

GRAVE ERRORE PROFESSIONALE QUALE CAUSA DI ESCLUSIONE DALLA PROCEDURA PUBBLICA: NON SONO PERMESSE ULTERIORI ELOCUBRAZIONI DI PURA OPPORTUNITÀ

LEGITTIMA L'ESCLUSIONE DELLE IMPRESE SOTTOPOSTE AD UN PROVVEDIMENTO DI RISOLUZIONE CONTRATTUALE PER PREGRESSA GRAVE INADEMPIENZA NELL'ESPLETAMENTO DELLE PRESTAZIONI

Sintesi di Consiglio di Stato, Sezione V, decisione numero 3011 dell'11 luglio 2003

Parole chiave:

Appalti di opere/appalti di servizi – appalto concorso – esclusione per pregressa inadempienza contrattuale connessa a grave errore professionale – attuazione dell'art. 29 della direttiva 92/50/CE – non esiste una scelta discrezionale dell'amministrazione – o esclusione o ammissione – irragionevole anteporre interesse ad un aggiudicazione favorevole in presenza di causa di esclusione

Risarcimento del danno – illegittima esclusione - accolti il pagamento di una somma che copra i costi inutilmente sostenuti, la perdita di chance e il danno all'immagine –

Risarcimento del danno – incerta l'illegittima mancata aggiudicazione della gara - diniego per mancato utile conseguito (dieci per cento dell'importo contrattuale) -

Riferimenti normativi

l'art. 12, comma 1, lett. c), del d.lg. 157/95

Decreto Legislativo 17 marzo 1995, n. 157

Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi

(testo modificato dal decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 65, in G.U. n. 70 del 24 marzo 2000)

12. Esclusione dalla partecipazione alle gare.

1. Fermo il disposto, per le imprese stabilite in Italia, del decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490, e successive modifiche e indipendentemente da quanto previsto dall'articolo 3, ultimo comma, del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, e dall'articolo 68 del relativo regolamento di esecuzione, approvato con regio decreto 23 maggio 1924, n. 827, sono esclusi dalla partecipazione alle gare i concorrenti:

(...) c) che nell'esercizio della propria attività professionale hanno commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice;

Decisione primo grado

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, III, 17 aprile 2002, n. 1508: respinto il ricorso proposto dall'attuale appellante avverso l'atto di esclusione dall'appalto concorso

Esito del giudizio di appello:

Accoglimento del ricorso in appello, riforma della sentenza di prime cure. Condanna della pa al risarcimento del danno

Ulteriori approfondimenti

Determinazione numero 13 del 15 luglio 2003 dell' autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici:

“F. “che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara” (art. 75, comma 1, lett. f)).

L'esclusione dalle gare può aver luogo in presenza di un accertamento in sede amministrativa, di regola, anche se non può escludersi che la negligenza o malafede possano emergere da pronunce giurisdizionali.

A differenza della normativa comunitaria che considera rilevante qualsiasi errore professionale commesso dall'appaltatore, la norma limita l'esclusione dalle procedure di gara ai soli fatti di inadempimento dell'impresa in pregressi rapporti con la stazione appaltante, il che attenua la problematicità della percezione e della valutazione della gravità che più agevolmente sono stimati dalla stazione appaltante. Rimangono anche in questo caso ferme le

indicazioni date, circa la natura discrezionale della valutazione e l'obbligo di motivazione, con riferimento alla precedente lettera c).

Giova precisare che, per la configurazione dell'ipotesi in esame, non basta che i lavori non siano stati eseguiti a regola d'arte ovvero in maniera non rispondente alle esigenze del committente, occorrendo, invece, una violazione del dovere di diligenza nell'adempimento qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell'appaltatore. Pacifico il ricorrere della gravità nel caso di dichiarazione di non collaudabilità dei lavori ovvero di risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 119 del d.P.R. n. 554/1999.

