

Quando il rapporto di fiducia con l'Amministrazione si rompe: il grave ritardo in precedenti lavori e la sua mancata dichiarazione alla stazione appaltante

di Angela Cerreto

Data di pubblicazione: 7-11-2016

1. E' legittimo il provvedimento di esclusione di una ditta da una gara di appalto che sia motivato con riferimento al fatto che essa, in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, in violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163 del 2006, abbia omesso di dichiarare le gravi negligenze in cui era incorsa nell'esecuzione di precedenti contratti stipulati con la P.A.(1)

2. L'art. 38 lett. f) del d.lgs n. 163 del 2016 comprende quale causa di esclusione dalla gara non solo il grave errore professionale da parte del partecipante ad una gara pubblica, ma anche la grave negligenza o malafede nell'esecuzione di precedenti appalti pubblici.

[\(1\) cfr. in merito alla centralità e ampliamento dell'obbligo dichiarativo C.d.S., Sez. V, sentenza 1500 del 15 marzo 2010 e 24 febbraio 2011 n. 1193; determinazione ANAC 23 febbraio 2012 n. 19](#)

Guida alla lettura

La sentenza sopra riportata, conformemente a consolidata giurisprudenza tendente ad ampliare l'obbligo dichiarativo dell'operatore economico, ribadisce che è causa legittima di esclusione di una ditta da una gara di appalto il fatto che la ditta stessa, in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, in violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163 del 2006, ha omesso di dichiarare le gravi negligenze in cui è incorsa nell'esecuzione di altri precedenti contratti stipulati con la P.A

L'art. 38 lett. f) del D.Lgs 163/2016, in combinato disposto con il comma 2 del citato art. 38, *ratione temporis* applicabile al caso in esame, prevede infatti che il partecipante alla gara

pubblica deve dichiarare alla stazione appaltante non solo **i gravi errori professionali, ma anche le gravi negligenze, tra cui è da ricomprendersi il ritardo grave**, proprio per metterla nelle condizioni di valutarla complessivamente nella sua capacità - economica professionale (cfr. art. 136 Dlgs. 163/2006).

Precisa il Collegio che *“L’ordinamento appresta infatti una serie di mezzi a favore delle imprese affidatarie di pubblici lavori onde evitare contestazioni del tipo evocato, mezzi utilizzabili in corso d’opera allorché si verificano ragioni di ritardo, dalla “sorpresa” alle emergenze meteorologiche, ai gravi disguidi tecnici sopraggiunti ed imprevedibili e perciò la risoluzione per inadempimento costituisce un accadimento del tutto patologico e al di fuori della fisiologia, purtroppo corrente, dei ritardi nella realizzazione in Italia delle opere pubbliche”*.

Cosicché è legittima l’esclusione, e la successiva risoluzione del contratto medio tempore stipulato, qualora la ricorrente non abbia messo a conoscenza la Stazione appaltante delle vicende pregresse (negligenze ed errori) o fatti risolutivi occorsi in precedenti rapporti contrattuali con le Pubbliche Amministrazioni.

Nel caso in esame la società partecipante aveva ommesso di dichiarare ai sensi del citato art. 38 lett. f) e comma 2, che l’Amministrazione aggiudicatrice in un precedente contratto aveva disposto la risoluzione del contratto nei suoi confronti per “una grave ritardo nell’esecuzione dei lavori dovuto esclusivamente a grave inadempimento dell’Appaltatore”.

Ne consegue che la ditta esclusa, come evidenziato dal TAR in primo grado, avendo prodotto una dichiarazione mendace su di un requisito di importanza vitale aveva impedito alla Stazione appaltante un’indagine adeguata e a tutto campo non solo sui propri mezzi, ma anche sui propri precedenti.

IL giudice di appello precisa che non può essere accolta l’impostazione di parte ricorrente secondo la quale non rientrando il ritardo negli errori professionali la stessa per ciò solo, omettendo tale episodio nella dichiarazione di cui al citato art. 38 lett. f, non sarebbe incorsa in una dichiarazione mendace, circostanza quest’ultima oggetto di apposito giudizio davanti al tribunale ordinario.

