONEM AL PRECEDENTE ATTO RISOLUTORIO ADOTTATO DALLA STESSA STAZIONE APPALTANTE

In particolare, può essere richiamato un provvedimento, della stessa Stazione appaltante, che dispone la risoluzione di un precedente contratto d'appalto, per grave negligenza o malafede dell'operatore economico privato che concorre alla nuova gara.⁸¹

L'intervenuta rescissione del pregresso rapporto contrattuale, a seguito di contestazione all'impresa concorrente di specifici e reiterati contegni contrattuali di per sé soli sufficienti ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario, giustifica

⁸¹ Consiglio Stato, Sezione VI, 08-03-2004, n. 1071 secondo cui la Stazione appaltante non ha violato la previsione normativa in materia di esclusione dalla gara per grave negligenza laddove esclude il concorrente, richiamando, *per relationem*, il provvedimento con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, la stessa Amministrazione aveva provveduto alla rescissione sulla scorta di ritenuti e ripetuti inadempimenti contrattuali. Vedi anche Consiglio Stato, Sezione IV, 2007, n. 3092; Consiglio Stato, Sezione V, 2006, n. 4999; Consiglio Stato, Sezione VI, 08-03-2004, n. 1071; TAR Liguria, Sezione II, 04-02-2005, n. 158; TAR Lazio, Roma, Sezione III, 18-01-2005, n. 342.

ex se l' esclusione dalla gara pubblica.

Ma va tenuto conto che, in altre pronunce, i giudici amministrativi hanno evidenziato che, laddove la Stazione appaltante, nonostante la grave negligenza o malafede dell'impresa privata nel precedente rapporto contrattuale, non avesse proceduto allo scioglimento del vincolo⁸², questa scelta non costituisce di per sé prova della insussistenza delle inadempienze addebitate all'impresa.

Ebbene, in diversi casi, la scelta dell'Amministrazione di favorire il mantenimento in vita del contratto pubblico può essere determinato da ulteriori ragioni di opportunità e di interesse pubblico (a titolo di esempio, per la prossimità della scadenza del contratto o per la necessità di disporre del bene, anche se in ritardo, per ragioni di pubblica utilità dell'oggetto)⁸³.

Ai fini dell'assolvimento all'onere motivazionale, imposto dall'articolo 38, lettera F, del D.Lgs n. 163 del 2006, il provvedimento di esclusione potrà richiamare anche delle note di contestazioni, relazioni di consulenti, di esperti contabili o di periti, oltreché relazioni predisposte dagli uffici della medesima Stazione appaltante⁸⁴

⁸² Consiglio Stato, Sezione VI, 04-12-2006, n. 7104. Nel caso in esame i giudici evidenziano che la circostanza che l'amministrazione ha optato per il mantenimento del contratto anziché per la sua risoluzione non è dirimente, in quanto da una nota dirigenziale si evince che l'amministrazione ha optato per attendere l'adempimento tardivo, anziché risolvere il contratto, stante la pressante esigenza di poter disporre quanto prima dei beni.

⁸³ Consiglio di Stato, Sezione V, 29-12-2009, n.8913. Nella fattispecie esaminata dal Supremo Collegio, viene richiamata una delibera dell'Amministrazione la quale espressamente precisa che non si è ritenuto di procedere alla rescissione della convenzione con il precedente gestore in considerazione della prossimità della sua scadenza.

⁸⁴ Consiglio Stato, Sezione V, 29-12-2009, n.8913, la quale nell'esaminare la ***congruità della motivazione*** posta a fondamento del mancato invito, da parte di un Consorzio, all'Istituto bancario a cui era stata affidata la precedente gestione del servizio di cassa, ha ritenuto corretto che l'indicazione degli addebiti, rivolti all'operatore escluso, ***fosse ricavabile per relationem dagli atti della relazione del consulente contabile***. Precisamente, nel caso di specie, gli addebiti mossi alla ricorrente risultano richiamati nel preambolo della delibera del Consorzio, con riferimento alla relazione degli uffici consorziati e dell'esperto contabile competente, che fanno valutazioni di fatti incidenti sul rapporto fiduciario e quindi utili a giustificare, sul piano logico, il mancato invito alla trattativa privata.

B) RICHIAMO ALL'INADEMPIMENTO DI UNA SECONDA IMPRESA

Secondo una parte della giurisprudenza, i fatti e gli elementi oggetto di valutazione da parte della Stazione appaltante, al fine di rilevare comportamenti viziati da negligenza o malafede, si possono spingere fino al punto di considerare l'inadempimento posto in essere da una società fusa per incorporazione o da una società che precedentemente faceva parte di un raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) o di una associazione temporanea di imprese (ATI)⁸⁵.

Infatti, l'ipotesi di fusione per incorporazione di una società in un'altra non comporta l'estinzione del soggetto giuridico incorporato.

Senza contare, poi, che gli obblighi dichiarativi nelle gare di appalto sussistono anche nei confronti degli amministratori della società incorporata.

Per cui, il soggetto giuridico incorporato non diviene un nuovo e autonomo soggetto giuridico, ma subisce una vicenda modificativa della propria sfera giuridica⁸⁶.

Una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato, la numero 409 del 2011, in materia di esclusione dalle procedure di gara per violazione dell'articolo 38, comma 1, lettera F, del D.Lgs 163 del 2006, richiama diversi principi pacifici nella giurisprudenza amministrativa.

Appare opportuno ricostruire e analizzare la controversia dedotta all'attenzione

⁸⁵ TAR Lazio, Roma, Sezione III, 21-10-2011, n. 8127. Nella controversia all'esame dei giudici, la società ricorrente aveva partecipato ad un appalto, in qualità di mandante di un RTI, ma, la Stazione appaltante dispose la risoluzione del contratto per negligenza e malafede nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali. La stessa società, con diversa denominazione sociale, successivamente, partecipava ad un'altra gara indetta dalla stessa Stazione appaltante, la quale, però, adottava un provvedimento di esclusione ritenuto legittimo dal Tribunale amministrativo territoriale.

⁸⁶ TAR Veneto, Venezia, Sezione I, 23-03-2012, n. 412; Consiglio Stato, Sezione IV, 2011, n. 18

della Sezione Quinta e le argomentazioni esposte.

La ditta individuale Alfa veniva esclusa dal procedimento di gara per l'affidamento dei lavori di sistemazione della viabilità dell'area cimiteriale, con provvedimento dirigenziale, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera F, del D.Lgs 163 del 2006.

L'esclusione avveniva in quanto, anni prima, il medesimo Comune aveva emanato un provvedimento di risoluzione contrattuale, per grave inadempimento dell'appaltatore, in relazione ad un altro contratto che aveva come oggetto dei lavori di realizzazione di infrastrutture idriche e fognanti della zona industriale.

In quella circostanza, la ditta Alfa assumeva la qualità di capogruppo di una Associazione temporanea di imprese (ATI).

La ditta lamentava che l'Amministrazione avrebbe inadeguatamente motivato il provvedimento di esclusione, facendo mero riferimento al precedente provvedimento di risoluzione contrattuale, senza operare alcuna valutazione circa la gravità delle negligenze verificatesi nel caso specifico.

Il Comune, in particolare, giustificava l'esclusione della società in quanto quest'ultima, in qualità di capogruppo dell'ATI, aveva subito la risoluzione in danno di precedente contratto con la stessa Amministrazione.