Come, poi, ritenuto in giurisprudenza, i comportamenti compiuti dai dipendenti dell'impresa in danno della stazione appaltante si pongono in stretta connessione con l'esecuzione dei lavori ed integrano l'ipotesi di negligenza dell'impresa appaltatrice che abbia al riguardo omissso ogni dovuto e preventivo controllo (anche nella scelta delle maestranze e collaboratori che non diano dimostrazione di affidabilità sia sul piano tecnico che su quello morale)."

Conseguenze operative:

Non è da ritenersi sussistente "l'eventualità che dalle offerte presentate risultasse un così grande beneficio per l'Ente da indurre a considerare prevalente l'interesse all'acquisizione dalle suddette imprese del servizio de quo rispetto all'esclusione per grave errore professionale" e pertanto non risulta l'atteggiamento dell'Amministrazione immune da colpa.

Viene quindi condannata l'amministrazione al pagamento di una somma che copra i costi inutilmente sostenuti, dietro presentazione di congrua documentazione giustificativa, nonché la perdita di chance e, a titolo equitativo, il danno all'immagine aziendale arrecato alla stregua delle motivazioni dell'esclusione

Non potendosi configurare, invece, con certezza l'illegittima mancata aggiudicazione della gara, non può riconoscersi tout court il risarcimento del danno ad essa conseguente, rapportato al mancato utile conseguito e presuntivamente quantificabile in una percentuale pari al dieci per cento dell'importo contrattuale

Il successivo passaggio è da parte dell'amministrazione soccombente, una volta adempiuto al dispositivo dell'emarginata decisione, segnalare l'avvenuto pagamento al Procuratore Regionale della Corte dei Conti per gli eventuali accertamenti (in caso di dolo o colpa grave) di responsabilità per danno erariale imputabile ai singoli dipendenti.

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA IN NOME DEL POPOLO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) ANNO 2002
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 8105/02, proposto da ***** Italia s.p.a.,
contro
il Comune di Segrateper l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, III, 17 aprile 2002, n. 1508, resa inter partes, con la quale è stato respinto il ricorso proposto dall'attuale appellante avverso l'atto dirigenziale 29 gennaio 2002, n. 19, di esclusione dall'appalto concorso per la refezione scolastica e gli altri servizi ristorativi comunali.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune intimato;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo della decisione in epigrafe, n. 64, pubblicato il 13 febbraio 2003;

Relatore alla pubblica udienza dell'11 febbraio 2003 il Consigliere Gerardo Mastrandrea; uditi gli avv.ti Romanelli, Invernizzi e Di Mattia, quest'ultimo in sostituzione dell'avv. Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. Come da bando del 27 marzo 2001, il Comune di Segrate indiceva appalto concorso per il servizio di refezione scolastica e gli altri servizi ristorativi comunali, relativamente al triennio decorrente dal 13 settembre 2001 e per un importo a base d'asta di € 4.648.112,09.

La *****, che al comparire del bando aveva sondato il Comune causa precedenti divergenze con l'Ente locale committente (relative a fatti avvenuti nel 1998), invitata alla gara si collocava al primo posto della graduatoria.

Senonché, a quel punto, anziché sancirsi l'aggiudicazione definitiva, prendeva avvio una complessa vicenda procedimentale che si concludeva solo con la determinazione dirigenziale impugnata in prime cure, n. 19 del 29 gennaio 2002, ovvero l'atto di esclusione della ditta ***** per pregressa grave inadempienza contrattuale, a norma dell'art. 12, comma 1, lett. c), del d.lg. 157/95.

2. Insorta dinanzi al TAR della Lombardia, la menzionata impresa vedeva respingere il proprio gravame con la sentenza impugnata di cui in epigrafe, stesa in forma semplificata.

3. La predetta ha dunque interposto l'appello in trattazione avverso la prefata pronunzia, lamentando l'erroneità delle argomentazioni dei primi giudici sotto tutti gli aspetti disattesi, articolati su vizi procedurali, su aspetti relativi alla vicenda del 1998 e, infine, più direttamente su elementi attinenti al provvedimento di esclusione, nonché insistendo anche nell'istanza risarcitoria.

4. L'Amministrazione comunale intimata si è costituita in giudizio per resistere all'appello, eccependo preliminarmente l'improcedibilità del gravame per sopravvenuta carenza di interesse, o comunque l'inammissibilità dello stesso, come del ricorso di primo grado, per mancata notificazione alla ditta controinteressata.

Le parti hanno depositato memoria.

Alla pubblica udienza dell'11 febbraio 2003 il ricorso in appello è stato introitato per la decisione.

DIRITTO

1. L'appello merita accoglimento nei termini di seguito specificati.

Con il provvedimento impugnato in prime cure, ovvero la determinazione dirigenziale n. 19 in data 29 gennaio 2002, l'odierna appellante è stata esclusa, per pregressa inadempienza contrattuale connessa a grave errore professionale, dall'appalto concorso per la refezione scolastica e l'affidamento degli altri servizi ristorativi comunali, alla stregua dell'art. 12, comma 1, lett. c), del d.lg. 157/95, con riferimento a fatti posti a fondamento della risoluzione consensuale del precedente rapporto, risalente al 1° dicembre 1998 e sottoscritta dalla stessa ***** e dal Comune di Segrate a seguito delle gravissime inadempienze nella gestione del servizio di refezione comunale da parte di ***** in ATI con Onama (si trattò, in particolare, del ritrovamento di larve, vermi, parassiti e "corpi estranei" in lotti di cibo).

2. Nell'affrontare l'atto di appello il Collegio è chiamato, preliminarmente, a dare conto di due eccezioni formulate in punto di rito dal resistente Comune.

Entrambe, peraltro, devono essere disattese.

3. Con la prima, l'Amministrazione comunale lombarda ha eccepito l'improcedibilità del ricorso in appello per sopravvenuta carenza di interesse, avendo essa provveduto, a seguito di bando di gara del

12 giugno 2002, ad espletare una nuova procedura ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione dell'appalto dei medesimi servizi attualmente sub iudice.

*****, che ha partecipato anche a questa nuova procedura concorrenziale, venendone esclusa in data 4 luglio 2002 (con atto peraltro non oggetto di specifica impugnativa) per le stesse motivazioni poste a fondamento del provvedimento di cui all'attuale causa, non avrebbe pertanto alcun interesse a censurare un provvedimento di esclusione da una gara che è stata in radice rinnovata.

Orbene, in disparte la circostanza di fatto - peraltro non decisiva a fronte anche della mancata impugnazione dell'ulteriore specifico provvedimento espulsivo dalla nuova procedura di gara (trattandosi di motivazione confermativa ma non di atto meramente confermativo relativo al medesimo procedimento selettivo) - che la reclamante è stata esclusa dalla nuova procedura sulla base di una mera conferma della posizione precedentemente assunta, "permanendo inalterati i presupposti di fatto e diritto che hanno determinato l'esclusione dalla precedente gara e non sussistendo diversi presupposti, o diversa valutazione dei presupposti precedenti, tali da fare mutare l'orientamento sinora espresso", assumono portata dirimente, ai fini dell'individuazione del permanente interesse dell'appellante alla decisione, l'impossibilità di affermare con sufficienti margini di certezza l'inutilità della decisione stessa sotto i profili di ordine meramente strumentale o morale riguardanti l'immagine e l'attività futura della ditta interessata (cfr. Cons. Stato, VI, 22 gennaio 2002, n. 366), nonché la necessità di non lasciare senza giudiziale risposta le iniziative attivate (o comunque attivabili) per ottenere piena soddisfazione delle pretese vantate, anche e soprattutto in termini di istanze risarcitorie (peraltro qui avanzate e riproposte anche nella presente sede di giudizio).

Giova, in tema, ribadire che la concreta individuazione dei casi di sopravvenuta carenza d'interesse, precludendo l'esame del merito della controversia, deve essere condotta con criteri particolarmente rigorosi, evitando così che la relativa declaratoria di improcedibilità del ricorso si traduca in un sostanziale diniego di giustizia, e tenendo conto che l'interesse residuo alla pronuncia del merito deve essere inteso in senso assai ampio, in relazione non solo agli effetti conformativi e/o ripristinatori della sentenza, ma anche alle (accennate) possibili ulteriori iniziative attivate o attivabili dal ricorrente per ottenere la soddisfazione delle di lui pretese (Cons. Stato, V, 3 ottobre 1997 n. 1089; IV, 13 settembre 2001, n. 4807).