Indipendentemente infatti, dalle controversie al riguardo insorte, **nell’elencazione di cui al citato art.38 lett. f) devono ricomprendersi anche “i ritardi formalmente contestati, incorrendo il ricorrendo nell’ipotesi di dichiarazione mendace” quale grave negligenza.**

La norma, come osservato dalla giurisprudenza amministrativa sul punto, non ha carattere sanzionatorio, ma contempla una misura a presidio dell’elemento fiduciario, che esclude di per sé qualsiasi automatismo. L’esclusione deve essere il risultato di autonoma valutazione, ma allo stesso tempo è lasciata ampia discrezionalità alla stazione appaltante. Cosicché non è presupposto necessario che sussista sui fatti alla base della risoluzione un accertamento giurisdizionale (cfr. determinazione ANAC n. 1 del 12 gennaio 2012 e prec. 9 ottobre 2007, n. 42) e che la stessa non sia intervenuta in rapporti con la stessa stazione appaltante che bandisce la gara (cfr. in senso contrario la disciplina previgente: art. 75, comma 1, lett f), del

D.P.R. n. 554/1999). In particolare la prima opzione interpretativa si basa sia sul dato testuale – mancanza di un'espressa previsione in merito l'accertamento definitivo o il passaggio in giudicato della sentenza – sia sulla considerazione che tale clausola di esclusione non ha carattere sanzionatorio, ma è posta a salvaguardia dell'elemento fiduciario, che deve necessariamente essere presente nei confronti dell'impresa. Ne consegue che l'accertamento dell'errore grave può avvenire con qualsiasi mezzo di prova e cioè da fatti certificati in sede amministrativa o giurisdizionale, oltre che da fatti attestati da altre stazioni appaltanti.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1528 del 2016, proposto da:

Edil Moter S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo 101;

contro

Anas Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Sole Immomec S.p.A. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Toscana, Sez. Il n. 11/2016, resa tra le parti, concernente esclusione gara a procedura aperta per lavori di manutenzione straordinaria e ripristino pavimentazione stradale - ris. danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2016 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati Francesco Vagnucci, Paolo Grasso per l'Avvocatura Generale dello Stato,;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando pubblicato in GURI del 13 aprile 2015 ANAS s.p.a. - Compartimento della viabilità per la Toscana aveva indetto la procedura aperta FILAV018-15 relativamente a lavori di manutenzione straordinaria per il ripristino della pavimentazione stradale sulla S.S. 73 "Senese-Aretina".

La società Edil Moter s.r.l. presentava domanda di partecipazione a tale procedura, ma con provvedimento dell'8 luglio 2015 la commissione di gara ne disponeva l'esclusione, mentre l'appalto veniva successivamente aggiudicato alla società Sole Immomec s.p.a.

Con ricorso proposto dinanzi al Tar della Toscana, la Edil Moter s.r.l. impugnava il provvedimento di esclusione, gli atti conseguenti, nonché il disciplinare di gara, qualora interpretato nel senso sostenuto dalla stazione appaltante, formulando altresì domanda risarcitoria.

L'esclusione della ricorrente era stata infatti pronunciata dalla commissione di gara ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f) del codice dei contratti pubblici, vista l'annotazione contenuta nel Casellario informatico relativa alla risoluzione, disposta nel 2013 da Autostrade per l'Italia s.p.a., di un contratto di appalto stipulato con Edil Moter s.r.l. per l'esecuzione di lavori lungo l'autostrada A1: ANAS aveva acquisito la relativa documentazione, traendone la conferma della circostanza che il contratto era stato risolto per gravi inadempimenti contrattuali della Edil Moter, concludendo quindi per l'inaffidabilità della stessa e provvedendo poi a segnalare l'accaduto all'ANAC ai sensi del comma 1-ter del medesimo art. 38.

La Edil Moter lamentava in sintesi con il ricorso che la risoluzione contrattuale disposta da Autostrade per l'Italia s.p.a. nei suoi confronti era stata motivata con la sussistenza di "un grave ritardo nell'esecuzione dei lavori dovuto esclusivamente al grave inadempimento dell'appaltatore" e che tale risoluzione era stata impugnata davanti al Tribunale di Roma (procedimento pendente), e che in ogni caso le era stato imputato un ritardo e non tanto il "grave errore nell'esercizio dell'attività professionale", a cui fa riferimento l'art. 38 comma 1 lett. f) del codice dei contratti pubblici: l'assenza dell'errore professionale violava così il

principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46 comma 1-bis del codice dei contratti pubblici e lo stesso vizio si doveva ravvisare nella disposizione del disciplinare di gara di cui al paragrafo I.j, se da interpretare nel senso fatto proprio dalla stazione appaltante.

In secondo luogo la ricorrente denunciava l'assenza della motivata valutazione della stazione appaltante richiesta per la verifica circa la sussistenza delle cause ostative ex art. 38 comma 1 lett. f) citato.

In terzo luogo, non essendo stato commesso un grave errore professionale, non sussisteva alcuna falsità nella dichiarazione resa dalla società ricorrente, come al contrario contestato.

Si costituiva in giudizio l'ANAS s.p.a., mentre non si costituiva l'aggiudicataria Sole Immomec s.p.a.