Tale risoluzione, a parere dell'Ente, faceva venir meno il rapporto fiduciario con la Stazione appaltante, stante anche il breve lasso di tempo intercorso dal provvedimento di risoluzione del precedente contratto pubblico.⁸⁷

Con sentenza breve, il T.A.R. Puglia, Bari, Sezione I, n. 2716 del 2009, respingeva il ricorso, ritenendo che fosse giustificata l'esclusione da parte della Stazione

⁸⁷ T.A.R. Puglia, Bari, Sezione I, n. 2716 del 2009.

appaltante, in quanto

<< l'espressa e nitida valutazione >> dell'Ente si collega alla pregressa vicenda negoziale pienamente a conoscenza del ricorrente.

La pronuncia suddetta del T.A.R. Puglia è stata pienamente condivisa dal Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi in sede di appello promosso dalla ditta individuale Alfa.

Il Supremo Consesso di

giustizia amministrativa evidenzia che la mancanza di ulteriori parametri da parte del legislatore dimostra la volontà di riconoscere in capo alla Stazione appaltante un ampio potere discrezionale nella fase valutativa circa la rilevanza della gravità della negligenza e la sussistenza o meno del requisito dell'affidabilità⁸⁸.

Inoltre, secondo giurisprudenza costante, la gravità della negligenza, che ha spinto l'Amministrazione ad adottare il provvedimento di esclusione, può essere desunta da qualsiasi mezzo di prova e, quindi, anche da una precedente determinazione dirigenziale⁸⁹ che abbia già accertato il fatto storico della risoluzione di un precedente contratto dal quale è sorta la valutazione della inaffidabilità della stessa impresa nuovamente concorrente⁹⁰.

⁸⁸ Consiglio Stato, Sezione V, 21-01-2011, n. 409.

⁸⁹ Consiglio Stato, Sezione IV, 3092 del 2007; Consiglio Stato, Sezione VI, 08-03-2004, n. 1071; Consiglio Stato, Sezione IV, 25-08-2006, n.4999; T.A.R. Piemonte, Sezione II, 04-02-1999, n. 110; T.A.R. Catania, Sezione IV, 07-12-2011, n. 2932. In particolare, Consiglio Stato, Sezione V, 21-01-2011, n. 409, secondo cui: << è stato chiarito dalla giurisprudenza che l'esclusione della ditta che sia incorsa in grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla Stazione appaltante, nella vigenza dell'articolo 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, non presuppone il definitivo accertamento di tale comportamento, essendo sufficiente la valutazione fatta dalla stessa Amministrazione col richiamo per relationem all'atto con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, la Amministrazione aveva provveduto alla risoluzione per inadempimenti contrattuali >>.

⁹⁰ Vedi anche TAR Puglia, Bari, sentenza breve, Sezione I, 14-05-2003, n. 1928, secondo cui il provvedimento di esclusione è stato adottato dallo I.A.C.P con riferimento alle gravi ragioni che avevano spinto il Consiglio di amministrazione a deliberare la **rescissione del contratto di appalto precedentemente stipulato** con la stessa impresa. Il Collegio, dopo un'attenta analisi della documentazione depositata dalle parti, ha ritenuto emergente il comportamento elusivo e negligente tenuto dalla ricorrente.

Merita particolare attenzione la sentenza del T.A.R. Sicilia, Catania, Sezione IV, 07-12-2011, n. 2932.

Nel caso di specie i giudici amministrativi sono andati oltre, in quanto hanno ritenuto corretto che la Stazione appaltante, nella valutazione della negligenza o malafede, si spingesse fino al punto di considerare i comportamenti avuti dal rappresentante legale dell'impresa concorrente, nell'ambito di un'altra e diversa impresa aggiudicataria di un precedente contratto d'appalto con la stessa Amministrazione pubblica.

In particolare, la sentenza evidenzia come << ciò che si è registrato nel caso in esame è che il legale rappresentante di una società appaltatrice sia stato in pratica il dirigente/datore di lavoro, sebbene nell'ambito di una seconda impresa, del responsabile dell'Ufficio Tecnico della Stazione appaltante >>.

Per cui << sostenere che le cariche ufficiali siano in questo caso sganciate dalle vicissitudini personali di coloro i quali le rivestono significa ignorare il reale perimetro del concetto di frode, che è integrata non solo da inadempimenti o irregolarità formali, ma anche da comportamenti scorretti o adottati in regime di assoluta incompatibilità >>⁹¹.

Alla luce dei fatti indicati, ne è seguito che la rescissione, che fu operata dal Comune, nei confronti della società appaltatrice, spiega necessariamente i suoi effetti anche nei confronti di una terza società cessionaria del ramo di azienda. Del resto, secondo la Corte, se così non fosse, lo strumento posto a tutela dell'Ente

⁹¹ T.A.R. Sicilia, Catania, Sezione IV, 07-12-2011, n. 2932

(ossia l'esclusione dalla gara per negligenza o malafede) potrebbe essere facilmente vanificato mediante una altrettanto fraudolenta cessione di ramo di azienda ad una società terza⁹².

Non sempre i Tribunali amministrativi competenti territorialmente sono concordi nel ritenere che la motivazione per relationem sia sufficiente ad esplicare la valutazione della Stazione appaltante, circa la gravità della negligenza o mala fede, richiamando, in alcuni casi, la necessità di ricorrere alla motivazione analitica⁹³.

Merita un richiamo la pronuncia del TAR Puglia, Lecce, Sezione II, 20-12-2007, n. 4309, la quale ha un contenuto interessante ed imprescindibile da un'altra sentenza alla quale è strettamente collegata, ossia la n. 3097 del 16-08-2007.

I fatti analizzati dalla sentenza n. 4309 costituiscono lo sviluppo di una precedente controversia, nella quale l'impresa impugnava l'esclusione da una gara pubblica lamentando che la Stazione appaltante motivava la propria decisione semplicemente richiamando il provvedimento con il quale era stato risolto un precedente contratto d'appalto stipulato tra le medesime parti.

Il TAR Lecce con sentenza del 16-08-2007, n. 3097, si pronunciava annullando il

⁹² T.A.R. Sicilia, Catania, Sezione IV, 07-12-2011, n. 2932: << *Per confutare le ragioni fatte valere dalla ricorrente il Collegio ritiene sufficiente richiamare le argomentazioni contenute nella sentenza del Tribunale di Caltagirone [...] emessa all'esito del giudizio promosso proprio dalla attuale ricorrente per contestare dinanzi a quel giudice la citata rescissione del contratto, e che dà contezza di tutte le circostanze legittimamente valutate dal Comune ora intimato nell'escludere la ricorrente dalla gara >>.*

⁹³ TAR Lombardia, Milano, Sezione III, 11-06-2003, n. 3077 secondo cui il semplice richiamo al provvedimento di rescissione di un precedente contratto non legittima l'esclusione dalla gara, se l'impresa privata, prima della rescissione, aveva instaurato un giudizio arbitrale per ottenere la risoluzione del medesimo contratto e tale giudizio si è concluso con declaratoria di responsabilità della Stazione appaltante.

provvedimento di esclusione.

La Sezione Seconda ha ritenuto che il giudizio valutativo, da parte della Stazione appaltante, è mancato, in quanto il rinvio *ob relationem* alla delibera della giunta non è sufficiente ad integrare il corretto assolvimento da parte della Stazione appaltante dell'onere motivazionale (nel caso in esame aggravato da un semplice richiamo alla normativa di settore) non potendosi evincere dal contenuto di tale delibera la gravità della negligenza contestata alla ditta esclusa.