4. Relativamente invece al secondo profilo, attinente all'inammissibilità dei gravami (in entrambi i gradi di giudizio) causa il difetto di contraddittorio nei confronti della *****, unica ditta a non essere stata esclusa dalla procedura di gara de qua ma, ciò nonostante, non eletta al rango di aggiudicataria giusta la mancanza di adeguato confronto concorrenziale e, non da ultimo, l'assenza di spiccati connotati di vantaggiosità nell'offerta economica presentata dalla medesima, non ha avuto gioco particolarmente difficile l'appellante nel controdedurre e nel rilevare l'infondatezza dell'eccezione.

In effetti, è notorio che in ordine agli atti di esclusione è ex se inconfigurabile la presenza di controinteressati, tanto più che, come rammenta lo stesso Comune eccepente, la pretesa impresa controinteressata, pur essendo rimasta unica in gara, non è assurta al ruolo di formale aggiudicataria per i motivi sopraindicati; motivi peraltro contenuti nello stesso provvedimento dirigenziale in contestazione, relativamente al quale dunque, semmai, la ***** era titolare di un autonomo interesse all'impugnativa, non certo di un "controinteresse" volto alla sua conservazione. Resta, inoltre, impregiudicata la possibilità di proporre opposizione di terzo nel caso di sopravvenuto diritto autonomo e incompatibile con la posizione risultata vittoriosa nell'attuale giudizio (cfr. Cons. Stato, IV, 17 ottobre 2000, n. 5514).

L'eccezione di difetto di contraddittorio, consapevolmente ignorata dal TAR alla stregua della ritenuta infondatezza nel merito dell'intero gravame (la necessità di riproporre con appello incidentale, da parte dell'appellato resistente, risultato totalmente vittorioso nel merito in prime cure, le eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo va limitata, peraltro, a quelle espressamente disattese - e non

quindi a quelle meramente accantonate - in primo grado: cfr., in tema, Cons. Stato, VI, 30 settembre 1998, n. 1326, 2 novembre 1998, n. 1485 e 26 luglio 2001, n. 4116), è pertanto in ogni caso infondata.

5. Passando al merito, l'appello è degno di pronuncia di accoglimento sotto l'assorbente profilo che si va ad esporre.

L'art. 12, comma 1, lett. c), del d.lg. 157/95 prevede l'esclusione dalla partecipazione alle gare d'appalto pubblico di servizi dei concorrenti che nell'esercizio della loro attività professionale abbiano commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice. In questo modo si è voluto dare attuazione all'art. 29 della direttiva 92/50/CE, che a sua volta prevedeva l'esclusione di chi si fosse reso responsabile di gravi violazioni dei doveri professionali, provate con qualsiasi elemento documentabile dall'amministrazione.

Orbene, è evidente che queste clausole, nella loro genericità (di certo non auspicabile quanto meno nella normativa di recepimento), hanno comportato un grosso lavoro degli operatori degli Stati membri - non difformemente, peraltro, dal caso di cui alla precedente lettera b), circa la nozione di "moralità professionale" - al fine di individuare i possibili confini del concetto di "errore grave in materia professionale".

Tanto premesso, ad avviso dell'Amministrazione comunale, con tesi non sovvertita dall'Organo giurisdizionale territoriale di primo grado, non mancavano i supporti, anche in termini di precedenti giurisprudenziali e pur in assenza di precise indicazioni normative, a conforto dell'opzione di escludere dalla gara le imprese nei cui confronti si era addivenuti ad un provvedimento di risoluzione contrattuale per pregressa grave inadempienza nell'espletamento delle prestazioni previste in contratto, senza che, nella specie, potesse darsi soverchio rilievo alla soluzione transattiva della precedente vicenda risalente al 1998 (per il Tribunale amministrativo avente rilievo di natura solo economica circa il quantum dovuto).

Fin qui non mancherebbe una certa coerenza logico-interpretativa, anche se, probabilmente, non si è tenuto nel debito conto delle attribuzioni concretamente spettanti, al tempo dei fatti "incriminati", alla *****, operante in associazione temporanea di imprese (come capogruppo) con l'altra ditta esclusa (Onama).

Senonché, come può evincersi dalla lettura del corredo motivazionale del provvedimento di esclusione contestato, l'Amministrazione ha ritenuto di dover valutare, seppur in subordine, "l'eventualità che dalle offerte presentate risultasse un così grande beneficio per l'Ente da indurre a considerare prevalente l'interesse all'acquisizione dalle suddette imprese del servizio de quo rispetto all'esclusione per grave errore professionale".

Tale eventualità non è stata ritenuta sussistente.

In altre parole, se l'offerta ***** si fosse rivelata più conveniente per l'Amministrazione di quella effettivamente presentata essa non sarebbe stata esclusa.

Ma il citato art. 12 non permette queste ulteriori elocubrazioni di pura opportunità. Ha ragione, infatti, l'appellante ad affermare con fermezza che sussiste un'alternativa secca: o l'errore professionale esiste, o non esiste. Nel primo caso la conseguenza è l'esclusione, altrimenti, nel secondo caso, il concorrente deve rimanere in gara.

Il modo di ragionare dell'Amministrazione appare, dunque, affetto da perplessità e da intima contraddittorietà, oltre che da irragionevolezza, rendendo, in definitiva, seriamente revocabile in dubbio la stessa (ritenuta) sussistenza di gravi errori professionali nella pregressa attività della *****.

L'appello è dunque fondato sotto il suddetto profilo, di portata dirimente ed assorbente, ed analogo responso va riservato al ricorso di prime cure.

6. In ordine, infine, alla richiesta risarcitoria, essa parimenti va accolta, seppur nei limiti di cui appresso, non risultando l'atteggiamento dell'Amministrazione, per i motivi sopra evidenziati, immune da colpa.

L'accoglimento dell'istanza risarcitoria prescinde però, anzitutto, dall'accordo transattivo raggiunto nel 1998, dal quale non poteva essere fatto discendere alcun obbligo a non procedere all'esclusione di ***** dalle future gare indette per l'affidamento dei servizi de quibus.

La reintegrazione della reclamante non può avvenire, inoltre, dati gli sviluppi avutisi in relazione alla gara in questione (ed a quella successiva), in forma specifica, bensì solo per equivalente.

Ciò posto, a fronte di un giudizio prognostico che non può disconoscere, realisticamente, la possibilità di veder aggiudicata la gara d'appalto poi abbandonata dall'Amministrazione, ritiene il Collegio che l'Amministrazione comunale vada condannata, secondo i criteri e le modalità di cui all'art. 35, comma 2, del d.lg. 80/98, come sostituito dalla l. 205/00, e quindi con proposta da definire entro novanta giorni dalla notifica della presente decisione, al pagamento di una somma che copra i costi inutilmente sostenuti, dietro presentazione di congrua documentazione giustificativa, nonché la perdita di chance e, a titolo equitativo, il danno all'immagine aziendale arrecato alla stregua delle motivazioni dell'esclusione.

Non potendosi configurare, invece, con certezza l'illegittima mancata aggiudicazione della gara, non può riconoscersi tout court il risarcimento del danno ad essa conseguente, rapportato al mancato utile conseguito e presuntivamente quantificabile in una percentuale pari al dieci per cento dell'importo contrattuale.

7. Nei sensi sopra indicati, in definitiva, l'appello in epigrafe merita accoglimento, con conseguente riforma, nei medesimi termini, della pronunzia di prime cure.

Le spese di lite, relativamente ad entrambi i gradi di giudizio, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello in epigrafe, lo accoglie nei sensi di cui in parte motiva e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie nei medesimi termini il ricorso di primo grado.

Spese di lite compensate tra le parti, con riguardo ad entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma, l'11 febbraio 2003, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

DEPOSITATA IN SEGRETERIA L'11/06/2003