

Né l'art. 38, comma 1, lett. f), né l'art. 136, del D.lgs. 163/2006, attribuiscono all'amministrazione appaltante il potere disporre il divieto di partecipazione a future gare

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 19-9-2016

1 - La lettera f) dell'art. 38 cit. prevede esclusivamente il potere di escludere dalla procedura di gara gli operatori economici che "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".

2 - Tale potere, come emerge dal chiaro tenore letterale della legge, si esplica nell'ambito delle singole procedure di gara e non può essere esercitato, in via preventiva, precludendo la partecipazione a gare che non siano state indette.

3 - A sua volta, l'art. 136 cit. non ricollega, al presupposto della risoluzione per inadempimento del contratto d'appalto, il potere di imporre alla parte inadempiente un divieto di contrarre in futuro con l'amministrazione.

BREVI ANNOTAZIONI

Nella sentenza in rassegna la seconda sezione del Tar Lecce è chiamata a decidere sul ricorso presentato da una società appaltatrice avverso la decisione con la quale la stazione appaltante aveva imposto, a carico della società medesima, il divieto di partecipazione alle future gare, ciò in seguito a (e a causa di) un provvedimento di "contestazione irregolarità nella fatturazione e nelle procedure adottate nell'effettuazione di forniture di beni ed esecuzione di interventi riparativi."

Il provvedimento era stato adottato nella dichiarata applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), D.lgs. n. 163 del 2006 (che oggi trova il suo corrispondente nell'art. 80, comma 5, lett. c del D.lgs. 50/2016), per il quale "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: [...] f) 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".

Nel ricorso veniva contestata, fra l'altro, proprio la violazione ed erronea applicazione del suddetto disposto normativo, nonché dell'art. 136 del D.lgs. n. 163/2006, in tema di risoluzione contrattuale per inadempimento, entrambi non contemplanti la sanzione del divieto di partecipazione alle future gare.

Oggetto di contestazione era anche la “*violazione dei principi di legalità e di tipicità dell'azione amministrativa*” sul rilievo dell'inesistenza nell'ordinamento di settore di una atto amministrativo siffatto.

La Sezione ha, innanzitutto, ritenuto il ricorso ammissibile tanto sotto il profilo della giurisdizione quanto sotto quello dell'interesse, poiché, nella sua portata oggettiva, la determinazione impugnata riveste, nella parte contestata, una indubbia, seppur illegittima, valenza “*inibitoria*”, di carattere pubblicistico

Si tratta, in particolare, di un provvedimento, di evidente natura unilaterale e autoritativa, che, peraltro, non è contemplato dalle norme sulla risoluzione del contratto d'appalto (artt. 136 e ss. del codice dei contratti pubblici) e non si ricollega, quindi, alla fase di esecuzione del contratto d'appalto. Un provvedimento, pertanto che, incidendo in senso lesivo sulla situazione giuridica dell'interesse legittimo dell'impresa ricorrente a partecipare alle future gare, rientra (ai sensi dell'art. 7, commi 1 e 4, del codice del processo amministrativo) nella giurisdizione amministrativa di legittimità^[1].

Nel merito il Collegio dispone l'accoglimento del ricorso sulla considerazione che *né l'art. 38, comma 1, lett. f), né l'art. 136, del D.lgs. n. 163/2006, attribuiscono all'amministrazione appaltante il potere di applicare un divieto partecipazione a future gare.*

In particolare, la lettera f) dell'art. 38 cit. prevede esclusivamente il potere di escludere dalla procedura di gara gli operatori economici che “*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*”.

Tale potere, come emerge dal chiaro tenore letterale della legge, si esplica nell'ambito delle singole procedure di gara e non può essere esercitato, in via preventiva, precludendo la partecipazione a gare che non siano state indette. L'esclusione è, infatti, scevra da qualsiasi automatismo, essendo collegata ad una “*motivata valutazione*” che la stazione appaltante è chiamata a svolgere, volta per volta, nell'esercizio della sua discrezionalità, e il cui esito non è, ovviamente, preventivabile.

Allo stesso modo, l'art. 136 cit. non ricollega, al presupposto della risoluzione per

inadempimento del contratto d'appalto, il potere di imporre alla parte inadempiente un divieto di contrarre in futuro con l'amministrazione

[\[1\]](#) Cfr. sul punto T.A.R. Sardegna, I, 11 febbraio 2015, n. 294

- omissis -

- Bellizzi s.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Marco Lancieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Francesco Cantobelli, in Lecce alla via Cavour 10;

contro

- l'Azienda per la Mobilità nell'Area di Taranto - AMAT s.p.a., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Roberto Barberio, Luca Barberio e Marco Barberio, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Carlo Mignone, in Lecce alla via dei Salesiani 5;

per l'annullamento

- della nota di AMAT s.p.a. del 7.3.2016, prot. n. 4253/P, trasmessa alla ricorrente a mezzo PEC in pari data, avente a oggetto "Bus n. 616, n. 548 e n. 545 - contestazione irregolarità nella fatturazione e nelle procedure adottate nell'effettuazione di forniture di beni ed esecuzione di interventi riparativi. Provvedimento ex art. 38, del D.Lgs. n. 163/2006", nella parte in cui si dispone il divieto di partecipazione della società ricorrente alle future gare di appalto che saranno indette dalla stessa AMAT, subappalti e contratti di manutenzione e fornitura compresi;

- di ogni altro provvedimento, anche se non noto e, ove esistente, comunque connesso,

preordinato o conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio di AMAT S.p.a..

