

La decisione di esclusione per "deficit di fiducia e affidabilità", ai sensi dell'art. 38, co. 1 lett. f), del D.Lgs. 163/06 e s.m.i.

di Adriana Presti

1. Cenni introduttivi

La disciplina dell'esclusione dei partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica, come chiarito dal Supremo Consesso della giustizia amministrativa (1), costituisce un regime legale tipico di norme "a fattispecie esclusiva", dato che è preordinato a comprimere posizioni di diritto soggettivo che trovano la loro tutela nella Costituzione (articoli 3 e 41) e che, salvo casi determinati che trovano giustificazione in interessi pubblici ben definiti, devono potersi liberamente esplicare, in condizioni di parità di trattamento e nel rispetto della libera iniziativa economica dei singoli, con la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

Muovendo da tale premessa sia l'ordinamento comunitario che quello nazionale circondano di particolari garanzie la posizione delle imprese partecipanti alle gare indicando in modo puntuale ed analitico per ogni tipo di procedura contrattuale (lavori pubblici, servizi, forniture pubbliche e cd. "settori esclusi") le cause di esclusione.

Tali cause sono essenzialmente riconducibili

alle tre tipologie di requisiti di partecipazione richiesti per l'accesso alle gare (ed il cui difetto comporta l'esclusione), e segnatamente ai requisiti: a) di idoneità/affidabilità morale; b) di capacità economico finanziaria; c) di capacità tecnica e professionale. In ordine a ciascuna delle anzidette categorie la normativa indica analiticamente i presupposti per la sussistenza di ogni specifico requisito in capo alle imprese e le circostanze al cui verificarsi il requisito viene meno e deve disporsi l'esclusione dalla procedura di gara.

2. Il requisito dell'affidabilità morale

In virtù dell'articolo 38, co. 1, lettera f), del D. Lgs. n. 163 del 2006 "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti 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

1) Si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750, il quale sottolinea, altresì, come "... in tali procedure viene distribuita gran parte dei flussi finanziari pubblici reperiti attraverso il prelievo fiscale e gli altri strumenti di finanza pubblica e che costituiscono per gli operatori privati una parte significativa delle risorse disponibili sul mercato".

attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

La disposizione prevede, dunque, due ipotesi di esclusione alternative, discendenti:

i. dalla commissione di grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara (2), o

ii. dalla commissione di un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale. La norma è posta a presidio dell'elemento fiduciario che deve necessariamente connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali della pubblica Amministrazione (3).

Gli scarni parametri (ed in assenza di ulteriori specificazioni) della mala fede, della grave colpa o della grave carenza di professionalità testimoniano la scelta del legislatore di riconoscere all'amministrazione un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza/permanenza del requisito dell'affidabilità.

La misura espulsiva non ha natura

sanzionatoria (4) e non è automatica (5), essendo interamente rimessa al motivato apprezzamento dell'amministrazione la valutazione in ordine alla gravità e alla condotta negligente o in mala fede dell'impresa.

E' stato, dunque, ritenuto che il provvedimento di esclusione dalla gara non presuppone il definitivo accertamento giudiziale (contenuto, ad. es., in una sentenza penale di condanna passata in giudicato) dei presupposti di fatto valutati dall'amministrazione, essendo sufficiente l'apprezzamento in concreto operato dalla stessa stazione appaltante sui fatti imputabili all'impresa. In tale ottica, è idoneo allo scopo l'accertamento in sede amministrativa e/o la pendenza di indagini penali su condotte caratterizzate da negligenza o mala fede nei pregressi rapporti contrattuali (6).

Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'art. 38, co. 1, lett. f) del d.lgs. 163/06 prevede, quale indispensabile corollario di detta disposizione, che il concorrente dichiarato in sede di partecipazione alla gara tutti gli elementi che riguardino eventuali

2) Si tratta di una norma dal contenuto complesso di cui si rinviene traccia già nel Regolamento di contabilità generale dello Stato ovvero nell'art. 68 del regolamento di esecuzione di cui al R.D. 23 maggio 1924, n. 827 (e poi nell'art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, da cui trae spunto l'attuale formulazione). Il quale recitava: "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. La esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale da comunicarsi al ministero delle finanze (ragioneria generale), a cura del quale ne viene data notizia alle altre amministrazioni. Analogamente si provvede per le eventuali riammissioni. Fermo il disposto del precedente comma, la amministrazione ha piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione ...". Per un esame della previgente disciplina si rinvia a A. BALOCCO, A. DEL GIUDICE, La grave negligenza o malafede nell'esecuzione dei lavori ai sensi dell'art. 75, D.P.R. 554/99, Nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1071, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 6, p. 676 e ss.

3) In tal senso si veda ex multis Consiglio di Stato, Sez. V, 25 agosto 2006, n. 4999; Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 marzo 2003, n. 1071; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 05.3.2012, n. 303.

4) In tal senso Consiglio di Stato, Sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078, nel quale si afferma che ai fini dell'applicazione della norma non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente per l'inadempimento in ordine ad un precedente rapporto contrattuale, quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, essendo sufficiente una motivata valutazione della stazione appaltante in relazione alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate dall'amministrazione aggiudicatrice, che abbia determinato il venir meno della fiducia nell'impresa. Sul carattere non sanzionatorio del provvedimento di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. f del d.lgs. 163/06 si veda AVCP, Parere di Precontenzioso n. 42 del 09/10/2007.

5) Ciò in quanto l'apprezzamento dell'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione esclude di per sé qualsiasi automatismo, occorrendo che, come richiesto dalla norma, l'esclusione sia supportata da una "motivata valutazione" della stazione appaltante.

6) Si veda la determinazione dell'AVCP 12 gennaio 2010, n. 1, la quale mette in luce che l'accertamento in sede giurisdizionale della grave negligenza e della malafede non è ritenuto strettamente necessario "dovendosi ritenere sufficiente la valutazione fatta dalla stessa stazione appaltante, in sede amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dall'impresa che intende partecipare alla nuova procedura di affidamento".

Sulla non necessità del definitivo accertamento giudiziale si veda anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 maggio 2012 n. 2761. Non sono, tuttavia, mancate pronunce in senso contrario: v. T.R.G.A., Sez. autonoma Bolzano, 5 febbraio 2002, n. 59, che richiama il precedente del Consiglio di Stato, sez. VI, 9 novembre 1994, n. 1597.

episodi di negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni effettuate nei confronti di altre Amministrazioni (che abbiano comportato lo scioglimento del rapporto) (7).

3. L'esclusione per grave negligenza o malafede

Per configurarsi l'ipotesi di esclusione di cui al primo periodo della lettera f) del co. 1 del menzionato art. 38 non è sufficiente la mera violazione del dovere di diligenza nell'adempimento di pregresse prestazioni contrattuali, venendo in rilievo:

- sul piano soggettivo, la malafede (ossia il dolo) ovvero la negligenza grave;
- sul piano oggettivo, che la condotta si riferisca a precedenti prestazioni affidate dalla medesima stazione appaltante che

bandisce la gara.

Ne discende che ricorre tale ipotesi ogniquale volta vi sia stata una sostanziale alterazione ovvero una rottura dell'elemento fiduciario.

In ordine a detta causa di esclusione è

L'esclusione di un concorrente può essere disposta solo se sia fornita una adeguata prova dell'inadempimento del contratto dovuto a ragioni tali da implicare il venir meno dell'affidabilità dell'impresa nei confronti della Amministrazione: proprio a tal fine, del resto, la fattispecie astratta descritta dall'articolo 38, co. 1, lett. f) del d.lgs. n. 163 del 2006 ha cura di precisare come il grave inadempimento deve caratterizzarsi alternativamente, per il fatto di essere dipeso da una grave negligenza o malafede nell'esecuzione di uno specifico contratto con la medesima stazione appaltante oppure un grave errore nell'esercizio della attività professionale

stato sottolineato (8) come l'ipotesi di cui all'art. 38 lett. f) del Codice Appalti vada distinta nettamente da quella di cui all'articolo 1453 codice civile: dal momento che ai fini della risoluzione ex art. 1453 la gravità dell'inadempimento (9) deve essere valutata in relazione all'interesse all'esecuzione dedotto nel contratto (ed in ultima analisi, in relazione alla realizzazione della specifica e concreta causa di esso), mentre nella valutazione ex art. 38, co. 1, lett. f), la

"gravità" ha una rilevanza, per così dire, esterna, nel senso che deve essere idonea

7) Ex multis Consiglio di Stato, Sez. V, 21 giugno 2012, n. 3666.

