

In caso di esclusione per grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, la Stazione appaltante ha l'obbligo di dimostrare la gravità dell'inadempimento: l'aggiudicazione ad altra impresa va annullata con conseguente inefficacia del contratto stipulato

L' intervenuta risoluzione del contratto con uno dei soggetti in ATI non determina una causa di esclusione automatica da successive procedure di gara bandite dalla stessa amministrazione, posto che il l' art. 38 del Codice dei contratti pubblici, nel prevedere che la vicenda risolutoria sia sintomatica di grave negligenza o malafede ovvero di errore grave da parte del contraente, chiama l'Amministrazione ad un motivato giudizio valutativo 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”) in ordine alla gravità dell'inadempimento – sul piano soggettivo e non meramente oggettivo - maturato in ordine a ipotetiche fattispecie contrattuali pregresse

Il Tar Puglia, Lecce con la sentenza numero 3097 del 31 agosto 2007 ci offre un importante insegnamento in tema di illegittima esclusione da una procedura ad evidenza pubblica con conseguente annullamento dell'aggiudicazione provvisoria per illegittimità derivata e con declaratoria di inefficacia (secondo il noto, ancorchè controverso, meccanismo di collegamento tra illegittimità dell'atto presupposto e fattispecie negoziale successiva) del contratto stipulato tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria;

< considerato che, nella specie, detto giudizio valutativo è mancato posto che il rinvio ob relationem alla delibera di GM n. 224/06 che leggesi nell'atto impugnato non è sufficiente ad integrare il corretto assolvimento da parte della stazione appaltante dell'onere motivazionale (nel caso all'esame aggravato dalla richiamata disposizione normativa di settore) non potendosi evincere dal contenuto di tale delibera la gravità della negligenza contestata alla ditta ricorrente (dalla citata delibera, infatti, si desume una contestazione in ordine alla incompletezza delle opere eseguite a quella data dall'appaltatore, ma anche la circostanza che quest'ultimo si dichiarava contestualmente pronto al completamento dei lavori a fronte del pagamento immediato delle somme all'uopo necessarie: in definitiva, una situazione contrattuale fluida ed in itinere in cui non è ravvisabile il richiamato presupposto della grave negligenza o malafede);

considerato in definitiva che alla luce dei rilievi svolti il ricorso merita di essere accolto con conseguenziale annullamento della esclusione -gravata in principalità- delle ditte ricorrenti e, per illegittimità derivata, della aggiudicazione della gara alla ditta prima classificata (oggetto di impugnativa a mezzo di motivi aggiunti), con declaratoria di inefficacia (secondo il noto, ancorchè controverso, meccanismo di collegamento tra illegittimità dell'atto presupposto e fattispecie negoziale successiva) del contratto stipulato tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria;>

LA NORMA E' LA SEGUENTE:

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163

Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

Art. 38. Requisiti di ordine generale

(art. 45, dir. 2004/18; art. 75, d.P.R. n. 554/1999; art. 17, d.P.R. n. 34/2000)

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

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA
LECCE

SECONDA SEZIONE

ha pronunciato la seguente

sentenza

Visto il ricorso 666/2007 proposto da:

IMPRESA ALFA. SRL

in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria
dell'ATI costituenda con Impresa ALFA BIS Gaetano

contro

COMUNE DI ERCHIE,

in persona del sindaco e legale rappresentante pt, rappresentato e difeso in giudizio dall'avv. Nicola Massari ed elettivamente domiciliato in Lecce alla via Zanardelli 7 presso lo studio dell'avv. Vantaggiato;

e nei confronti di

BETA COSTRUZIONE DI BETA ALESSANDRO SAS, in persona del legale rappresentante pt, rappresentata e difesa in giudizio dagli avv.ti Diego Mansi e Alessandro Leuci;

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

- del verbale n. 1 del 22 febbraio 2007 con la quale la Commissione ha escluso dalla gara avente ad oggetto la sistemazione di strade interne al centro abitato di Erchie le imprese ALFA Srl-ALFA BIS Gaetano ex art. 38 comma 1 D. Lgs. 163/2006 rinviando per la motivazione alla delibera di GM n. 224 del 27.12.2006;
- della nota dell'8.3.2007 con la quale la Commissione di gara ha confermato l'esclusione dalla suddetta gara di appalto le società ricorrenti;
- degli atti inditivi della gara e del contratto, laddove nel frattempo stipulato;

