



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla Praxi S.p.a., rappresentata e difesa
dall'avv.to Felice Laudadio, con domicilio eletto in Roma, Lungotevere
Flaminio, n. 46 – IV B, presso il dott. Giammarco Grez;

contro

l' Università degli Studi di Napoli, Federico II, costituitasi in giudizio, in
persona del Rettore p.t., rappresentata e difesa dall'avv.to Luigi Napolitano,
con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, viale Angelico, n. 38;

e nei confronti

della C.N.I.P.E.C. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non
costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sez.
I^a, n. 3976/2006 del 05.05.2006;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' Università degli Studi di
Napoli, Federico II;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive
difese;

N.2245/2007

Reg.Dec.

N. 6442 Reg.Ric.

ANNO 2006

Disp.vo 54/2007

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore per la pubblica udienza del 6 febbraio 2007 il
Consigliere Polito Bruno Rosario;

Uditi gli avv.ti Laudadio e Napolitano;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1). Con lettera del 24.3.2005, prot. 021964, l'Università degli Studi di Napoli Federico II diramava l'invito a partecipare a una gara, con procedura ristretta, per l'affidamento del servizio di gestione delle preselezioni e delle prove scritte relative a concorsi banditi dall'Università, per la durata di un anno rinnovabile, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara partecipavano cinque ditte.

Terminato l'esame delle offerte, la commissione di gara formulava la classifica, che vedeva collocata al primo posto la Praxi s.p.a., al secondo la C.N.I.P.E.C. s.r.l., al terzo l'Istituto Ricerche Psicologiche s.r.l., al quarto la CSF Consulting s.r.l. ed al quinto la Softability s.r.l.

Acquisite le giustificazioni inerenti l'offerta della Praxi s.p.a., sospetta di anomalia, e valutate positivamente, il 9.6.2005 la commissione di gara proponeva l'aggiudicazione dell'appalto alla ditta Praxi s.p.a.

In data 23.6.2005, tuttavia, l'Università riceveva dalla C.N.I.P.E.C. s.r.l. una segnalazione concernente gravi errori che sarebbero stati commessi dalla CSF Consulting s.r.l. e dalla Praxi s.p.a. nell'esercizio della loro attività a favore di altre amministrazioni pubbliche e pertanto richiedeva informazioni alle amministrazioni in questione.

Per quanto concerne la Praxi s.p.a., l'Amministrazione committente riceveva riscontro dall'Università Orientale di Napoli, la quale riferiva che la Praxi s.p.a., nella gestione di un concorso di ammissione a una scuola di specializzazione all'insegnamento, avrebbe predisposto un numero di plichi inferiore al numero dei candidati, determinando l'annullamento e la ripetizione del concorso.

In relazione a tali circostanze, l'Università degli Studi di Napoli "Federico II", data comunicazione di avvio del procedimento e, valutate le controdeduzioni presentate dall'interessata, escludeva dalla gara la Praxi s.p.a., ai sensi dell'art. 12, lett. c), d.lgs. 157/95, con decreto del Direttore amministrativo dell'Università n. 1171 del 5.7.05.

2) Avverso tale decreto la Praxi s.p.a. insorgeva avanti al T.A.R. per la Campania con ricorso notificato il 19.7.05 deducendo motivi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

In particolare, la ricorrente sosteneva:

- che l'errore addebitato nella gestione della procedura concorsuale dell'Università Orientale non sarebbe dipeso da sua colpa ma da quella della ditta che aveva fornito i plichi sigillati, contenuti in contenitori a loro volta sigillati e aperti al momento della selezione;

- che essa ricorrente aveva provveduto a farsi integralmente carico degli oneri di ripetizione della prova, tanto che l'Università Orientale aveva provveduto al pagamento del corrispettivo, previa apposizione del visto di regolare esecuzione, affidandole il servizio, a mezzo trattativa privata, anche per l'anno successivo.

- che l'errore, peraltro commesso nei confronti di una diversa

stazione appaltante, non poteva ritenersi grave perché non vi era stata alcuna alterazione dell'equilibrio sinallagmatico del rapporto, poi regolarmente eseguito. Deduceva quindi difetto di istruttoria e di motivazione, in relazione ai fatti come sopra riportati, soggiungendo che il provvedimento impugnato non avrebbe dato conto delle ragioni che avevano indotto l'Amministrazione a disattendere i chiarimenti offerti dalla ricorrente nelle proprie controdeduzioni.