8) Ex multis T.A.R. Molise, Sez. I, 21 giugno 2010, n. 236; Consiglio di Stato, Sez. V, 21 gennaio 2011, n. 409.

9) Secondo la prevalente tesi oggettiva.

10) Il T.A.R. Campobasso prosegue osservando: "Ecco che la valutazione 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 quali la p.a. appaltatrice possa ragionevolmente temere dell'affidabilità dell'impresa. Nel caso di specie, se la mancata corretta chiusura di una bara, nell'ambito di un appalto cimiteriale prolungato nel tempo, può anche apparire, ai fini dello specifico rapporto, peraltro ormai già prossimo alla naturale scadenza, un episodio alquanto isolato; ben diverso rilievo essa può assumere, sul piano soggettivo, sull'immagine dell'impresa e quindi sulla fiducia che essa, ex ante, può vantare nei confronti della p.a. per la partecipazione ad altra, analoga, gara d'appalto.

Del resto, proprio come si desume dall'articolo 38 del codice degli appalti, le imprese che voglio aspirare a contrattare con la pubblica amministrazione devono poter vantare un'immagine tecnico-morale specchiata. Nel caso in esame, lo specifico sgradevole episodio, la particolare delicatezza del servizio in cui si è verificato, e l'eco avuto sulla stampa (a conferma della rilevanza sociale e pubblica degli interessi in esso coinvolti) hanno obiettivamente pregiudicato l'immagine della impresa nei confronti della p.a. appaltante e, in ultima analisi, la sua affidabilità; al punto tale che v'è, ragionevolmente, da ritenere che, se la medesima impresa fosse ammessa alla gara e risultasse nuovamente affidataria del servizio cimiteriale, ne risulterebbe compromessa la stessa immagine della p.a., cioè l'affidamento che i cittadini ripongono nell'idoneità della p.a. a gestire il servizio cimiteriale".

ad influire sull'interesse pubblico dell'amministrazione a stipulare un nuovo contratto con l'impresa privata; non a liberarsi dal precedente rapporto, come nel caso della risoluzione.

Ne consegue che **la gravità della generica negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali 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 (10).**

Ecco perché mentre la malafede o la negligenza grave che legittima l'esclusione dalla gara è solo quella commessa, per usare l'espressione della norma, unicamente nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stessa amministrazione, la quale soltanto può esprimere un giudizio, spiccatamente soggettivo, di grave negligenza e malafede, sulla cui base può poi, previa motivata valutazione, escludere la stessa impresa negligente da una successiva gara. L'errore grave, invece, è connotato da aspetti di maggiore oggettività.

La malafede, ad esempio, si configura allorquando è stato posto in essere un comportamento volutamente malizioso o elusivo o fraudolento (11), mentre la negligenza è ravvisabile laddove le precedenti prestazioni contrattuali siano state contraddistinte da ingiustificati e non

trascurabili ritardi, da insufficienza delle maestranze, da inesistenza di attività di coordinamento delle squadre di lavoro per assenza di direttore di cantiere (12), da inadeguatezza (13) e via dicendo.

4. L'esclusione per errore grave nell'esercizio dell'attività professionale

L'ipotesi di esclusione per errore grave riguarda più in generale l'attività professionale dell'impresa e dell'imprenditore e, quindi, la sua reale capacità tecnica e professionale. Si tratta di ipotesi caratterizzata da aspetti di oggettività, più agevolmente e immediatamente rilevabili (14).