Visti gli atti della causa.

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a..

Relatore all'udienza pubblica del 29 giugno 2016 il Cons. Ettore Manca e uditi gli Avv.ti Lancieri e e R. Barberio.

Osservato quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Premesso che:

- la società ricorrente impugna la nota di AMAT s.p.a. del 7 marzo 2016, prot. n. 4253/P, avente a oggetto: "Bus n. 616, n. 548 e n. 545 - Contestazione irregolarità nella fatturazione e nelle procedure adottate nell'effettuazione di forniture di beni ed esecuzione di interventi riparativi. Provvedimento ex art. 38, del D.Lgs. n. 163/2006";

- la stessa viene censurata nella parte in cui, a seguito di alcune irregolarità contestate alla società Bellizzi nell'ambito del rapporto di fornitura che la legava all'Azienda, si inibisce alla società medesima "qualsiasi ulteriore partecipazione a future procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti (con estensione ai subappalti e alla stipula di contratti di manutenzione e fornitura) e, comunque, di evidenza pubblica che saranno indette da questa Amministrazione".

- vengono formulati i seguenti motivi di gravame: a) violazione ed erronea applicazione degli artt. 38, comma 1, lett. f), e 136 D.lgs. n. 163 del 2006; violazione dei principi di legalità e di tipicità dell'azione amministrativa; eccesso di potere per difetto dei presupposti e carente istruttoria; sviamento della causa tipica; arbitrarietà e ingiustizia manifesta; b) violazione ed erronea applicazione degli artt. 38, comma 1 ter e 48 D.lgs. n. 163 del 2006; carenza di potere; nullità per difetto assoluto di attribuzione ex art. 21 septies l. n. 241 del 1990; c) violazione ed erronea applicazione degli artt. 7 ss. l. n. 241 del 1990; violazione delle regole del giusto procedimento, del principio del contraddittorio e delle garanzie di partecipazione al procedimento; d) violazione del principio di proporzionalità ed adeguatezza dell'azione amministrativa; violazione dell'art. 41 Cost. e del principio del minor sacrificio per il privato; eccesso di potere per carenza dei presupposti, arbitrarietà e ingiustizia manifesta; e) violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett f), D.lgs. n. 163 del 2006.

2.- Ritenuto che il ricorso:

- è ammissibile tanto sotto il profilo della giurisdizione quanto sotto quello dell'interesse, poiché, nella sua portata oggettiva, la determinazione di AMAT riveste, nella parte contestata, una indubbia -seppur, come diremo, illegittima- valenza 'inibitoria', di carattere pubblicistico (tanto che essa richiama espressamente l'art. 38, comma 1, lett. f), D.lgs. n. 163 del 2006, per il quale <<1. 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:

[...]

f) 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>>).

- è fondato e dev'essere accolto, in conformità alle considerazioni espresse dal T.A.R. Sardegna nella sentenza n. 294/2015, dal Collegio condivise e richiamate quali parti integranti della presente motivazione: <<Occorre rilevare [...] che né l'art. 38, comma 1, lett. f), né l'art. 136, del codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), attribuiscono all'amministrazione appaltante il potere di applicare il divieto di contrarre, del tipo di quello disposto col provvedimento impugnato.

Con riferimento alla prima delle disposizioni richiamate, la lettera f) dell'art. 38 cit. prevede esclusivamente il potere di escludere dalla procedura di gara gli operatori economici che "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". Potere che, come emerge dal chiaro tenore letterale della legge, si esplica nell'ambito delle singole procedure di gara; e non può essere esercitato, in via preventiva, precludendo la partecipazione a gare che non siano state indette (e ciò, evidentemente, si ricollega anche alla necessità di sorreggere l'esclusione con una "motivata valutazione della stazione appaltante").

Infine, anche l'art. 136 cit. non ricollega, al presupposto della risoluzione per inadempimento del contratto d'appalto, il potere di imporre alla parte inadempiente un divieto di contrarre in futuro con l'amministrazione>> (T.A.R. Sardegna, I, 11 febbraio 2015, n. 294).

3.- Ritenuto che il ricorso dev'essere dunque accolto, con annullamento della nota di AMAT s.p.a. del 7 marzo 2016, prot. n. 4253/P, limitatamente alla parte impugnata (in cui si dispone il divieto di partecipazione della società ricorrente alle future gare di appalto che saranno indette dalla stessa AMAT, subappalti e contratti di manutenzione e fornitura compresi), e che le spese di giudizio, a carico della parte soccombente, vadano liquidate nella somma di euro 2.500 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge.



- omissis -