Con la sentenza n. 11 pubblicata il 13 gennaio 2016 il Tar della Toscana respingeva il ricorso, osservando preliminarmente come l'azione di annullamento proposta da Edil Moter s.r.l. fosse mossa esclusivamente nell'interesse di evitare che il provvedimento di esclusione principalmente impugnato potesse provocarle conseguenze pregiudizievoli ulteriori, connesse in primo luogo alla segnalazione della vicenda all'ANAC, mentre nessun interesse coltivava la ricorrente in punto di aggiudicazione della gara.

Nel merito il Collegio ribadiva quanto deciso in un proprio precedente analogo, in cui la falsa dichiarazione resa in proposito dal concorrente era stata ritenuta decisiva e di per sé sufficiente a legittimare l'adozione del provvedimento impugnato.

Il disciplinare di gara prevedeva tra l'altro l'inserimento, a pena di esclusione" nella "Busta A - Documentazione Amministrativa"; di una dichiarazione sostitutiva riguardante, tra l'altro:

"j. di non aver commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate della stazione appaltante che bandisce la gara, né errore grave nell'esercizio della propria attività professionale", con l'elenco dettagliato di tutti gli episodi per i quali le stazioni appaltanti avevano rilevato ipotesi riconducibili alle fattispecie di cui all'art. 38, comma 1, lettera f) del D. Lgs. 163/2006; in tale elencazione dovevano essere ricompresi anche i ritardi formalmente contestati, incorrendo il concorrente in caso di omissione nell'ipotesi di dichiarazione mendace, indipendentemente dalle controversie al riguardo insorte.

Non v'era dubbio alcuno che Edil Moter s.r.l. non avesse fatto cenno alla risoluzione contrattuale disposta il 5/12/2013 da Autostrade per l'Italia s.p.a. per "un grave ritardo nell'esecuzione dei lavori dovuto esclusivamente a grave inadempimento dell'Appaltatore" e tale fatto rientrava pacificamente nella previsione di cui all'art. 38 comma 1 lett. f) e nelle previsioni in equivoche del disciplinare.

L'art. 38 comma 1 lett. f) in questione viene costantemente interpretato in combinato disposto con il comma secondo del medesimo art. 38, nel senso dell'obbligatorietà per i concorrenti di dichiarare a pena di esclusione la sussistenza di tutti i propri precedenti professionali dai quali la stazione appaltante può discrezionalmente desumere la loro inaffidabilità e ciò in ossequio

ai principi di lealtà, diligenza e buona fede che devono intercorrere tra le parti nella disciplina degli appalti pubblici, senza filtri sulla valutazione dei fatti contestati, né spazi per il soccorso istruttorio, non essendoci incompletezza da regolarizzare ma una dichiarazione scientemente difforme dalla realtà.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 15 febbraio 2016 la Edil Moter impugnava la sentenza in questione, riconoscendo in primo luogo il perimetro dell'interesse azionato siccome individuato dal giudice di primo grado, limitato ad evitare ricadute sanzionatorie, e ribadiva le censure sollevate in primo grado, criticando l'erroneità supposta dell'interpretazione data dal Tar della Toscana, sia in punto di confusione tra la nozione di grave errore professionale e quella di ritardo, limitata questa alla mera inadempienza contrattuale e non alla grave negligenza, sia in punto di difetto di motivazione sull'inadempimento al tempo contestato da Autostrade per l'Italia era ancora produzione di falsità della dichiarazione, poiché quanto richiesto dalla legge ed al disciplinare di gara non poteva comprendere una supposta inadempienza.

L'appellante concludeva per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese, insistendo anche per il risarcimento del danno da quantificarsi in corso di causa.

L'ANAS s.p.a. si è costituita in giudizio tramite l'Avvocatura Generale dello Stato, sostenendo l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto.

All'odierna udienza del 29 settembre 2016 la causa è passata in decisione

Così definitivamente delimitato e riconosciuto dalle parti il nucleo della controversia, si deve comunque rilevare che correttamente il giudice di primo grado ha ritenuto del tutto legittima l'esclusione della Edil Moter dalla procedura ai sensi dell'art. 38 lett. f) del D. Lgs. n. 163 del 2006.

La sentenza impugnata ha tratto le proprie conclusioni principalmente dal fatto che la ditta interessata sia stata esclusa dai lavori di ripavimentazione della SS 73 in costanza delle previsioni del disciplinare di gara, in cui questo prevedeva l'obbligo di inserimento, a pena di esclusione" nella "Busta A - Documentazione Amministrativa"; di una dichiarazione sostitutiva concernente la mancata commissione di gravi negligenze o malafede nell'esecuzione di prestazioni affidate in pubbliche gare, indipendentemente dalle controversia al riguardo insorte.