La rilevanza di tale condotta non appare circoscritta ai casi verificatisi nell'ambito di rapporti intercorsi con la stazione appaltante che bandisce la gara, **attenendo** indistintamente a tutta la pregressa attività professionale dell'impresa. Si tratta, dunque, di

una condotta sintomatica della perdita del requisito della capacità professionale dell'imprenditore e della affidabilità che influisce sull'idoneità dell'impresa a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico che la stazione appaltante persegue (15).

E' stato, pertanto, ritenuto che rientri in tale ipotesi di esclusione il caso di

La gravità della generica negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali 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

11) AVCP, 8/2004, T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 14 maggio 2003, n. 1928; Consiglio di Stato, Sez. V, 12 ottobre 2004, 6541.

12) In tal senso si veda Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 maggio 2012, n. 2761.

14) T.A.R. Piemonte, Sez. I, 11 febbraio 2009, n. 401.

15) AVCP, determinazione 1/2010.

16) In tal senso si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1500.

17) T.A.R. Piemonte, Sez. I, 11 febbraio 2009, n. 401.

18) Osservano le Sezioni Unite che "... la eventuale sostituzione da parte del giudice amministrativo della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità della amministrazione costituisca ipotesi di "sconfinamento" vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla P.A., quand'anche l'eccesso in questione sia compiuto da una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell'area dell'annullamento dell'atto, è approdo indiscutibile nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite (S.U. 137 del 1999, 19604 del 2003, 28263 del 2005, 9443 del 2011 e 23302 del 2011) al quale il Collegio intende dare piena continuità".

prestazione non eseguita a regola d'arte ovvero di prestazione non conforme alle esigenze della stazione appaltante (16), ed ancora il grave errore di calcolo nella contabilità dei lavori, o nella misurazione del quantitativo di materiali o forniture necessarie all'esecuzione dell'appalto, o un errore grave nelle dimensioni o nella precisa localizzazione o suddivisione interna di un'opera (17).

5. Ampiezza del sindacato giurisdizionale sulla decisione di esclusione per "deficit di fiducia"

Come di recente statuito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, la decisione di esclusione per "deficit di fiducia" è frutto di una valutazione discrezionale dell'Amministrazione, alla quale è rimessa "la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente". Sicché a tal riguardo, il controllo del giudice deve essere svolto abstrinseco e deve essere diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione "dissimulante una odiosa esclusione", ma non può mai essere sostitutivo (Cass. civ., Sez. Unite, 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313) (18). Il sindacato sulla motivazione del rifiuto di aggiudicazione per ragioni di inaffidabilità dell'impresa "deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante come ragione del rifiuto e non può avvalersi,

onde ritenere avverato il vizio di eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa" (Cass. civ., sez. un., cit.).

Sicché, il suddetto potere è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti (19).

6. Il deficit di fiducia nella casistica giurisprudenziale

Il Consiglio di Stato, Sez. V, 3 agosto 2011, n. 4629, nell'ambito di una gara d'appalto per l'affidamento di servizi cimiteriali, ha ritenuto che "l'esclusione di una impresa da una procedura ad evidenza pubblica per grave negligenza o malafede è illegittima qualora la P.A. abbia provveduto a confermare la fiducia

La decisione di esclusione per "deficit di fiducia" è frutto di una valutazione discrezionale dell'Amministrazione, alla quale è rimessa la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente

nei confronti dell'impresa rinnovando o prorogando l'affidamento di diversi contratti" (20). I giudici di Palazzo Spada, in detta occasione,

hanno infatti ritenuto che la proroga e l'affidamento di contratti all'impresa appellante da parte dell'amministrazione, senza alcun riferimento a pregresse inadempienze, **sono chiari indizi dello sviamento e della contraddittorietà di cui è affetto l'atto di esclusione dalla gara per grave negligenza o malafede nello svolgimento di prestazioni affidate all'impresa.** Invero, la necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione fin dal momento genetico, nell'interesse pubblico a non

19) Ex multis cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1107; Consiglio di Stato, Sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078.