- di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale, in particolare della delibera di GM n. 224 del 27.12.2006;
- per il risarcimento del danno;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

Comune di Erchie;

BETA Costruzioni;

Visto il ricorso per motivi aggiunti proposto dalla ATI ALFA avverso la aggiudicazione definitiva dell'appalto nonchè del successivo contratto;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla ditta BETA con atto depositato in data 7 giugno 2007;

Udito nella Camera di Consiglio del 28 giugno 2007 il relatore Primo Ref. GIULIO CASTRIOTA SCANDERBEG e uditi per le parti gli avv.ti Mastrolia, in sostituzione dell'avv. Massa, Massari, Leuci e Mansi;

Considerato che nel ricorso sono dedotti i seguenti motivi:

- Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 D. Lgs. 163/2006. Violazione dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica. Eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria, errore nei presupposti, contraddittorietà, irragionevolezza e sviamento. Carezza assoluta di motivazione;
- Illegittimità derivata;

Considerato, anzitutto, con riguardo alla censura di irricevibilità del ricorso per pretesa tardività – per come sollevata dalla Amministrazione comunale di Erchie – che la stessa va disattesa in quanto infondata;

considerato, infatti, che il termine per il deposito in segreteria del ricorso – nella specie dimidiato, trattandosi di ricorso astretto alle disposizioni dell'art. 23 bis della L. 1034/71- deve farsi decorrere dall'ultima delle notifiche eseguite alle parti intime;

considerato che nella specie l'ultima notifica nei confronti della ditta BETA risulta avvenuta in data 24 aprile 2007, onde va ritenuto tempestivo il deposito del mezzo effettuato in data 8 maggio 2007;

considerato che non merita di essere condivisa neppure la ulteriore censura di inammissibilità del mezzo per omessa impugnativa nei termini del provvedimento di aggiudicazione della gara;

considerato per vero che l'ATI ricorrente ha prodotto motivi aggiunti – con atto ritualmente notificato alla amministrazione in data 25 maggio 2007 ed alla ditta BETA in data 26 maggio 2007- avverso la aggiudicazione della gara intervenuta con determina n. 167 del 20 marzo 2007 e che con riguardo a tale provvedimento – che non risulta comunicato individualmente alle ditte ricorrenti- non può profilarsi alcun problema di tardività del mezzo; considerato che a fronte di tale provvedimento esplicito di aggiudicazione risulta mal posta la questione di tardività sollevata dalla difesa della Amministrazione con riferimento al provvedimento implicito di aggiudicazione, provvedimento che a suo dire si sarebbe formato -ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. 163/06- con il decorso di trenta giorni dalla aggiudicazione provvisoria; considerato infatti che a fronte di un

provvedimento espresso adottato dalla amministrazione la questione della tardività va riguardata con riferimento a tale ultimo atto, tanto più che nella specie la parte eccipiente non ha neppure approfondito il tema dell'eventuale interruzione – per richiesta di documenti o chiarimenti- del termine utile alla formazione del provvedimento implicito di aggiudicazione definitiva;

Considerato - nel merito delle censure fatte valere- che, come già rilevato nella sede cautelare, il ricorso appare fondato e va pertanto accolto;

considerato che va invece dichiarato inammissibile il ricorso incidentale;

considerato, infatti, che a mezzo dei gravati atti la intimata amministrazione comunale di Erchie si è limitata, in sede di motivazione del provvedimento di esclusione dell'ATI ricorrente dalla gara di che trattasi, a richiamare- ai sensi e per gli effetti dell'art. 38 comma 1 lett. f) del d.lgs 163/06- la delibera di GM 224 del 27.12.2006, con la quale è stata disposta la risoluzione di altro contratto d'appalto stipulato dalla stessa amministrazione con la ditta ALFA BIS Gaetano (partecipante all'ATI ricorrente) in relazione al recupero di taluni immobili da destinare a edilizia residenziale pubblica;

considerato che, contrariamente a quanto dedotto dalla Amministrazione in sede di conferma della esclusione dell'ATI ricorrente (v. provvedimento della Commissione di gara del 8 marzo 2007), la intervenuta risoluzione del contratto con uno dei soggetti oggi in ATI non determina una causa di esclusione automatica da successive procedure di gara bandite dalla stessa amministrazione, posto che il richiamato art. 38 del Codice dei contratti pubblici, nel prevedere che la vicenda risolutoria sia sintomatica di grave negligenza o malafede ovvero di errore grave da parte del contraente, chiama l'Amministrazione ad un motivato giudizio valutativo (come si desume dal tenore letterale della disposizione in oggetto:“....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”) in ordine alla gravità dell'inadempimento – sul piano soggettivo e non meramente oggettivo - maturato in ordine a ipotetiche fattispecie contrattuali pregresse;

considerato che, nella specie, detto giudizio valutativo è mancato posto che il rinvio ob relationem alla delibera di GM n. 224/06 che leggesi nell'atto impugnato non è sufficiente ad integrare il corretto assolvimento da parte della stazione appaltante dell'onere motivazionale (nel caso all'esame aggravato dalla richiamata disposizione normativa di settore) non potendosi evincere dal contenuto di tale delibera la gravità della negligenza contestata alla ditta ALFA BIS (dalla citata delibera, infatti, si desume una contestazione in ordine alla incompletezza delle opere eseguite a quella data dall'appaltatore, ma anche la circostanza che quest'ultimo si dichiarava contestualmente pronto al completamento dei lavori a fronte del pagamento immediato delle somme all'uopo necessarie: in definitiva, una situazione contrattuale fluida ed in itinere in cui non è ravvisabile il richiamato presupposto della grave negligenza o malafede);

considerato in definitiva che alla luce dei rilievi svolti il ricorso merita di essere accolto con conseguenziale annullamento della esclusione -gravata in principalità- delle ditte ricorrenti e, per illegittimità derivata, della aggiudicazione della gara alla ditta BETA (oggetto di impugnativa a mezzo di motivi aggiunti), con declaratoria di inefficacia (secondo il noto, ancorchè controverso, meccanismo di collegamento tra illegittimità dell'atto presupposto e fattispecie negoziale successiva) del contratto stipulato tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria;

considerato, quanto alla impugnativa incidentale, che la stessa va dichiarata inammissibile dato che il ricorrente incidentale censura lo stesso provvedimento gravato in via principale (per il medesimo vizio di difetto di motivazione), convenendo sostanzialmente sulla insufficienza della motivazione addotta dalla stazione appaltante a fondamento della esclusione della ricorrente ATI;

considerato, tuttavia, che non può evidentemente ritenersi ammissibile (dato che ciò comporterebbe una indebita invasione nella sfera riservata della amministrazione) la pretesa della ricorrente incidentale – e con essa l'intera impugnativa - volta a provocare una sostituzione di questo giudice alla amministrazione nella estrinsecazione del giudizio valutativo circa la gravità

dell'inadempimento contestato alla ditta ALFA BIS ed alla conseguenziale esclusione di quest'ultima (ancorchè in ATI con altro soggetto) dalla gara di che trattasi;
considerato, in definitiva, che così correttamente interpretato nei suoi termini essenziali il proposto ricorso incidentale va dichiarato inammissibile giacchè, risolvendosi in una indebita richiesta di eterointegrazione dei contenuti motivazionali dell'atto gravato in principalità, non produce sul ricorso principale l'effetto paralizzante proprio delle impugnative secondarie ma semmai ne corrobora il principale motivo di censura (e cioè la ridetta carenza motivazionale);
considerato, quanto alle spese di lite, che le stesse possono essere compensate tra le parti, ricorrendo giusti motivi;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Seconda Sezione di Lecce
accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla gli atti gravati; dichiara

inammissibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

Così deciso in Lecce, nella Camera di Consiglio del 28 giugno 2007

Dott. Antonio Cavallari - Presidente

Dott. Giulio Castriota Scanderbeg - Estensore