3). Con motivi aggiunti la ricorrente impugnava poi le determinazioni con cui la commissione di gara, a seguito dell'esclusione delle predette società Praxi e CSF Consulting, formulava una nuova graduatoria, esaminava i chiarimenti forniti dalla nuova prima classificata C.N.I.P.E.C. s.r.l. e, ritenuti gli stessi ampiamente convincenti, proponeva l'aggiudicazione in favore di quest'ultima società.

In tal sede denunciava il grave errore di valutazione che sarebbe stato commesso dalla commissione di gara ritenendo convincenti le giustificazioni offerte dalla C.N.I.P.E.C. malgrado le stesse, avallando la congruità della voce D dell'offerta ("*prezzo offerto per la gestione delle procedure concorsuali*"), avrebbero al contempo escluso la correttezza della voce E ("*prezzo offerto per la gestione SICSI*"); lamentava la circostanza che l'offerta presentata dalla controinteressata non sarebbe stata quella economicamente più vantaggiosa; sosteneva, infine, che la C.N.I.P.E.C. avrebbe tenuto condotte non conformi a correttezza e buona fede nell'esecuzione di contratti di appalto con i Comuni di Livorno e di Perugia incorrendo in errori gravi nell'esercizio dell'attività professionale, sì da integrare il presupposto per la sua esclusione, ex art. 12 d.lgs. 157/95, dalla

gara indetta dall'Università di Napoli.

Si doleva, inoltre, dell'illegittimità derivata dei predetti atti in virtù dei vizi degli atti ad essi preordinati, denunciati con il ricorso introduttivo.

4). Con ulteriori motivi aggiunti la ricorrente, premettendo di aver diffidato l'Università a provvedere all'esclusione della C.N.I.P.E.C. s.r.l. dalla gara, in ragione degli accennati gravi errori dalla stessa asseritamente commessi nell'esecuzione di contratti di appalto coi comuni di Livorno e di Perugia, impugnava il provvedimento adottato dall'Università a conclusione del relativo procedimento, con cui l'Amministrazione, assunte informazioni presso i Comuni predetti, si determinava a non adottare alcun provvedimento di esclusione.

La ricorrente sosteneva l'illegittimità anche di tale provvedimento, per vizi derivati dagli atti presupposti, nonché per vizi propri (essenzialmente per eccesso di potere per disparità di trattamento, nonché violazione di legge ed eccesso di potere per "*simulazione procedimentale*", in relazione a un assunto stravolgimento dell'iter procedimentale), chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare della sua efficacia, e reiterando la domanda risarcitoria.

5) Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe il T.A.R. adito respingeva il ricorso.

In particolare statuiva:

- che l'applicazione dell'art. 12, comma primo, lett. c) del d.lgs. n. 157/1995, ove è prevista l'esclusione della gara dei concorrenti "*che nell'esercizio della propria attività professionale hanno commesso un errore grave accertato con ogni mezzo dall'amministrazione*

aggiudicatrice”, non va ristretta ai soli casi di errore commessi in relazione a precedenti rapporti contrattuali con la stazione appaltante;

- che nella l' errore ascritto alla Soc. Praxi in relazione ad appalto di servizio intercorso con l' l'Università Orientale era connotato dagli estremi di gravità;

- che la determinazione di esclusione era stata adottata in base ad adeguata istruttoria e sorretta da idonea motivazione.

Avverso la decisione reiettiva la Soc. Praxi ha proposto atto di appello ed ha confutato le conclusioni del giudice di primo grado

Si è costituita in giudizio l' Università degli Studi di Napoli, Federico II che ha contraddetto ai motivi di impugnativa e chiesto il, rigetto del ricorso.

In sede di note conclusive la Soc. Praxi ha insistito nelle proprie tesi difensive.

All'udienza del 6 febbraio 2007 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

6). La sentenza appellata merita conferma.

6.1). L'art. 12, comma primo, lett. c) del d.lgs. n. 157/1995 stabilisce l' esclusione dalla gara dei concorrenti che *“nell'esercizio della propria attività professionale hanno commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice”*. La disposizione è reiterativa dell'art. 29, paragrafo 1, lett. d, della direttiva 92/50/CEE che assume a riferimento *“gravi violazioni dei doveri professionali”*.

Il collegio ravvisa di non accedere alla tesi della Società appellante tesa a circoscrivere la valenza precettiva della norma epigrafata ai soli casi in cui il grave errore, espressione del “*deficit*” di capacità professionale, sia stato commesso in un precedente rapporto contrattuale intercorso con la stessa amministrazione che ha indetto la gara.

A tale conclusione osta in primo luogo la lettera della norma innanzi riportata e della stessa direttiva comunitaria, che non circoscrivono affatto la loro valenza precettiva a soli rapporti contrattuali intercorsi con la stazione appaltante. L’art. 12, comma primo, lett. c) del d.lgs. n. 157/1995 è disposizione che assume a riferimento indistintamente tutta la precedente “*attività professionale*” della impresa che aspira all’affidamento del servizio ed eleva ad elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale l’essere incorsa in precedenti rapporti contrattuali in errori ed inadempienze caratterizzati dalla gravità ed influenti sull’idoneità dell’impresa a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico perseguiti dall’ente committente.

La perdita generalizzata della capacità di fare offerte per negligenza (o malafede) nell’esecuzione di altra impresa è del resto principio risalente nella disciplina dei contratti con la pubblica amministrazione e trova riscontro negli artt. 3, comma terzo, del r.d. n. 2440/1923 e 68, primo comma, del r.d. 827/1924. A siffatte evenienze, del resto, gli art. 21 e 22 della legge 10.02.1962, n. 57, collegavano la cancellazione dall’albo dei costruttori con preclusione di partecipare alle gare per lavori di maggiore importo da eseguirsi in favore di organismi pubblici.

Contrariamente a quanto dedotto dall’appellante:

- non vi è una indebita compressione al principio di massima partecipazione alle gare, perché detto principio deve coordinarsi con i criteri selettivi inerenti all' idoneità tecnico/professionale, alla capacità economica, finanziaria e morale degli aspiranti alla commessa pubblica;

- non si introduce un' incontrollata sfera di valutazione dell' Amministrazione circa il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, perché l' esclusione si collega al dato obiettivo della "gravità" di errori nell' attività di impresa e la valutazione tecnico/discrezionale sulla rilevanza degli stessi agli effetti del possesso del requisito di capacità professionale non resta sottratto al sindacato del giudice amministrativo in base ai parametri della proporzionalità, ragionevolezza e non contraddittorietà del giudizio espresso;

- non può assumersi a canone interpretativo dell' art. 12, comma primo, lett. c) del d.lgs. n. 157/1995, la previsione di cui all' art. 75, comma primo, lett. f), del regolamento di attuazione della legge n. 109/1994 approvato con d.P.R. n. 554/1999 e successive integrazioni, sia perché diretto a disciplinare il diverso settore degli appalti dei lavori pubblici, sia perché il criterio interpretativo di carattere sistematico, per di più desunto da una norma di natura regolamentare, ha carattere sussidiario e può intervenire solo in presenza di dubbi ermeneutici fondati sulla lettera della legge, che nella specie non sussistono

7). La determinazione di esclusione dalla gara della Soc. Praxi non è viziata da eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

Nell' atto di esclusione il Direttore Amministrativo dell' Università degli Studi di Napoli "Federico II" del 05.07.2005 indica in modo puntuale

i presupposti del provvedere (non corretto adempimento dell'attività di gestione della Soc. Praxi relativa a concorso svoltosi presso l'Università degli Studi di Napoli "L' Orientale" per aver *"predisposto un numero di plichi inferiore al numero dei candidati da esaminare, così determinando l'annullamento e la ripetizione del concorso"*. Dà atto di avere preso in considerazione le deduzioni contrarie all'esclusione della Praxi, sottolinea la circostanza che l'errore commesso riguarda *"procedur(a) di selezione del tutto analog(a) a quella gara di appalto (da ultimo) indetta"*, e lo qualifica assistito dalle connotazioni di gravità per aver determinato la ripetizione della procedura concorsuale, con grave inadempimento contrattuale nei confronti dell'Amministrazione committente che ha *"ricevuto grave nocumento alla sua immagine per l'eco che la vicenda ha avuto sulla stampa con conseguente grave clima di sospetto sulla gestione dei concorsi"*.