La sentenza suddetta analizza anche il contenuto della delibera, richiamata dalla motivazione del provvedimento di esclusione, con la quale il Comune contestò i lavori eseguiti dall'impresa nel precedente contratto d'appalto, evidenziando che:

<< dalla citata delibera, infatti, si desume una contestazione in ordine alla incompletezza delle opere eseguite a quella data dall'appaltatore, ma anche la circostanza che quest'ultimo si dichiarava contestualmente pronto al completamento dei lavori a fronte del pagamento immediato delle somme all'uopo necessarie: in definitiva, una situazione contrattuale fluida ed in itinere in cui non è ravvisabile il richiamato presupposto della grave negligenza o malafede >>.

Nelle more della decisione del ricorso, il Comune, in esecuzione dell'ordinanza cautelare del TAR, procedeva ad un riesame della questione e la nuova determinazione dirigenziale riconfermava l'esclusione del ricorrente il quale adisce nuovamente il TAR per impugnare la seconda decisione sulla base delle stesse argomentazioni.

In tal caso, però, il TAR Lecce, con sentenza del 20-12-2007, n. 4309, ha ribaltato il proprio orientamento, ritenendo legittima l'esclusione dell'impresa dalla gara

pubblica, in quanto la grave negligenza (consistita nella violazione dell'obbligo di sorvegliare un cantiere, in pendenza dell'effettuazione del collaudo delle opere realizzate) secondo i giudici è stata pienamente accertata dal Comune nel momento in cui è stata richiamata una delibera che aveva proceduto alla risoluzione di un precedente contratto⁹⁴.

6) LA VALUTAZIONE DELLA NEGLIGENZA O MALAFEDE NON SI ESTENDE ALLA FASE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

⁹⁴ TAR Puglia, Lecce, sentenza breve, Sezione II, 20-12-2007, n. 4309: nel caso in esame, la ditta, nonostante abbia richiesto al Comune il rimborso delle spese di guardiana, ha denunciato di aver subito il furto di una parte dei materiali e degli impianti tecnologici installati negli appartamenti, il che, secondo il Collegio, non può non denotare una grave negligenza nell'esecuzione del contratto per ciò che attiene alla adeguatezza della guardiana.

Ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera F, prima parte, del decreto legislativo n. 163 del 2006 (Codice degli appalti) sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavoro, forniture e servizi (né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti) gli operatori economici che, secondo motivata valutazione della Stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o mala fede nell'***esecuzione*** delle prestazioni affidate dalla Stazione appaltante che bandisce la gara.

Una oculata e scrupolosa interpretazione letterale della norma in esame, ci conduce, inevitabilmente, alla conclusione che i fatti valutati dalla Stazione appaltante, riconducibili alla mala fede e alla negligenza dell'operatore economico escluso, devono chiaramente manifestarsi esclusivamente nella fase di esecuzione del rapporto contrattuale⁹⁵.

Sulla base di questa interpretazione, non assume alcuna incidenza la malafede o negligenza manifestata nelle fasi iniziali della procedura ad evidenza pubblica, nelle quali la Stazione appaltante procede alla scelta del contraente.

Di particolare interesse è la pronuncia del Consiglio di Stato, Sezione VI, 01-06-2012, n. 3282, la quale richiama i principi appena esposti.

Nel caso in esame, la Stazione appaltante, per disciplinare la gara pubblica,

⁹⁵ Consiglio di Stato, Sezione VI, 01-06-2012, n. 3282: nel caso di specie, il Collegio ha evidenziato che anche il regolamento(*Lex Specialis*) adottato dalla Stazione appaltante deve avere il medesimo ambito applicativo della legge richiamata. Vedi anche Consiglio Stato, Sezione V, 22-08-2003, n. 4750.

emanava un apposito regolamento che prevedeva espressamente l'esclusione dei soggetti che abbiano commesso grave negligenza o mala fede nei << rapporti negoziali >> con l'istituto pubblico.

L'espressione utilizzata, ossia i rapporti negoziali in genere, è stata interpretata dalla Stazione appaltante al fine di includervi i fatti caratterizzanti il procedimento di scelta del contraente, oltre alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale.

Di conseguenza, l'Amministrazione ha escluso un operatore economico, da una procedura pubblica, in quanto pendeva, contro l'amministratore della società, un procedimento penale, con rinvio a giudizio, per aver reso false dichiarazioni nella domanda di partecipazione alle precedenti gare pubbliche.

Il Supremo Collegio, nella sentenza predetta, ritiene, invece, che il provvedimento di esclusione sia illegittimo, giacché, nella fase procedimentale di scelta del contraente, secondo le norme del Codice dei contratti pubblici, non si possono ravvisare dei veri e propri

<< rapporti negoziali >>.

Per comprendere le ragioni posti alla base di questa interpretazione, occorre rammentare che il procedimento ad evidenza pubblica consta di 4 fasi:

- 1°fase) deliberazione a contrarre (determina);
- 2°fase) svolgimento della gara e aggiudicazione del contratto pubblico;
- 3°fase) stipulazione del contratto;
- 4°fase) approvazione del contratto.

In particolare, la fase che caratterizza il procedimento di scelta del contraente

(ossia la 2° fase), necessaria per l'affidamento di un contratto pubblico al migliore offerente, presenta una duplice valenza: pubblicistica e privatistica.

In particolare, vi sono sia atti privatistici, finalizzati alla formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione, sia atti amministrativi finalizzati all'adozione del provvedimento finale di scelta del contraente⁹⁶.

Alla luce di quanto osservato, si può concludere, aderendo alla pronuncia del Collegio, che nella fase di scelta del contraente non esistono veri e propri <<rapporti negoziali>>.

Diversamente, invece, avviene nel momento formale della stipulazione del contratto (ossia la 3° fase), che costituisce tipica espressione di una atto integralmente privatistico.

Ma i giudici di Palazzo Spada vanno oltre.

Su un piano più generale, ricordano fermamente che i principi costituzionali ed europei, oramai consolidati nel nostro ordinamento, impongono il rispetto di regole oggettive e determinate nello svolgimento delle procedure concorsuali.

Quindi, l'indeterminatezza e la vastità della nozione di «connotazione fiduciaria», delle relazioni tra Stazione appaltante ed operatore giuridico, non deve autorizzare l'Amministrazione ad emanare un regolamento che presenti una portata applicativa più ampia al punto di superare i limiti oggettivi espressamente richiamati dall'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici.

Per cui, estendere la valutazione della mala fede e negligenza anche alla fase di scelta del contraente, significherebbe assegnare alla Stazione appaltante un potere

⁹⁶ RUSSO Carmine, *La giurisdizione ed il rito degli appalti pubblici*, Giuffrè, 2012, pagina 4.

eccessivo e, quindi, illegittimo.

7) NEGLIGENZA E MALAFEDE: EVOLUZIONE NORMATIVA E COMPATIBILITÀ CON L'ORDINAMENTO COMUNITARIO

In passato, l'operatore economico che, nel corso dell'esecuzione di un lavoro pubblico si fosse reso colpevole di malafede o di negligenza, veniva escluso dalla partecipazione a tutte le gare successive indette da qualunque Stazione appaltante.

Di fatto, si determinava la cosiddetta *esclusione permanente* dell'impresa colpevole, in quanto l'articolo 3, comma terzo, delle “Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato” R.D. del 18 novembre 1923, n. 2240, prevede che sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede.

Inoltre, l'esclusione e' dichiarata con atto insindacabile della competente Amministrazione Centrale, la quale ne da' comunicazione alle altre Amministrazioni pubbliche⁹⁷.

Diversi anni dopo, l'ordinamento comunitario intervenne nella materia degli appalti.

Nel dettaglio, distingueva i diversi settori:

- a)Appalti di LAVORO: la Direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, dispone, all'articolo 24, primo comma, lettera D, che può essere escluso

⁹⁷ Già la legislazione pre-unitaria (R.D. 04-05-1885, n. 3074) attribuiva alla Pubblica Amministrazione il “potere di esclusione permanente” nei confronti delle imprese che fossero state inadempienti nei precedenti contratti. Tale disposizione è stata successivamente ripresa dalla legislazione di contabilità dello Stato.

dalla partecipazione all'appalto ogni imprenditore che, in materia professionale, abbia commesso un errore grave, accertato mediante qualsiasi mezzo di prova addotto dall'Amministrazione aggiudicatrice.

b)Appalti di FORNITURA: la Direttiva 93/ 36/ CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, all'articolo 20, primo comma, lettera D, prevede che può essere escluso dalla partecipazione ad un appalto qualunque fornitore il quale si sia reso responsabile di gravi violazioni dei doveri professionali, provate con qualsiasi elemento documentabile dall'Amministrazione.

c)Appalti di SERVIZI: la Direttiva 92/ 50/ CEE del Consiglio del 18 giugno 1992, all'articolo 29, primo comma, lettera D, prevede che può venir escluso dalla partecipazione ad un appalto qualunque prestatore di servizi il quale si sia reso responsabile di gravi violazioni dei doveri professionali, provate con qualsiasi elemento documentabile dall'Amministrazione.

Dalla lettura della normativa comunitaria, si evince chiaramente che l'operatore economico subiva l'esclusione dalle future gare laddove fosse incorso:

- in un grave errore professionale (mancano, quindi, i riferimenti alla negligenza o malafede)
- nello svolgimento di lavori o forniture o servizi (sono richiamati tutti i settori)
- verso una qualsiasi Stazione appaltante (non solo quella che bandisce la gara)⁹⁸.

⁹⁸ PALMIERI Vincenzo, *L'inadempimento in precedenti contratti come causa di esclusione dalle gare pubbliche*, *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2008, fascicolo 4, pagina 1147.

Molti anni dopo, nel settore dei lavori pubblici, il Legislatore italiano recepì solo parzialmente le cause di esclusione previste dalle suddette Direttive comunitarie.

Infatti, l'articolo 75, comma 1, lettera F, del DPR n. 554 del 1999 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici) riportava una specificazione ben precisa, in quanto indicava che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni i soggetti che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla Stazione appaltante che bandisce la gara.

Da quanto detto, derivava che, la causa di esclusione dell'impresa, dalla realizzazione di lavori pubblici, andava riferita solo al caso di:

- grave negligenza o malafede
- con la stessa Stazione appaltante che bandisce la gara⁹⁹

Invece, nel settore delle forniture e dei servizi pubblici, era prevista l'esclusione dei concorrenti che avessero commesso un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale , accertato dall'Amministrazione aggiudicatrice con qualsiasi mezzo di prova, ai sensi dell'articolo 11, comma primo, lettera C, del decreto legislativo n. 358 del 1992 e dell'articolo 12, primo comma, lettera C, del decreto legislativo n. 157 del 1995.

A decorrere dalla data di entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 163 del 2006) è stato abrogato l'articolo 75 del DPR n. 554 del 1999 su visto.

⁹⁹ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 12-05-2004, n. 8 aveva messo in evidenza come la normativa nazionale all'epoca in vigore (cioè l'articolo 75, comma 1, lettera F, del DPR 554/1999) fosse riduttiva rispetto all'articolo 24 della Direttiva 93/37/CEE nel quale non era contenuto il riferimento alla “medesima stazione appaltante”.

In particolare, l'articolo 38, comma primo, lettera F, oggi in vigore, rappresenta una sintesi tra tutte le norme interne precedentemente esistenti, sia nel settore dei lavori sia nel settore di forniture e servizi pubblici, al fine di creare una disciplina unitaria¹⁰⁰.

L'aspetto più rilevante è rappresentato dal fatto che la disposizione, che richiama la negligenza o la malafede dell'operatore privato, trova applicazione, oltre all'esecuzione dei lavori pubblici, anche agli appalti di servizi e forniture pubbliche.

Infatti, la norma, oggi ancora in vigore, richiama in generale il concetto di <<**prestazioni**>>¹⁰¹.

Quindi, l'articolo 38, comma 1, lettera F del D.Lgs. 163 del 2006, prevede che sono esclusi, dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici, gli operatori economici 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 un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova.

Per completezza di esposizione è opportuno ricordare che, nel 2004, al fine di

¹⁰⁰ FRANCHINI Claudio, *I contratti di appalto pubblico*, UTET, anno 2010, pag. 440; PALMIERI Vincenzo, *L'inadempimento in precedenti contratti come causa di esclusione dalle gare pubbliche*, *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2008, fascicolo 4, pagine 1144-1153

¹⁰¹ SAITTA Fabio, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavoro, servizi e forniture*, CEDAM, 2008, pagina 262 ss.

favorire una disciplina unitaria e, soprattutto, il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, intervenne l'ordinamento comunitario con la ***Direttiva 2004/18/CE*** del Consiglio del 31 marzo 2004.

In particolare, l'articolo 45, comma 2, lettera D, prevede espressamente che può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico che abbia commesso un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'Amministrazione aggiudicatrice¹⁰².

Notiamo, quindi, che l'ordinamento comunitario, anche nel 2004, ha ripreso soltanto il concetto di <<errore grave>>, senza alcun riferimento ai concetti di <<negligenza>> e <<malafede>> , i quali, invece, trovano ancora dimora nell'ordinamento italiano.

Nell'articolo 38, comma 1, lettera F, prima parte, del decreto legislativo n. 163 del 2006 (Codice degli appalti), il legislatore, infatti, è ricorso nuovamente all'utilizzo dei concetti di grave negligenza e malafede dell'operatore economico privato.

Essi devono presentare una gravità tale da incidere sull'immagine del concorrente-aspirante aggiudicatario agli occhi della stessa Stazione appaltante che bandisce la gara¹⁰³.

Invece, l'articolo 45, comma 2, lettera D, della Direttiva 2004/18/CE non richiama, nella propria formulazione, i suddetti concetti, ma fa esclusivamente riferimento all'ipotesi di errore grave nell'esercizio della propria attività professionale,

¹⁰² Norma dal contenuto praticamente analogo all'articolo 24 della previgente Direttiva 93/37/CEE.

¹⁰³ Consiglio Stato, Sezione V, 21-01-2011, n. 409; Consiglio Stato, Sezione III, 04-11-2011, n. 5866; Consiglio Stato, Sezione V, 21-06-2012, n.3666.

accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'Amministrazione procedente.

Secondo parte della giurisprudenza amministrativa, non si rinviene alcun contrasto tra le due norme indicate, in quanto il concetto di errore grave, richiamato dalla normativa comunitaria, ha un contenuto indeterminato e molto ampio da abbracciare un'ampia gamma di ipotesi, riconducibili comunque¹⁰⁴:

- alla negligenza,
- alla malafede,
- all'incapacità di assolvere alle prestazioni contrattuali.

Quindi, il tenore letterale della norma comunitaria¹⁰⁵, più ampio e generico rispetto al testo della norma nazionale di attuazione, permette di ricomprendere nell'ampio ed indeterminato concetto di “errore grave” anche le particolarissime ipotesi di malafede e negligenza¹⁰⁶.

¹⁰⁴ TAR Puglia, Bari, Sezione I, 14-06-2012, n.1183: <<La circostanza che nell'art. 45 della direttiva n. 2004/18 CE, diversamente dall'art. 38, co.1, lett,f) del codice degli appalti, sia sanzionato espressamente l'errore grave e non già la mala fede, non ha rilievo giacché quest'ultima ben può essere ricompresa nell'ampio concetto del primo >>. Vedi anche Consiglio Stato, Sezione V, 21-06-2012, n. 3666.