Il mancato cenno alla risoluzione contrattuale disposta il 5/12/2013 da Autostrade per l'Italia s.p.a. per "un grave ritardo nell'esecuzione dei lavori dovuto esclusivamente a grave inadempimento dell'Appaltatore" era stato per il T.a.r. una ragione autonoma per disporre l'esclusione dell'appellante la procedura, poiché il combinato disposto della lettera f) del primo comma dell'art. 38 con il comma secondo del medesimo art. 38 militava nel senso dell'obbligatorietà per i concorrenti di dichiarare a pena di esclusione la sussistenza di tutti i propri precedenti professionali dai quali la stazione appaltante può discrezionalmente desumere la loro inaffidabilità in ossequio ai principi di lealtà, diligenza e buona fede che devono intercorrere tra le parti nella disciplina degli appalti pubblici.

Quindi la dichiarazione mendace su di un requisito di importanza vitale non poteva che comportare l'esclusione a prescindere dalle pur invocate questioni sul merito dei fatti al tempo addebitati alla Edil Moter la quale, celando tale importante precedente, si era così posta al di fuori della disciplina della gara con l'impedire alla stazione appaltante un'indagine adeguata e a tutto campo non solo sui propri mezzi, ma anche sui propri precedenti.

Le conclusioni del giudice di primo grado sono, come si è anzi detto, sicuramente corrette, ma devono comunque essere completate da una serie di osservazioni sul merito dell'intera questione anche per confutare le contestazioni mosse con l'appello in esame.

La Edil Moter ha subito la risoluzione per inadempimento del contratto stipulato con Autostrade per l'Italia s.p.a. relativamente all'opere da eseguirsi sull'Autosole causa gravi ritardi nell'adempimento delle opere commissionate: a parere dell'appellante perciò si fa questione di meri ritardi che in sé non possono concretizzare quel "grave errore professionale" che solo legittima la risoluzione del contratto, l'annotazione nel casellario ANAC e la successiva esclusione da altre gare.

Dunque se l'esclusione appare comunque pienamente giustificata dalla dichiarazione mendace espressa nonostante le previsioni capitolato di gara, la stessa è stata giustamente pronunciata in vista della dichiarazione di risoluzione del contratto al tempo stipulato con Autostrade per l'Italia. Le argomentazioni svolte dall'appellante sul fatto che solo "un grave errore professionale" avrebbe potuto legittimare tanto la risoluzione contrattuale, quanto l'esclusione ore controversia non colgono fatto il segno: l'art. 38 lett. f) comprende non solo la categoria ora indicata, ma anche le gravi negligenze e l'inadempienza dovuta a ritardo nel comportamento dei lavori sull'Autosole rientra pacificamente tra le gravi negligenze. L'ordinamento appresta infatti una serie di mezzi a favore delle imprese affidatarie di pubblici lavori onde evitare contestazioni del tipo evocato, mezzi utilizzabili in corso d'opera allorché si verificano ragioni di ritardo, dalla "sorpresa" alle emergenze meteorologiche, ai gravi disguidi tecnici sopraggiunti ed imprevedibili e perciò la risoluzione per inadempimento costituisce un accadimento del tutto patologico e al di fuori della fisiologia, purtroppo corrente, dei ritardi nella realizzazione in Italia delle opere pubbliche.

Tale ricostruzione permette di inquadrare tra le "gravi negligenze" quanto accaduto alla Edil Moter, né questa può invocare l'apertura davanti al Tribunale di Roma nei confronti di Autostrade per l'Italia al fine di accertare l'illiceità della dichiarazione di risoluzione; tale causa pendente non ha notoriamente effetto sospensivo, né la stessa appellante lo ha in qualche modo insinuato.

Da ultimo occorre spendere alcune osservazioni riguardo al dedotto difetto di motivazione.

L'intera controversia si è dipanata dinanzi al T.a.r. e successivamente davanti al Consiglio di Stato senza che si ponessero dubbi sui fatti che hanno portato all'esclusione, ragioni che sono state abbondantemente trattate dalle parti e nella sentenza di primo grado e dunque, ammesso e non concesso che la motivazione del provvedimento impugnato possa avere delle lacune, queste potrebbero avere semmai un carattere meramente formale, senza sicuramente porre in ombra i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che hanno condotto al provvedimento

impugnato.

Per le considerazioni suesposte l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio restano a carico della soccombente e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio a favore dell'ANAS liquidandole in complessivi €. 4.000,00 (quattromila/00) oltre agli accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere