

Esclusione dalla gara per inaffidabilità del concorrente: onere motivazionale e poteri valutativi della Stazione appaltante.

di Federica Fulgheri

Data di pubblicazione: 11-4-2017

1. Le cause di esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche non possono essere oggetto di interpretazioni estensive. Pertanto, l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta quando chiara è la rilevanza delle situazioni accertate. La disposizione richiamata persegue come finalità quella di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità e quindi, per addivenire all'esclusione, occorre che il comportamento illecito attribuito all'operatore economico sia concretamente valutabile come ostativo alla considerazione positiva circa l'affidabilità dell'operatore medesimo. Quindi l'esclusione da una gara di appalto, motivata con esclusivo riferimento ad asserite negligenze poste in essere dalla ditta interessata, nel caso in cui, in ordine a dette negligenze, sussista una situazione di conflittualità e di reciproche contestazioni tra le parti è illegittima. (1)

2. L'esistenza di una situazione di conflittualità o di reciproche contestazioni tra le parti non può essere, di per sé, idonea a giustificare l'esclusione ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c), non rientrando detta situazione di conflittualità tra le ipotesi rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 80 comma 5 lett. c). (1)

(1) *Conformi*: T.A.R. Puglia, Lecce sez. III, sentenza 22 dicembre 2016, n. 1935.

Guida alla lettura

Il caso affrontato dalla pronuncia in esame riguarda un'ipotesi di esclusione dell'operatore economico da una procedura di gara, disposta ai sensi dell'articolo 80 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Più precisamente, il ricorrente è stato escluso dalla partecipazione alla gara per l'affidamento di un servizio assicurativo in base all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, secondo cui l'esclusione può essere disposta qualora *“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 di appalto o di concessione che ne hanno causato*

la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”.

L'esclusione si fonda - secondo quanto è possibile ricostruire dalla lettura della pronuncia (si tratta di una sentenza in forma semplificata) - sullo scarso o inesistente rendimento di prodotti assicurativi con finalità di investimento in precedenza offerti dall'operatore economico, circostanza che avrebbe indotto la Stazione appaltante a considerare inaffidabile l'offerta di quest'ultimo.

Il T.A.R. Sardegna accoglie il ricorso, ritenendo che la fattispecie contestata non rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 50/2016, disposizione, come è noto, innovativa rispetto al precedente art. 38, comma 1, lett. f) del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163[1].

In base a tale disposizione, l'esclusione dalla procedura di gara può essere disposta nelle ipotesi in cui la stazione appaltante dimostri che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

Tuttavia, non è sufficiente una generica motivazione in ordine alla sussistenza di tali profili, atteso che – in conformità col principio di tassatività delle cause di esclusione, che vieta l'interpretazione estensiva delle ipotesi legislativamente previste – la causa di esclusione in esame ricorre soltanto nelle ipotesi di chiara rilevanza delle situazioni accertate, e l'esclusione non può dunque essere motivata **“con esclusivo riferimento ad asserite negligenze poste in essere dalla ditta interessata, nel caso in cui, in ordine a dette negligenze, sussista una situazione di conflittualità e di reciproche contestazioni tra le parti”**.

Essendo, infatti, la finalità perseguita con la disposizione poc'anzi richiamata quella di **“assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità”**, occorre – per poter procedere all'esclusione – che **“il comportamento illecito attribuito all'operatore economico sia concretamente valutabile come ostativo alla considerazione positiva circa l'affidabilità dell'operatore medesimo”**.

Il Collegio sardo, nell'interpretare l'art. 80, comma 5, lett. c) del nuovo Codice dei contratti, adotta una posizione rigorosa.

La Stazione appaltante non può limitarsi a motivare l'esclusione del concorrente rilevando la sussistenza di gravi illeciti professionali posti in essere dallo stesso, essendo altresì necessario che sia dimostrato in che modo i comportamenti dell'operatore incidano negativamente sulla sua affidabilità, in relazione al contratto che l'Amministrazione intende affidare ad esito della gara.

La posizione del T.A.R. Sardegna si pone in linea con una pronuncia del T.A.R. Puglia che recentemente ha avuto modo di approfondire puntualmente l'interpretazione dell'art. 80 comma 5 lett. c) del Codice. In particolare, ha affermato il Collegio pugliese 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 simile 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 judice”* (T.A.R. Puglia, Lecce sez. III, sentenza 22 dicembre 2016, n. 1935).

Va ancora osservato che la posizione del Collegio sardo si pone in linea con le chiare indicazioni fornite dall'Autorità Nazionale Anticorruzione con le Linee Guida n. 6 recanti *“Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) del Codice”* approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016.

ii È utile riportare le due disposizioni al fine di effettuare un raffronto.

L'art. 38 del precedente codice dei contratti regolava la fattispecie come di seguito: *“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”*.

Il nuovo art. 80 comma 5 lett. c) così recita: *5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6 qualora: [...] 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 di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.*

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 42 del 2017, proposto da:

Generali Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Enzo Cardi, Marcello Cardi, con domicilio eletto presso lo studio Roberto Candio in Cagliari, via Roma n. 235;

contro

Consorzio Industriale Provinciale Nord Est Sardegna Gallura - Cipnes Gallura, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Bettino Arru, Paolo Campus, con domicilio eletto presso lo studio Silvio Pinna in Cagliari, via San Lucifero n. 65;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione di Generali Italia S.p.A. dalla procedura aperta per l'affidamento quinquennale delle coperture assicurative di CIPNES.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Industriale Provinciale Nord Est Sardegna Gallura - Cipnes Gallura;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2017 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara indetta dal Cipnes per l'affidamento quinquennale con opzione per la stazione appaltante di proroga per ulteriori quattro anni delle coperture assicurative.

Il Consorzio escludeva Generali s.p.a. dalla gara ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) del codice dei contratti.

Avverso l'esclusione è insorta la ricorrente deducendo le seguenti censure:

1) violazione art. 97 Costituzione, violazione degli artt. 30 e 80 codice dei contratti, violazione del principio di parità di trattamento, non discriminazione e libera concorrenza, eccesso di potere per travisamento, errore e ingiustizia manifesta;

2) violazione art. 97 Costituzione, violazione artt. 30 e 80 comma 5 lett. c), comma 7 e comma 10 codice dei contratti, violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, eccesso di potere per violazione della bozza di linee guida Anac ex art. 80 comma 13 d.lgs. 50/2016, eccesso di potere per travisamento, illogicità, errore ed ingiustizia manifesta.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento dell'atto impugnato previa concessione di idonea misura cautelare.

Si costituiva l'amministrazione chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 15 febbraio 2017 il ricorso veniva trattenuto per la decisione ai sensi dell'art. 120 comma 6 bis del codice del processo amministrativo.

DIRITTO

Il ricorso è manifestamente fondato.

La questione è di pronta e agevole soluzione.

L'art. 80 comma 5 prevede: "Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni (...):

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 di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio

vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”.

L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta quando chiara è la rilevanza delle situazioni accertate. La disposizione richiamata persegue come finalità quella di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità e quindi, per addivenire all'esclusione, occorre che il comportamento illecito attribuito all'operatore economico sia concretamente valutabile come ostativo alla considerazione positiva circa l'affidabilità dell'operatore medesimo.

Quindi l'esclusione da una gara di appalto, motivata con esclusivo riferimento ad asserite negligenze poste in essere dalla ditta interessata, nel caso in cui, in ordine a dette negligenze, sussista una situazione di conflittualità e di reciproche contestazioni tra le parti è illegittima. La suddetta situazione di conflittualità non può ritenersi da sé idonea a giustificare l'esclusione ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c).

Nel caso che qui occupa il Collegio l'addebito alla ricorrente era riferito al rendimento di prodotti assicurativi con finalità di investimento (questioni peraltro molto risalenti nel tempo). La fattispecie contestata non rientra, con tutta evidenza, nell'ambito di applicazione dell'art. 80 comma 5 lett. c) che, come ogni causa di esclusione, non può essere oggetto di interpretazioni estensive.

Il ricorso deve pertanto essere accolto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'atto impugnato.

Condanna l'Amministrazione alle spese di giudizio in favore della ricorrente liquidate in € 2.000/00 (duemila) oltre accessori di legge e restituzione contributo unificato.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