¹⁰⁵ TAR Puglia, Bari, Sezione I, 14-06-2012, n. 1184, secondo cui <<La estraneità della fattispecie della “mala fede” nella norma nazionale, non assume in realtà alcuna valenza decisiva, ben potendosi ritenere compresa nell'ampio ed indeterminato concetto di “errore grave professionale”. Anzi, il tenore letterale della norma comunitaria, più ampio e generico del testo della norma nazionale di attuazione, renderebbe possibile, secondo tesi tuttavia minoritaria, qualificare come ostativo qualsiasi episodio di errore, ovunque commesso, quindi anche presso stazioni appaltanti diverse...>>.

¹⁰⁶ Consiglio Stato, Sezione IV, 12-10-2004, n. 6541 ha evidenziato, inoltre, che anche la nozione comunitaria di “gravi violazioni dei doveri professionali” abbraccia un'ampia gamma di ipotesi comprendenti anche la grave negligenza, errore e malafede, purché tutte qualificabili gravi.

8) AMPIEZZA DEL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLA DECISIONE DI ESCLUSIONE PER NEGLIGENZA O MALAFEDE

Il provvedimento di esclusione dalla gara, a danno dell'impresa colpevole di negligenza o malafede nei pregressi rapporti contrattuali, essendo esercizio del potere discrezionale della Amministrazione pubblica al fine di realizzare un pubblico interesse, sarà soggetto al sindacato del giudice amministrativo per le ipotesi di violazione di legge ed eccesso di potere.

L'eccesso di potere, quale forma di vera e propria “patologia”¹⁰⁷ della discrezionalità amministrativa, si rinviene ognqualvolta si possa ritenere che l'esclusione dalla gara sia avvenuta per finalità diverse rispetto a quelle perseguitate dall'articolo 38, comma 1, lettera F del D.Lgs. 163 del 2006.

Il sindacato giurisdizionale, però, non può estendersi alle ragioni di “opportunità e convenienza” dell’azione amministrativa, che spettano solo all’Amministrazione procedente, ma sarà possibile solo nei soli limiti¹⁰⁸ delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

Le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione sono intervenute, con la sentenza n. 2312 del 17 febbraio 2012, in materia di travalicamento dei “limiti esterni” della giurisdizione del giudice amministrativo chiamato a sindacare sulla valutazione della Stazione appaltante di escludere l'impresa concorrente, aspirante aggiudicataria, per negligenza o malafede nei pregressi rapporti.

¹⁰⁷ BARTOLINI A., Dizionario di diritto pubblico, Milano, 2006, IV, pagina 2869: l'eccesso di potere assume il carattere di patologia attinente alla violazione dei principi sulla funzione.

¹⁰⁸ Consiglio Stato, Sezione V, 22-02-2011, n. 1107; TAR Puglia, Bari, Sezione I, 25-06-2012, n. 1251.

La vicenda processuale

A) Esclusione dell'impresa per grave negligenza nei pregressi rapporti contrattuali
Trenitalia S.p.A., nel maggio 2009, deliberava l'esclusione delle offerte, presentate dalla società PMA, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera F del D.Lgs. 163 del 2006.

Il provvedimento di esclusione era motivato dalla valutazione della Stazione appaltante che la PMA avesse commesso grave negligenza nell'esecuzione delle prestazioni affidate nei pregressi rapporti contrattuali, al punto che Trenitalia aveva deciso di procedere alla risoluzione per inadempimento delle obbligazioni contrattuali.

B) Impugnazione dell'esclusione al TAR che rigetta il ricorso

La società PMA presentava ricorso al TAR, per impugnare il provvedimento di esclusione.

Il Tribunale amministrativo territoriale rigettava il ricorso, ritenendo sufficiente la valutazione negativa in termini di affidabilità fatta dalla Stazione appaltante senza che fosse necessaria una sentenza definitiva che accertasse l'inadempimento contrattuale pregresso.

C) Il Consiglio di Stato annulla l'esclusione per "contraddizioni" e "inattendibilità" delle Valutazioni tecniche

In grado di appello, il Consiglio di Stato, all'esito di accertamenti tecnici effettuati sulle presunte inadempienze contrattuali commesse dalla società PMA, annullava il provvedimento di esclusione, adottato dalla Stazione appaltante, in quanto ritenuto viziato da eccesso di potere per sussistenza dell'indice sintomatico dello svilamento

di potere.

Il Supremo Collegio evidenziava che <<....la conclusione del venire meno della fiducia ben può essere sindacata per la sua congruità e immunità da eccesso di potere>>

Nel caso in esame, analizzava i rapporti contrattuali tra le parti sviluppatisi negli anni 2006-2009.

Tale analisi avveniva solo in via incidentale per non travalicare la sfera cognitiva del Giudice ordinario, unico competente in materia di rapporti contrattuali e degli inadempimenti.

Il Consiglio di Stato formulava <<...il sospetto che l'esclusione sia stata determinata da ragioni diverse dalla caduta della fiducia >>.

In particolare, considerava, ai fini di rilevare l' eccesso di potere da parte della Stazione appaltante:

- la “contraddittorietà” tra le gravi inadempienze commesse dall'operatore economico e i successivi rinnovi o proroghe dei contratti a favore dello stesso;
- la “contraddittorietà” tra le gravi inadempienze commesse dall'operatore economico e la scelta della Stazione appaltante di ammettere alla fase di prequalifica della gara in oggetto il medesimo operatore, nonostante potessero già allora emergere i fatti incidenti sulla fiducia;
- la “non condivisibilità” delle valutazioni della Stazione appaltante (detta anche “inattendibilità” delle valutazioni della Stazione appaltante): valutazioni eseguite da una società d'indagine esterna in ordine alla gravità

delle inadempienze contrattuali dell'impresa privata nei pregressi rapporti. Occorre precisare, infatti, che il Consiglio di Stato aveva proceduto alla nomina di un CTU (il quale faceva emergere minori inadempimenti dell'impresa esclusa)¹⁰⁹ e, sulla base delle risultanze del consulente esperto, aveva espresso un giudizio di non condivisione delle valutazioni della Stazione appaltante.

D) Ricorso in Cassazione

Successivamente, la sentenza del Consiglio di Stato veniva impugnata da Trenitalia con ricorso in Cassazione ai sensi articolo 362, comma 1, del Codice di procedura civile.

Trenitalia deduceva che, mentre i primi due parametri (quelli della contraddittorietà) rientravano nel sindacato della giurisdizione di legittimità, il terzo parametro (quello della non condivisione della valutazione) determinava -in tesi- una sovrapposizione del giudice amministrativo alla valutazione della Stazione appaltante.

La Corte di Cassazione, con la sentenza a Sezioni unite del 17 febbraio 2012, n. 2312, ha ritenuto necessario procedere alla chiarificazione della portata dell'articolo 38, comma 1, lettera F del D.Lgs. n. 163 del 2006.

Ha, da subito, precisato di condividere l'orientamento della giurisprudenza amministrativa prevalente(in particolare quello sviluppato nella sentenza del Consiglio di Stato n. 409 del 2011) relativo al sindacato del Giudice

¹⁰⁹ Il giudice amministrativo, al fine dell'accertamento del vizio di eccesso di potere da parte della pubblica Amministrazione, può avvalersi di un consulente ai sensi dell'articolo 67 del decreto legislativo n. 104 del 2010, al quale affidare indagini su materie di elevato profilo tecnico.

amministrativo sulla valutazione discrezionale della pubblica Amministrazione in materia di esclusione di un operatore economico per *deficit* di fiducia.

Nel caso in esame, però, le Sezioni Unite analizzano dettagliatamente gli indici sintomatici richiamati e utilizzati dal Consiglio di Stato.

I parametri n.1) e n.2), basandosi sulle contraddizioni in cui è incorsa la Stazione appaltante, sono ritenuti dalla Cassazione sintomi “correttamente” rilevatori dell'eccesso di potere, giacché rivelano la illogicità della scelta dell'Amministrazione e lo sviamento del potere.

Quindi, *<<la statuizione censurata [che evidenzia i segnali di contraddittorietà nel comportamento della stazione appaltante nella gestione del rapporto] si sottrae di per sé sola alla censura di sconfinamento per la evidente inerenza al sindacato di legittimità...>>*

Al contrario, il parametro n.3), che riguarda la mera “non condivisibilità” (inattendibilità) delle valutazioni eseguite dalla Stazione appaltante, non rappresenta, per la materia di esclusione dalla gara per negligenza o malafede, un corretto sintomo rivelatore del vizio di eccesso di potere.

Introduttivamente, la Cassazione precisa che, in genere¹¹⁰, il parametro dell'inattendibilità (non condivisione) è sicuramente utilizzabile, nel sindacato del giudice amministrativo, come indice rivelatore di eccesso di potere nelle

¹¹⁰ Cassazione, Sezioni Unite, 21-06-2010, n. 14893: *<<...essendo predicibile un sindacato che giunga [...] ben più che al controllo della mera coerenza logica della argomentazione al **diretto sindacato di attendibilità dei giudizi tecnici adottati**, restando esclusa pertanto la possibilità di alcun intervento demolitorio sulle valutazioni attendibili ancorchè opinabili [...] con la conseguenza di veder adottate, in perfetta conformità al ruolo “debole” del sindacato stesso, decisioni di annullamento “con ricorrezione” delle valutazioni delle commissioni esaminatrici affette da **manifesta inattendibilità od implausibilità**>>.*

valutazioni tecniche della Pubblica amministrazione che si avvale di scienze specialistiche o criteri tecnici opinabili (non certi).

<<... il parametro di inattendibilità adottato per individuare, sulla base delle risultanze della CTU, valutazioni tecniche inaccettabili perché affette da pretesi errori madornali [è] ritenuto certamente rispettoso dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa nel sindacato delle valutazioni concorsuali delle commissioni esaminatrici.. >>.

Infatti, la prevalente giurisprudenza, a partire dalla sentenza del Consiglio di Stato del 9 aprile 1999, n. 601, ammette un controllo pieno, **intrinseco**¹¹¹, del giudice amministrativo, sulla valutazione tecnica eseguita dalla pubblica Amministrazione, che gli permette di verificare direttamente l'attendibilità e la correttezza dei criteri tecnici applicati, avvalendosi di regole e conoscenze specialistiche¹¹².

Però, secondo i giudice del Supremo Consesso, sorge un impedimento in relazione a tutti quei casi in cui l'ambito valutativo riservato alla p.a. sia qualificato da evidenti riserve di soggettività della scelta¹¹³.

Al riguardo, la Cassazione precisa che, in tali casi, “l'evidenza dell'errore” diviene *<<... un criterio aperto ad una lettura soggettiva che ne sconsiglia la utilizzabilità come sintomo del censurabile eccesso di potere >>*.

Alla luce di queste osservazioni, ritornando al caso esaminato dalle Sezioni Unite

¹¹¹ CARINGELLA Francesco, Manuale di Diritto Amministrativo, III edizione, Dike, pagina 1027.

¹¹² In passato, la giurisprudenza, invece, riteneva che la discrezionalità tecnica poteva essere oggetto di sindacato solo “estrinseco”, cioè diretto al riscontro degli elementi sintomatici dell'eccesso di potere, quali il difetto di motivazione, l'illogicità manifesta e l'errore di fatto. Vedi GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2012, pagina 825 e seguenti.

¹¹³ DE PAULI Luca, *Esclusione dalla gara per grave negligenza e malafede e giurisdizione del g.a.*, in *Urbanistica e appalti*, n.7/2012, pagina 758.

in materia di appalti pubblici, la valutazione eseguita dalla Stazione appaltante, relativa alla lesione dell'elemento fiduciario nei confronti dell'impresa privata (sulla base di accertamenti tecnici eseguiti da una società esterna di indagine) presenta un << alto tasso di soggettività>> riconosciuta espressamente dal nostro Legislatore.

Infatti, la valutazione sul *deficit* di fiducia, per pregressi gravi inadempienze, rimane legata ad una lettura soggettiva della stessa Stazione appaltante, l'unica che ha il potere di individuare il punto di rottura dell'affidamento verso il contraente – aspirante aggiudicatario.

Questa scelta discrezionale dell'Amministrazione non vede l'applicazione di regole tecniche o di concetti certi e inopinabili, in quanto si basa su criteri indeterminati quali la malafede o inaffidabilità.

Di conseguenza, la Cassazione ritiene che, per la valutazione della Stazione appaltante circa la *rottura* della fiducia, avendo carattere espressamente soggettivo ed essendo frutto di una valutazione discrezionale, l'utilizzo del parametro della inattendibilità appare *inappropriato*¹¹⁴.

Alla luce di quanto esposto, il sindacato del giudice amministrativo, ai fini di rilevare il vizio di eccesso di potere nel provvedimento di esclusione dell'impresa, doveva essere rigorosamente mantenuto sul piano della non pretestuosità delle valutazioni eseguite dalla Stazione appaltante¹¹⁵.

¹¹⁴ Cassazione, Sezioni Unite, 17-02-2012, n.2312

¹¹⁵ Cassazione, Sezioni Unite, 17-02-2012, n.2312 precisa che il controllo del giudice amministrativo, sul provvedimento di esclusione della Stazione appaltante, << deve essere svolto *ab extrinseco* e diretto ad accettare il ricorrere di **seri indici di simulazione** (dissimulante una odiosa esclusione), ma non mai *sostitutivo*>>.

Nel caso in esame, quindi, il giudice amministrativo doveva limitarsi ad evidenziare i segnali logici di contraddizione nel comportamento della Stazione appaltante nella gestione del rapporto con l'operatore economico privato, non potendo, in alcun modo, estendere il giudizio alla *non condivisione* delle valutazioni finali eseguite dalla Stazione appaltante.¹¹⁶

Ai sensi dell'articolo 362 del codice di rito civile, possono essere impugnate con ricorso in Cassazione le decisioni in grado d'appello o in un unico grado di un giudice speciale, per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso.

Secondo un orientamento consolidato, il sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo potrà avvenire non solo in caso di difetto assoluto di giurisdizione di quest'ultimo, ma anche nel caso in cui lo stesso ha travalicato i "limiti esterni" della stessa giurisdizione (sentenza Cassazione n. 28263/2005), in particolare, quando il giudice amministrativo formuli direttamente gli apprezzamenti e gli accertamenti demandati alla pubblica Amministrazione (Sezioni Unite n.2525 del 1964).

In termini chiari e concreti, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia in esame, ma, dal momento che quest'ultimo ha invaso la sfera decisionale riservata alla pubblica Amministrazione, ha, di fatto, travalicato quella

¹¹⁶ DE PAULI Luca, *Esclusione dalla gara per grave negligenza e malafede e giurisdizione del g.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 7/2012, pagina 757: << Il Giudice amministrativo, ad avviso della Suprema Corte, deve pertanto pervenire ad un esito certo in punto di sussistenza di profili di illogicità o di elementi a riscontro di uno svilimento, non potendo porsi di fronte all'esercizio della discrezionalità su di un piano di tipo probabilistico (e che sfoci nella condivisione o non condivisione della scelta), pena il superamento dei limiti della sua giurisdizione e l'invasione di prerogative che spettano solo all'amministrazione >>.

stessa giurisdizione che gli viene riconosciuta¹¹⁷.

Quindi, *l'invasione della sfera decisionale* deriva dal fatto che il giudice amministrativo non si sia limitato ad accertare la legittimità del provvedimento impugnato, ma, concretamente, svolge una valutazione di *opportunità e convenienza* dell'atto impugnato, sostituendosi, attraverso un sindacato di merito, alla pubblica Amministrazione.

Questo sconfinamento, da parte del giudice Amministrativo, dei suoi poteri giurisdizionali è sindacabile dalla Corte di Cassazione in punto di giurisdizione, ai sensi dell'articolo 362 del codice di rito civile.

Secondo le Sezioni Unite, il giudizio di “non condivisibilità” delle valutazioni della Stazione appaltante sul *deficit* di fiducia, determina, anch'esso, uno << sconfinamento nell'area ex lege riservata all'appaltante stesso>> e, quindi, il superamento dei limiti “esterni” della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

Il Consiglio di Stato, che ha emesso la sentenza cassata, quindi, era dotato di piena giurisdizione sulla controversia sottoposta al suo giudizio, però ha esercitato la propria giurisdizione superando <<... *nella cognizione del rapporto in esame, non le regole del proprio giudizio ma le regole della stessa propria cognizione* >>.

Notiamo, quindi come la Cassazione riscontri, da parte del Consiglio di Stato, uno sconfinamento di giurisdizione e non un mero errore di giudizio (quest'ultimo insindacabile da parte della stessa Cassazione, in qualità di Giudice della giurisdizione).

¹¹⁷ SASSANI Bruno, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: le S.U riscrivono l'articolo 111 della costituzione*, in *Diritto processuale amministrativo*, n 4 del 2012, pagine 1589-1601.

La Cassazione precisa, inoltre, che, seppure il giudizio di “non condivisibilità” delle valutazioni della Stazione appaltante ha determinato il superamento dei limiti “esterni” della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, non viene meno il primario obiettivo di assicurare un giusto processo, e tramite esso, una giusta decisione.

Di conseguenza, applicando i principi della *translatio judicii*¹¹⁸, la Suprema Corte cassa, con rinvio, la sentenza con cui il Consiglio di Stato ha ritenuto l'illegittimità del provvedimento di esclusione in ragione della “non condivisibilità” della valutazione eseguita dalla Stazione appaltante e rimette nuovamente le parti ad altra Sezione del Consiglio di Stato.

Su impulso delle parti processuali, si potrà riattivare il giudizio innanzi al Giudice amministrativo d'appello, che potrà riesaminare il rapporto stesso e pervenire a nuova decisione sulla domanda di annullamento del provvedimento di esclusione, nel rispetto ovviamente dei limiti enunciati dalla stessa Suprema Corte.

Quindi, il Consiglio di Stato, esaminando nuovamente la controversia, dovrà rimanere nei limiti del controllo di “non pretestuosità della valutazione della Stazione appaltante”, alla base del provvedimento di esclusione, prestando attenzione a non sconfinare nel giudizio di “non condivisione”¹¹⁹.

¹¹⁸ Con l'introduzione del principio della *translatio judicii*, l'articolo 382 del codice di rito civile deve essere interpretato nel senso che la cassazione “senza rinvio” deve essere disposta solo se non vi sia alcun giudice che abbia giurisdizione sulla domanda. Invece, se non ci sono dubbi sul potere giurisdizionale del giudice che ha emesso la sentenza cassata e il motivo della cassazione è solo lo sconfinamento delle regole per l'esercizio della giurisdizione, si potrà riattivare il processo d'appello per pervenire ad una nuova decisione sulla domanda di annullamento del provvedimento di esclusione.

¹¹⁹ SASSANI Bruno, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: le S.U riscrivono l'articolo 111 della costituzione, cit.* pagina 1600<< In altri termini: la giurisdizione sarebbe stata correttamente esercitata se la domanda fosse stata accolta con la formula della “pretestuosità del comportamento” dell'amministrazione; poiché invece l'azione è stata ritenuta fondata sul presupposto della mera censurabilità dell'attività posta in essere (“non condivisibilità del comportamento) il giudice ha

Si può ragionevolmente concludere¹²⁰ che, negli ultimi anni, il legislatore ha ampliato notevolmente il sindacato del giudice amministrativo, consentendogli, in sede di legittimità, il sindacato sulla discrezionalità amministrativa esteso a controlli di ragionevolezza (ovvero incoerenza, contraddittorietà, arbitrarietà delle scelte rispetto al fine) e di proporzionalità.

La Cassazione civile, però, ritiene che, in caso di discrezionalità tecnica, ove il legislatore riconosca alla PA evidenti riserve di soggettività nella scelta e, soprattutto, manchino parametri scientifici, inopinabili, incontrovertibili, il sindacato del giudice amministrativo deve limitarsi rigorosamente sul piano della non pretestuosità delle valutazioni eseguite dalla Stazione appaltante, senza potersi estendere alla non condivisione delle valutazioni tecniche finali eseguite dalla Stazione appaltante.

Fortuna Di Chio

sconfinato dalla sua giurisdizione >>.

¹²⁰ DE PAULI Luca, *Esclusione dalla gara per grave negligenza e malafede e giurisdizione del g.a.*, in *Urbanistica e appalti*, n.7/2012, pagina 758.

Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici

- 1) Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Deliberazione del 09-05-2007, n.136
- 2) Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 12-01-2010, n.1
- 3) Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 05-12-2001, n. 16/23
- 4) Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 15-07-2003, n. 13
- 5) Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione del 12-05-2004, n. 8
- 6) Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Parere di *Precontenzioso* del 09-10-2007, n. 42
- 7) Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Parere 23-04-2008, n.122
- 8) Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Parere 25-02- 2010, n. 42
- 9) Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici. Parere di *Precontenzioso* del 25-07-2012, n. 134

GIURISPRUDENZA

- 10) Consiglio Stato, Sezione V, 22-08-2003, n 4750
- 11) Consiglio Stato, Sezione VI, 03-03-2004, n 1058
- 12) Consiglio Stato, Sezione III, 19-04-2001, n 2403
- 13) Consiglio Stato, Sezione V, 08-03-2004, n 2317
- 14) Consiglio Stato, Sezione VI, 08-03-2004, n 1071
- 15) Consiglio Stato, Sezione V, 12-10-2004, n 6541
- 16) Consiglio Stato, Sezione V, 20-10-2005, n 5892
- 17) Consiglio Stato, Sezione V, 28-06-2006, n 4201
- 18) Consiglio Stato, Sezione IV, 25-08-2006, n 4999
- 19) Consiglio Stato, Sezione VI, 04-12-2006, n 710
- 20) Consiglio Stato, Sezione VI, 04-12-2006, n 7104
- 21) Consiglio Stato, Sezione IV, 12-06-2007, n 3092
- 22) Consiglio Stato, Sezione IV, 27-11-2007, n 6050
- 23) Consiglio Stato, Sezione V, 14-04-2008, n 1716
- 24) Consiglio Stato, Sezione V, 29-12-2009, n 8913
- 25) Consiglio Stato, Sezione V, 27-01-2010, n 296
- 26) Consiglio Stato, Sezione V, 15-03-2010, n 1500
- 27) Consiglio Stato, Sezione VI, 28-07-2010, n 5029
- 28) Consiglio Stato, Sezione V, 16-08-2010, n 5725
- 29) Consiglio Stato, Sezione IV, 05-01-2011, n 18
- 30) Consiglio Stato, Sezione V, 21-01-2011, n 409
- 31) Consiglio Stato, Sezione V, 22-02-2011, n 1107
- 32) Consiglio Stato, Sezione V, sentenza breve, 03-08-2011, n 4629
- 33) Consiglio Stato, Sezione III, 04-11-2011, n 5866
- 34) Consiglio Stato, Sezione VI, 15-05-2012, n 2761
- 35) Consiglio Stato, Sezione V, 25-05-2012, n 3078
- 36) Consiglio Stato, Sezione VI, 01-06-2012, n 3282
- 37) Consiglio Stato, Sezione V, 21-06-2012, n 3666
- 38) Consiglio Stato, Sezione III, 14-01-2013, n 149
- 39) Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 21-06-2010, n 14893
- 40) Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 17-02-2012, n 2312

- 41) TAR Sicilia, Catania, Sezione IV, 07-12-2011, n 2932
- 42) TAR Campania, Napoli, Sezione I, 05-04-2006, n 3415
- 43) TAR Campania, Salerno, 07-11-2006, n 1966
- 44) TAR Lazio, Roma, Sezione I ter, 12-12-2006, n 14212
- 45) TAR Lazio, Roma, Sezione I ter, 26-11-2009, n 11789
- 46) TAR Lazio, Roma, Sezione III, 11-11-2009, n 11089
- 47) TAR Lazio, Roma, Sezione III, 18-01-2005, n 342
- 48) TAR Lazio, Roma, Sezione III, 21-10-2011, n 8127
- 49) TAR Lazio, Roma, Sezione III, 03-06-2004, n 5185
- 50) TAR Liguria, Genova, Sezione II, 04-02-2005, n 158
- 51) TAR Lombardia, Brescia, Sezione II, 23-06-2011, n 925
- 52) TAR Lombardia, Milano, Sezione I, 19-01-2010, n 76
- 53) TAR Lombardia, Milano, Sezione III, 11-06-2003, n 3077
- 54) TAR Marche, Ancona, Sezione I, 21 Aprile 2008, n 244
- 55) TAR Molise, Campobasso, Sezione I, 23-06-2010, n 236
- 56) TAR Piemonte, Torino, Sezione I, 08-03-2012, n 331
- 57) TAR Piemonte, Torino, Sezione I, 11-02-2009, n 401
- 58) TAR Piemonte, Torino, Sezione II, 05-03-2012, n 303
- 59) TAR Piemonte, Torino, Sezione II, 04-02-1999, n 110
- 60) TAR Puglia, Bari, sentenza breve, Sezione I, 14-05-2003, n 1928

- 61) TAR Puglia, Bari, Sezione I, 13-11-2009, n 2716
- 62) TAR Puglia, Bari, Sezione I, 14-06-2012, n 1183
- 63) TAR Puglia, Bari, Sezione I, 14-06-2012, n 1184
- 64) TAR Puglia, Bari, Sezione I, 19-10-2011, n 1561
- 65) TAR Puglia, Bari, Sezione I, 25-06-2012, n 1251
- 66) TAR Puglia, Lecce, Sezione III, 21-02-2009, n 249
- 67) TAR Puglia, Lecce, sentenza breve, Sezione II, 20-12-2007, n 4309
- 68) TAR Puglia, Lecce, Sezione II, 16-08-2007, n 3097
- 69) TAR Veneto, Venezia, Sezione I, 15-04-2003, n 2401
- 70) TAR Veneto, Venezia, Sezione I, 20-01-2006, n 109
- 71) TAR Veneto, Venezia, Sezione I, 23-03-2012, n 412
- 72) TAR Veneto, Venezia, Sezione I, 28-06-2010, n 2727

BIBLIOGRAFIA

- 73) BARTOLINI A, Dizionario di diritto pubblico, Milano, 2006, IV, pagina 2869
- 74) BOTTEON F *Errore grave o negligenza come causa di esclusione: da riferirsi all'amministrazione che bandisce la gara o a tutte le amministrazioni? Il codice degli appalti estende l'incertezza ai lavori*, in *Contr Stato e enti pubblici*, 2006, pagina 426
- 75) CARINGELLA Francesco, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, III ed.
- 76) CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, pagina 564
- 77) CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI, Giuffrè, 2007, pagina 1630.
- 78) COMMISSIONE EUROPEA, Bruxelles, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici*, 27-01-2011, pagina 56, reperibile *on-line*
- 79) CORTESE Pierfrancesco, *La negligenza, la malafede e l'errore grave nei requisiti di ordine generale*, in *Urbanistica e Appalti*, n5/2007, pagina 608
- 80) DE PAULI Luca, *Esclusione dalla gara per grave negligenza e malafede e giurisdizione del ga*, in *Urbanistica e appalti*, n7/2012, pagina 758
- 81) FRANCHINI Claudio, *I contratti di appalto pubblico*, UTET, anno 2010, pagina 441,
- 82) GALLIASSO Massimo, *L'esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche per grave negligenza o malafede nell'esercizio di precedenti appalti: compatibilità con l'ordinamento comunitario ed obbligo di motivazione*, *Il Foro Amministrativo CdS*, 2007, fascicolo 2, pagina 641
- 83) GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2012, pagina 825 e seguenti
- 84) GIACCHETTI Salvatore, *Esclusione dalla gara d'appalto: la JURISDICTION REVIEW delle sezioni unite: il rebus della giurisdizione disincentiva lo sviluppo*, *Giurisdizione amministrativa*, 2012, pagina 103
- 85) LEGGIADRO, *Il provvedimento sanzionatorio dell'Antitrust non costituisce causa di esclusione dalle gare*, *Urbanistica e appalti*, 2003, pagina 1426
- 86) PALMIERI Vincenzo, *L'inadempimento in precedenti contratti come causa di esclusione dalle gare pubbliche*, *Il Foro Amministrativo CdS*, 2008, fascicolo 4, pagine 1144-1153
- 87) PENNASILICO Mauro, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, *Rassegna di diritto civile*, 2007, fascicolo 4, pagina 1080
- 88) POGLIOTTI Giovanna, *La facoltà dell'amministrazione di escludere un'impresa dalla gara ai sensi dell'art 75, comma 1, lett F, dpr 21 dicembre 1999, n 554*, in *Rivista trimestrale appalti*, 2004, pagina 1118
- 89) PONZIO Silvia, *I limiti all'esclusione dalle gare pubbliche e la regolarizzazione documentale*, in *Foro amministrativo CDS*, 2011, 7-8, pagina 2464
- 90) RUSSO Carmine, *La giurisdizione ed il rito degli appalti pubblici*, Giuffrè, 2012, pagina 4
- 91) SAITTA Fabio, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavoro, servizi e forniture*, CEDAM, 2008, pagina 262 ss
- 92) SASSANI Bruno, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: le SU riscrivono l'articolo 111 della costituzione*, in *Diritto processuale amministrativo*, n 4 del 2012, pagine 1589-1601
- 93) SEMINARIO DI STUDI SULLA RIFORMA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO, SAITTA Fabio , presso l'Università degli studi di Bari Aldo Moro , 13 Aprile 2011
- 94) ZUCCHETTI Claudio, *Avvalimento dei requisiti di altre imprese*, in wwwgiustizia-amministrativa.it