

NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI L'ESCLUSIONE PER GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI CORRELATI AD UNA RISOLUZIONE CONTRATTUALE RICHIEDE, IN CASO D'IMPUGNAZIONE, UNA SENTENZA CHE LA CONFERMI.

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 28-12-2016

1. Art. 80, quinto comma lett. c) d.lgs. n. 5072016 - giudizio civile di risoluzione - pendenza - esclusione dell'impresa concorrente - illegittimità.
2. Causa di esclusione per gravi illeciti professionali - risoluzione contrattuale anticipata - sentenza all'esito del giudizio - necessità.
3. Art. 57 punto 4 della Direttiva 2014/24/UE - disposizione non "self executing" - disciplina da applicare - recepimento ex art. 80 quinto comma lett. c) d.lgs. n. 50/2016.

Guida alla lettura

La sentenza annotata ha deciso il ricorso di un operatore economico escluso da una gara di appalto in applicazione, da parte della Commissione di gara, della previsione dell'art. 80 lett. c) del nuovo Codice dei contratti pubblici ossia quella per gravi illeciti professionali.

Il TAR salentino, verificata l'ammissibilità del ricorso in ordine al rispetto della tempestività e della ritualità della proposizione del ricorso in conformità a quanto previsto dall'art. 120 comma 2-bis c.p.a. (inserito dall'art. 204 del nuovo "Codice degli appalti" approvato con Decreto Legislativo 18 Aprile 2016 n° 50), ha ritenuto di accogliere nel merito le doglianze della ricorrente.

Infatti, nel caso di specie, la Commissione di gara aveva posto a base del provvedimento espulsivo impugnato la circostanza che l'operatore aveva subito da parte di altro ente una risoluzione contrattuale relativa allo stesso tipo di servizio oggetto di appalto, a causa di gravi e ripetute violazioni contrattuali nel corso della gestione del servizio stesso.

Tuttavia, la società aveva resistito in giudizio promuovendo azione davanti al Tribunale delle Imprese che, intanto, aveva rigettato l'istanza cautelare proposta.

A seguito di tali circostanziate valutazioni, la Commissione aveva ritenuto, quindi, che la

società non avesse i necessari requisiti di affidabilità nella gestione del servizio e, pertanto, aveva escluso la stessa ai sensi dell'art. 80, quinto comma lett. c), del Decreto Legislativo 18 Aprile 2016 n° 50.

Quest'ultima disposizione, consente alla stazione appaltante di escludere dalla partecipazione alla procedura di appalto l'operatore economico allorquando dimostri con mezzi adeguati che lo stesso si è reso colpevole di gravi illeciti professionali (tali da rendere dubbia la sua affidabilità), tra i quali rientrano (per esplicita previsione normativa) le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, purché non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio.

Nel caso di specie, quindi, la ricorrente aveva impugnato la risoluzione contrattuale ed il relativo giudizio civile era pendente al momento dell'esclusione. Pertanto, non si era in presenza di una risoluzione anticipata del precedente contratto di appalto confermata - con sentenza - all'esito di un giudizio ancora, dunque, "sub iudice" (pur in presenza di una pronuncia cautelare negativa da parte dell'adito Tribunale Civile).

Inoltre, il Collegio ha respinto la tesi dell'ente resistente secondo cui le espressioni letterali contenute nell'art. 80 quinto comma lett. c) del Decreto Legislativo 18 Aprile 2016 n° 50 possono consentire l'esclusione in ragione di ravvisate significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione, contestata in sede giurisdizionale e il cui giudizio ancora penda, senza che ciò comporti violazione della disposizione dell'art. 57 punto 4 della Direttiva 2014/24/UE in quanto la stessa, non essendo "self executing", lascia spazio al Legislatore nazionale di recepirla nel senso ritenuto più adeguato al proprio ordinamento.

La nuova disciplina in materia, quindi, si pone in un'ottica completamente diversa da quella espressa dall'art. 38 comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006 secondo l'interpretazione fatta dalla giurisprudenza, alla stregua della quale non era necessario un accertamento della responsabilità del contraente per l'inadempimento in relazione ad un precedente rapporto contrattuale, quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, essendo sufficiente una motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla Stazione appaltante che bandisce la gara, che abbia fatto venir meno la fiducia nell'impresa (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. V, 25.02.2015 n. 943; id. 25 maggio 2012, n. 3078).

Pertanto, a fronte di un'autonoma valutazione operata dalla stazione appaltante ed in assenza di palesi illogicità o irragionevolezza, il sindacato del G.A. non poteva che arrestarsi, atteso che l'esclusione dalla gara d'appalto per errori gravi in precedenti appalti si fonda sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della Pubblica amministrazione fin dal momento genetico (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 giugno 2012, n. 3666).

Invero, alla luce della consolidata giurisprudenza sia della Cassazione che del Consiglio di

Stato, l'elemento che caratterizzava la misura espulsiva in argomento, sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006, era il pregiudizio arrecato alla fiducia che la stazione appaltante deve poter riporre ex ante nell'impresa alla quale affidare un servizio di interesse pubblico ed include di conseguenza presupposti squisitamente soggettivi, incidenti sull'immagine della stessa agli occhi della stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 4502/2015).

Pubblicato il 22/12/2016

N. 01935/2016 REG.PROV.COLL.

N. 01285/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1285 del 2016, proposto da:

XXX S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Liodice C.F. LDCLDA41E20L328N e Andrea Angelelli C.F. NGLNDR63D19D883V, con domicilio eletto presso Andrea Angelelli in Lecce, piazza G. Mazzini, 56;

contro

Comune di Mesagne e Provincia di Brindisi, non costituiti in giudizio;

nei confronti di

YYY S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Giuseppe Orofino C.F. RFNNLG71H07E038F, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. in Lecce, via F. Rubichi 23;

per l'annullamento

della determina della Stazione Unica Appaltante costituita presso la Provincia di Brindisi, comunicata a mezzo p.e.c. con nota del 24 Agosto 2016, recante l'esclusione della Società ricorrente dalla gara ufficiosa (indetta in data 14 Giugno 2016) per l'affidamento con procedura negoziata dell'appalto del servizio integrato di igiene urbana: raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti solidi urbani e assimilati, servizio di spazzamento nel territorio del Comune di Mesagne;

dell'aggiudicazione provvisoria disposta in data 6 Settembre 2016 in favore della YYY S.p.A. e dell'eventuale aggiudicazione definitiva;

di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Servizi Vari S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 Novembre 2016 il cons. dott. Enrico d'Arpe e uditi per le parti gli Avvocati A. Angelelli e A.G. Orofino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Società ricorrente impugna la determina della Stazione Unica Appaltante costituita presso la Provincia di Brindisi, comunicata a mezzo p.e.c. con nota del 24 Agosto 2016, recante la sua esclusione dalla gara ufficiosa (indetta in data 14 Giugno 2016) per l'affidamento con procedura negoziata dell'appalto del servizio integrato di igiene urbana: raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti solidi urbani e assimilati, servizio di spazzamento nel territorio del Comune di Mesagne, nonché l'aggiudicazione provvisoria disposta in data 6 Settembre 2016 in favore della controinteressata YYY S.p.A. e l'eventuale aggiudicazione definitiva, oltre ad ogni ulteriore atto connesso, presupposto e consequenziale.

A sostegno dell'impugnazione interposta sono stati formulati i seguenti motivi di gravame.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 quinto comma lett. c) del Decreto Legislativo n° 50/2016 – Eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto di istruttoria ed ingiustizia

manifesta.

Dopo avere diffusamente illustrato il fondamento giuridico della domanda di annullamento azionata, la Società ricorrente concludeva come riportato in epigrafe.

Non si sono costituite in giudizio le Amministrazioni intimare (Provincia di Brindisi e Comune di Mesagne).

Si è costituita in giudizio la controinteressata YYY S.p.A., depositando una memoria difensiva con la quale ha puntualmente replicato alle argomentazioni della controparte, concludendo per la reiezione del ricorso.

Alla pubblica udienza dell'8 Novembre 2016, su richiesta di parte, la causa è stata posta in decisione.

Il ricorso è fondato e va accolto.

In via preliminare, osserva il Collegio che il ricorso è stato tempestivamente e ritualmente proposto in conformità a quanto previsto dall'art. 120 comma 2-bis c.p.a. (inserito dall'art. 204 del nuovo "Codice degli appalti" approvato con Decreto Legislativo 18 Aprile 2016 n° 50), statuente che: "Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici, adottato in attuazione della Legge 28 Gennaio 2016 n° 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività".

Sempre preliminarmente, si rileva che la parte ricorrente ha esplicitamente richiesto, avvalendosi della facoltà concessa dall'art. 120 comma 6-bis c.p.a., che il giudizio venga definito in udienza pubblica.

Nel merito, è necessario, innanzitutto, rammentare – in punto di fatto – che l'impugnato provvedimento di esclusione si basa sulla seguente motivazione: "La società XXXs.r.l. viene esclusa a seguito di valutazione dei requisiti di idoneità professionale e, nello specifico, ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. c), del D. Lgs. 50/2016, il quale recita: le Stazioni Appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura di appalto l'operatore economico omissis..... qualora:omissis....lett. c) La stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto d'appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata a seguito di un giudizio.....omissis, tutto ciò così come anche previsto nella lettera di invito al paragrafo 3.1.2. Alla luce del dettato normativo ed a seguito della dichiarazione prodotta dalla ditta in sede di gara, la commissione

ha eseguito una propria istruttoria consultando gli atti del Comune di Montesilvano (Pe), da cui si evince che con determinazione R.G. n. 215 del 25/02/2016 è stata effettuata una risoluzione contrattuale (Contratto rep. 3673/2013) sottoscritto in data 5/11/2013 con la ditta XXX relativo al servizio di gestione rifiuti e igiene ambientale, essendo la ditta incorsa in gravi e ripetute violazioni contrattuali nel corso della gestione del servizio di igiene urbana del Comune di Montesilvano. La ditta, a seguito di tale risoluzione contrattuale, ha resistito in giudizio promuovendo azione davanti al Tribunale de L'Aquila. Il Giudice Unico, presso il Tribunale delle Imprese de L'Aquila, Dott. Roberto Ferrari, con ordinanza del 23/06/2016, ha rigettato l'istanza cautelare proposta dalla società XXX s.r.l., finalizzata alla disapplicazione della determinazione dirigenziale del Comune n. 215/2016, recante risoluzione del contratto di affidamento del servizio in questione. Tali circostanze si evincono dalla delibera di G.C. del Comune di Montesilvano n. 198 del 18/07/2016. A seguito di tali circostanziate valutazioni, la commissione ritiene che la ditta XXX s.r.l. non abbia i necessari requisiti di affidabilità nella gestione del servizio e, pertanto, esclude la stessa dalla procedura di gara”.

Ciò premesso, il Tribunale ritiene sufficiente osservare, sinteticamente, – in diritto – che appare condivisibile, in primo luogo, la prospettata censura formulata dalla Società ricorrente incentrata sulla violazione e falsa applicazione, da parte della Stazione Unica Appaltante intimata, dell'art. 80, quinto comma lett. c), del Decreto Legislativo 18 Aprile 2016 n° 50, considerato – da un lato – che quest'ultima norma consente alla stazione appaltante di escludere dalla partecipazione alla procedura di appalto l'operatore economico allorquando dimostri con mezzi adeguati che lo stesso si è reso colpevole di gravi illeciti professionali (tali da rendere dubbia la sua affidabilità), tra i quali rientrano (per esplicita previsione normativa) le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, purchè non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio; e – dall'altro – che, nel caso di specie, risulta invece “per tabulas” che la XXX S.r.l. ha giurisdizionalmente contestato dinanzi al Tribunale Civile - Sezione Imprese di L'Aquila la risoluzione contrattuale disposta in suo danno dal Comune di Montesilvano (con determinazione dirigenziale n° 215 del 2016), richiamata nella motivazione del provvedimento di esclusione impugnato, e che tale giudizio civile è tutt'ora pendente (essendo solo stata rigettata l'istanza cautelare incidentalmente avanzata dalla Società attrice), sicchè – nella fattispecie concreta de qua – non si è in presenza di una risoluzione anticipata del precedente contratto di appalto confermata - con sentenza - all'esito di un giudizio.

Infatti, è agevole rilevare che la predetta innovativa norma introdotta dal Codice degli appalti del 2016 (in vigore dal 19 Aprile 2016) – interpretata alla stregua dei consueti ortodossi canoni ermeneutici –, a differenza della previgente similare disciplina dettata dall'art. 38 primo comma lett. f) del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 e ss.mm., rende irrilevante – ai fini della esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara indette dalla P.A. – la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto o di concessione ancora “sub iudice” (pur in presenza di una pronuncia cautelare negativa da parte dell'adito Tribunale Civile).

Il Collegio è dell'avviso meditato che vada disattesa la tesi interpretativa sostenuta dalla difesa della Società controinteressata secondo cui le espressioni letterali adoperate dal

legislatore nell'art. 80 quinto comma lett. c) del Decreto Legislativo 18 Aprile 2016 n° 50 possono portare al risultato pratico (esplicitamente precluso, invece, dalla stessa norma) di consentire alla stazione appaltante di escludere dalla gara anche l'operatore economico nei cui confronti sia stata disposta dalla P.A. una risoluzione contrattuale anticipata, in ragione di ravvisate significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione, contestata in sede giurisdizionale e non confermata - con sentenza (ancorchè non definitiva) - all'esito del relativo giudizio, ovvero contestata in un giudizio non ancora concluso (nemmeno in primo grado), ma nel quale l'istanza cautelare del privato sia stata non accolta dal giudice.

Né si ravvisa l'allegato contrasto dell'art. 80 quinto comma lett. c) del Decreto Legislativo 18 Aprile 2016 n° 50 – così inteso – con l'art. 57 punto 4 della Direttiva 2014/24/UE (recepito dal legislatore italiano con tale norma) che, peraltro, non avendo carattere puntualmente completo e dettagliato, non è "self executing".

L'acclarata illegittimità della impugnata esclusione della XXX S.r.l. produce la denunciata illegittimità derivata della determina di aggiudicazione provvisoria (pure gravata) della gara ufficiosa adottata in data 6 Settembre 2016 in favore della controinteressata YYY S.p.A..

Per le ragioni innanzi illustrate il ricorso deve essere accolto.

Sussistono, tuttavia, gravi ed eccezionali motivi (tra cui l'assoluta novità delle questioni giuridiche oggetto del processo) per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 8 Novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Costantini, Presidente

Enrico d'Arpe, Consigliere, Estensore

Maria Luisa Rotondano, Referendario

--



--

L'ESTENSORE--IL PRESIDENTE

Enrico d'Arpe--Luigi Costantini