20) Nel caso di specie la ricorrente era stata esclusa per grave negligenza nell'esecuzione di un precedente rapporto con l'amministrazione pubblica. In primo grado il Tar aveva confermato la legittimità del provvedimento della stazione appaltante. In sede di appello è stata, invece, messa in luce la reale posizione dell'impresa ricorrente, che per ragioni non dipendenti dal proprio operato era stata costretta a ritardare l'esecuzione di un servizio pubblico affidatole. Successivamente, tuttavia, la stessa amministrazione aveva proceduto a rinnovare all'impresa l'affidamento di diversi servizi, dimostrando così l'affidabilità della stessa.

21) Consiglio di Stato, Sez. VI, 28.7.2010, n. 5029.

stipulare nuovi contratti con l'impresa resasi responsabile di grave negligenza, sempre secondo il Consiglio di Stato, 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 (21).

Di recente, il T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 183 ha osservato che: "... la norma di esclusione non ha carattere sanzionatorio, **ma contempla una misura a presidio dell'elemento fiduciario**, che esclude di per sé qualsiasi automatismo, perché l'esclusione deve essere il risultato di una "motivata valutazione". Nella fattispecie posta al suo vaglio ha ritenuto che non integrata la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del codice degli appalti, attesa la diligenza manifestata dall'appaltatore nel rimediare ai ritardi, peraltro causati da fattori esterni alla sua volontà (nel caso di specie era stato raggiunto un accordo transattivo tra le parti, prima con la fissazione delle penali e poi con la fornitura sostitutiva di ulteriori mezzi).

Il T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 1 febbraio 2013, n. 695, ha ritenuto illegittima l'esclusione disposta a seguito dell'aggiudicazione provvisoria a favore di una società in ragione della circostanza che circa dieci anni prima la medesima

29
società era risultata inadempiente nell'esecuzione di un contratto con la stessa amministrazione. In tale occasione, ha osservato il T.A.R. che *"il decorso di un lungo periodo di tempo - i cui effetti l'ordinamento riconosce e consacra dando vita a istituti ampiamente disciplinati in ogni settore del diritto - determina nella fattispecie in esame l'esigenza di rafforzare l'impalcatura motivazionale del provvedimento, attraverso l'efficace rappresentazione di tutte le circostanze medio tempore verificatesi che possano rilevare nel giudizio riferito alla fiducia nell'impresa contraente"*. Secondo il Collegio l'amministrazione non aveva preso in considerazione una serie di elementi fattuali ulteriori rispetto al lungo lasso di tempo trascorso: quali l'intervenuta transazione fra le parti a seguito del riconoscimento del primo errore da parte della società, la rinuncia a percepire l'importo stabilito per il servizio e l'intervenuta modifica della compagine sociale rispetto ai fatti addebitati, nonché l'acquisizione di idonee certificazioni per i settori di interesse e la gestione positiva di servizi analoghi a quello bandito. Gli elementi di fatto rappresentati avrebbero, quindi, giustificato una *"più meditata valutazione della complessiva idoneità dell'impresa ad eseguire con la dovuta diligenza il servizio in questione evitandosi ogni illogico automatismo conseguente ad un solo episodio sfavorevole accaduto in*

22) In tal caso, in particolare, il TAR ha osservato che: "Il rapporto fiduciario si fonda sull'intuitus personae, e quindi sull'affidabilità del soggetto giuridico con cui l'amministrazione si trova a contrattare, ma, prima ancora, sull'affidabilità delle persone fisiche che, in quanto detentori di rilevanti quote di partecipazione dell'ente o di penetranti poteri gestori, concretamente operano dietro il paravento della soggettività giuridica. E pertanto non appare né illogico né irragionevole che allorché tali persone siano attinte dal sospetto di gravi comportamenti commessi in danno della stessa amministrazione appaltante, questa possa cautelarsi in via di autotutela rescindendo ogni rapporto con l'operatore economico di cui quei soggetti sono espressione. Diversamente opinando, se nei rapporti tra la pubblica amministrazione e i privati la mera forma giuridica dovesse prevalere, sempre e comunque, sulla sua sostanza umana ed economica, fino al punto di impedire all'amministrazione di svolgere quelle normali considerazioni, anche di semplice buon senso, che sono invece consuete nei rapporti contrattuali tra privati (come quella, appunto, di interrompere ogni rapporto con soggetti ritenuti, a ragion veduta, inaffidabili) si finirebbe per legittimare un principio che, in nome di astratte esigenze di tutela dell'iniziativa economica privata, finirebbe per introdurre una irragionevole disparità di trattamento in danno della pubblica amministrazione e dell'interesse collettivo di cui essa è portatrice, creando i presupposti per il facile diffondersi di pratiche elusive della normativa in materia di accesso alle pubbliche gare, prima fra tutte quella consistente nell'occultare dietro lo schermo societario la presenza dominante di soggetti privi dei requisiti di partecipazione o ritenuti inaffidabili dall'amministrazione appaltante". Il T.A.R. ha inoltre osservato che, anche se la "lettera" della disposizione di cui all'art. 38, co. 1 lett. f) del d.lgs. 163/06 non appare direttamente invocabile nel caso di specie (essendo diversi in senso formale il soggetto giuridico imputato di negligenza e malafede nell'esecuzione di un pregresso appalto e quello partecipante alla nuova gara), è applicabile la "ratio" ad essa sottesa che è quella di consentire all'amministrazione di escludere dalla gara imprese ritenute inaffidabili perché responsabili di negligenze o di malafede nell'esecuzione di precedenti rapporti contrattuali con la stessa amministrazione appaltante, o anche con altre amministrazioni.

passato". La pronuncia ha censurato, infine, anche le modalità concrete seguite dalla stazione appaltante per procedere all'esclusione dell'impresa, in quanto la prima, pur essendo in possesso di tutte le informazioni relative al pregresso rapporto "ha dapprima invitato l'interessata a far pervenire la propria offerta e, solo dopo aver riscontrato che aveva formulato il prezzo più basso ed averla finanche invitata a porre in essere le attività propedeutiche allo svolgimento del servizio, le ha comunicato il proprio intendimento di estrometterla dalla procedura". Da ultimo il T.A.R. Piemonte, Sez. I, 5 aprile 2013, n. 425 ha ritenuto legittimi i provvedimenti con i quali una stazione appaltante ha revocato l'aggiudicazione definitiva di un appalto di lavori a seguito della ricezione, quale parte offesa dal reato, della notifica della pendenza, a carico degli amministratori della ditta vincitrice della gara, di procedimenti penali per supposti reati commessi nell'esecuzione di un precedente contratto con la stessa amministrazione. E' da evidenziare che l'impresa aggiudicataria era soggetto formalmente diverso dalla società a cui si riferisce la vicenda penale. Ciò nonostante, è stata ritenuta sussistente una coincidenza tra i soggetti rinviati a giudizio per gravi reati commessi nei confronti della medesima stazione appaltante nell'esecuzione di un diverso rapporto contrattuale ed i soggetti titolari della proprietà e dei poteri di amministrazione dell'aggiudicataria. E ciò perché l'aggiudicataria era subentrata, a seguito

di cessione del ramo di azienda, nella medesima attività di impresa prima svolta dalla società a cui si riferisce la vicenda penale; la proprietà e l'amministrazione dell'impresa aggiudicataria faceva capo ai medesimi soggetti coinvolti nella vicenda penale, alcuni dei quali detenevano le quote dell'azienda ceduta (precedente appaltatrice) ed altri rivestivano rilevanti ruoli gestionali (procuratore speciale e direttore tecnico) nella stessa azienda; le sedi legali e operative delle due società coincidevano (22).

Ed ancora il Consiglio di Stato, Sez. II, 14 gennaio 2013, n. 149 (23) ha ritenuto legittima la revoca dell'aggiudicazione di un appalto ad una ditta motivata con riferimento alla grave negligenza o malafede posta in essere dalla medesima impresa nell'esecuzione di precedenti prestazioni contrattuali affidate da una stazione appaltante diversa da quella che ha indetto la gara. Il provvedimento di revoca, infatti, conteneva una motivata valutazione sulla inopportunità di stipulare un nuovo contratto con un soggetto che era incorso (nel 2009) in una risoluzione per inadempimento (e successivamente aveva omesso di dichiarare tale circostanza in una nuova gara). Nella fattispecie, i giudici hanno ritenuto che una tale esclusione possa avvenire anche se la grave negligenza o malafede è stata commessa a danno di un'amministrazione diversa che è, tuttavia, in fase di fusione con la l'amministrazione che ha bandito la gara (si trattava di due ASL, tra le quali - all'epoca dei fatti - era in corso una

23) Per una disamina approfondita della sentenza si veda la nota a sentenza di G. F. NICODEMO, Sull'esclusione per "grave negligenza" quando è commessa a danno di altre p.a, in Urbanistica e appalti, 2013, 5, p. 545 e ss..

24) Presentata dalla Commissione Europea e in fase di approvazione da parte di Parlamento e Consiglio. Nella versione della Proposta presentata dalla Commissione era previsto altresì che: "Per applicare il motivo di esclusione di cui al punto d) del primo comma, le amministrazioni aggiudicatrici forniscono un metodo di valutazione delle prestazioni contrattuali eseguite che si basa su criteri oggettivi e misurabili ed è applicato in modo sistematico, coerente e trasparente. La valutazione delle prestazioni è trasmessa al contraente in questione, al quale deve essere data la possibilità di opporsi alle conclusioni e di ottenere tutela giurisdizionale.". Allo stato dei lavori risulta che detta disposizione non sarà contemplata nel testo definitivo.

25) Si tratta dell'Emendamento 173 alla Proposta di Direttiva, Articolo 55 - paragrafo 3 - comma 1 - lettera d, contenuto Relazione con emendamenti proposti dal Parlamento europeo alla nuova direttiva sugli appalti pubblici, Draft Report PE, prima lettura - 11 gennaio 2013, reperibile sul sito <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/>. Nella quale si leggono i due testi a confronto: Text proposed by the Commission Amendment (d) where the economic operator has shown significant or persistent deficiencies in the performance of any substantive requirement under a prior contract or contracts of a similar nature with the same contracting authority. (d) where the economic operator has shown significant or persistent deficiencies in the performance of any substantive requirement under a prior contract or contracts of a similar nature whether intentionally or through negligence

fusione).

Sotto un altro angolo prospettico la medesima sentenza ha altresì statuito che la misura adottata non può ritenersi sproporzionata o irragionevole né può considerarsi risalente nel tempo una grave negligenza accertata solo due anni prima della conclusione di un nuovo accordo contrattuale.

7. Conclusioni

È noto che è, attualmente, al vaglio delle Istituzioni dell'Unione europea una proposta per l'adozione di una nuova direttiva sugli appalti pubblici. E', infatti, in discussione

la «Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici» n. 896 del 20.12.2011. L'art. 55, 3° §, 1° co., lett. d), della suddetta Proposta (24), per quel che qui rileva, prevede che: "Un'amministrazione aggiudicatrice può escludere dalla partecipazione a un appalto pubblico qualsiasi operatore economico se una delle condizioni

seguenti è soddisfatta: ... d) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto o di precedenti contratti di natura analoga con la stessa amministrazione aggiudicatrice". Da ultimo, è stato proposto un emendamento (25) alla suddetta disposizione del seguente tenore: "... d) se l'operatore economico, **intenzionalmente o per negligenza**, ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto o di precedenti contratti di natura analoga".

"Si deve ritenere che la disposizione normativa richiamata (art. 38, comma 1, lett. f), del D.Lgs. 163 del 2006) debba trovare applicazione non solo nel caso di grave negligenza (o mala fede) commessa nei confronti della stazione appaltante ma anche nel caso in cui il nuovo soggetto appaltante possa considerarsi il successore del precedente soggetto appaltante (nei cui confronti si è verificata la grave negligenza)". (cfr. Cons. St., 149/2013, cit.)

Come è noto l'art. 45, 2° §, lett. d), della direttiva CE 2004/18 stabilisce, invece, che: "Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico:... d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice". Ebbene da un primo confronto tra le suddette norme comunitarie discendono interessanti spunti di riflessione: la disposizione, anche nella versione emendata dal Parlamento europeo, sembra prima facie animata dalla medesima ratio, di cui si è testé riferito, di quella attualmente vigente (art. 45 della direttiva

CE 2004/18, trasposta nel più volte citato art. 38 D.Lgs. 163/06 e s.m.i.).

Nella bozza di norma in discussione, anche nella versione emendata dal Parlamento europeo, tuttavia, v'è un nuovo riferimento a **"significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale"** nel quadro di un

precedente contratto o di precedenti contratti. Il che di per sé definisce maggiormente la fattispecie di inadempimento che può comportare l'esclusione per deficit di affidabilità. Nella versione emendata della norma si richiamano concetti già noti al nostro ordinamento quali quelli del "dolo/malafede" e della "negligenza", (la norma, infatti, stabilisce che le predette carenze debbano essere state commesse "whether intentionally or through negligence" ossia "intenzionalmente o per negligenza").

Ed ancora nella versione emendata dell'art. 55, 3° §, 1° co., lett. d) della suddetta Proposta sparisce la locuzione "con la stessa amministrazione aggiudicatrice".

La soppressione del riferimento alla medesima amministrazione aggiudicatrice lascia, dunque, concludere che l'esclusione potrà essere disposta per qualsiasi inadempimento in cui l'impresa è incorsa nei pregressi rapporti ("nel quadro di un precedente contratto o di precedenti contratti") con amministrazioni diverse da quella che bandisce la gara. Con il conseguente corollario che il concorrente avrà l'onere di dichiarare in sede di partecipazione alla gara gli eventuali episodi in cui è incorso per negligenza o malafede in "significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale del contratto", affidato da una diversa Amministrazione (onere, peraltro, già oggi affermato da taluna giurisprudenza nazionale).

La Proposta di Direttiva contempla, inoltre, la possibilità per il partecipante di interloquire in questa fase con la stazione appaltante per dimostrare, nonostante la causa di esclusione, ad ogni buon conto la propria affidabilità. Il 4° §, di cui all'art. 55, infatti, dispone: che "Ogni candidato o offerente che si trova in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1, 2 e 3 può fornire all'amministrazione aggiudicatrice la prova che dimostri la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione. (26)".

In altri termini è previsto una sorta di

contraddittorio tra la Stazione appaltante e il partecipante, che dovrebbe (ma non è chiarito) svolgersi parallelamente alla fase di scelta del contraente e non in seguito all'aggiudicazione.

Nella versione della Proposta presentata dalla Commissione era previsto, al secondo comma, altresì che: "Per applicare il motivo di esclusione di cui al punto d) del primo comma, **le amministrazioni aggiudicatrici forniscono un metodo di valutazione delle prestazioni contrattuali eseguite che si basa su criteri oggettivi e misurabili ed è applicato in modo sistematico, coerente e trasparente.** La valutazione delle prestazioni è trasmessa al contraente in questione, al quale deve essere data la possibilità di opporsi alle conclusioni e di ottenere tutela giurisdizionale.". Sennonché, questa disposizione dalla portata innovativa è stata soppressa in sede di Emendamenti dal Parlamento europeo.

Non ci resta dunque che attendere il testo definitivo della nuova Direttiva appalti per poter fare un bilancio tra il vecchio e nuovo: certo è che sarebbe stato auspicabile "un metodo di valutazione delle prestazioni contrattuali eseguite", basato su criteri oggettivi e misurabili ed applicato in modo sistematico, coerente e trasparente.

26) Prosegue la norma: "A tal fine, il candidato o l'offerente dimostra che esso ha risarcito qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, ha chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e che ha adottato provvedimenti di carattere tecnico, organizzativo e personali idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. L'autorità aggiudicatrice valuta le misure adottate dai candidati e dagli offerenti considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito. Se l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che le misure sono insufficienti, essa motiva la sua decisione".