Risulta, pertanto, ampiamente esternato l' *"iter"* logico valutativo osservato dall'Amministrazione e non vi è stata menomazione per il destinatario del provvedimento nella conoscenza dei motivi dell'esclusione che è stato posto in condizione di poter ampiamente sviluppare in ricorso le tesi contrarie alla disposta esclusione.

8). Con un ulteriore ordine argomentativo la Soc. Praxi nega che l'errore ascritto in relazione alla gestione di prove concorsuali su affidamento dell'Università "L' Orientale" possa essere qualificato come grave, così da consentire l'esclusione dalla gara in applicazione dell' art. 12, comma primo, lett. c) del d.lgs. n. 157/1995. Ciò sui rilievi che lo stesso non ha inciso, per importanza, nell'economia del rapporto sinallagmatico con la

stazione appaltante, che ha provveduto al pagamento di tutti i corrispettivi, facendo proprie le prestazioni rese ed attestandone, quindi, la regolarità.

Osserva il Collegio che la nozione di errore grave che si riflette sulla capacità professionale dell'aspirante all'appalto del servizio, nell'accezione recepita dal citato art. 12, comma primo, lett. c), prescinde dal rilievo che allo stesso abbiano dato i contraenti, secondo le regole generali dell'adempimento delle obbligazioni, ai fini della possibile risoluzione del rapporto o di una riduzione del corrispettivo dovuto.

Ciò che rileva è che l'errore ascritto sia espressione di un difetto di capacità professionale e lo stesso, nella sua obiettiva rilevanza, può essere “*accertato con qualsiasi mezzo di prova*” da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice.

Nella specie l'attività di verifica della stazione appaltante non si pone in contrasto con quanto previsto dall' art. 12, comma primo, lett. c), né la valutazione effettuata viola i criteri di ragionevolezza e proporzionalità che devono presiedere l'azione amministrativa.

Ed invero:

- l'errore è intervenuto nella gestione di una procedura concorsuale del tutto analoga a quella oggetto dell'appalto indetto dall'Università degli Studi di Napoli “*Federico II*”;

- l'errore (predisposizione di plichi contenenti i “*tests*” inferiori al numero dei candidati da esaminare) ha comportato l'annullamento della prova e la ripetizione della procedura di selezione;

- si è determinato nocumento all'immagine dell' Amministrazione committente per l'eco della vicenda sui mezzi di comunicazione e per il clima di sospetto indotto quanto alla gestione dei concorsi.

Ove si considerino la peculiarità degli interessi coinvolti nello svolgimento di procedure concorsuali e l'avvertita esigenza che le fasi della selezione si svolgano in un clima di trasparenza ed imparzialità, non si configura illogica né sproporzionata la determinazione dell' Università che ha qualificato come "*grave*" l'errore in cui è incorsa la Soc. Praxi e ne ha tratto le conseguenze sul grado di professionalità necessaria per l'affidamento del servizio di gestione delle preselezioni e prove scritte di concorsi banditi dall' Università medesima, che deve dare garanzia, in attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento, del regolare svolgimento delle operazioni in assenza di ritardi e di irregolarità per possibili errori ed omissioni della Società affidataria

8). Stante l'accertata preclusione a partecipare alla gara in base a quanto previsto dell' art. 12, comma primo, lett. c) del d.lgs. n. 157/1995 le ulteriori doglianze che investono, negli aspetti tecnici ed economici, l'offerta del Soc. C.N.I.P.E.C. – risultata aggiudicataria – non sono sostenute da un interesse attuale e diretto all'annullamento, neanche sotto il profilo strumentale della ripetizione del concorso per la presenza di altre imprese utilmente collocate nella graduatoria finale.

L'appello va, quindi, respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez. VI - nella Camera di Consiglio del 6 febbraio 2007 con l'intervento dei

Signori:

Gaetano Trotta	Presidente
Sabino Luce	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Bruno Rosario Polito	Consigliere relatore ed estensore

Presidente**GAETANO TROTTA****Consigliere**

BRUNO ROSARIO POLITO

Segretario

MARIA RITA OLIVA

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....10/05/2007
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria