

COMPORAMENTO ANTI CONCORRENZIALE E CONSEGUENTE SANZIONE AMMINISTRATIVA: NON RICOMPRESE NEL NOVERO DELLE CAUSE (TIPICHE) DI ESCLUSIONE RELATIVE AL POSSESSO DELL'IDONEITÀ MORALE

NON RIENTRA NELLE FATTISPECIE ESCLUSIVE IL PERICOLO REALE CHE L' ENTITÀ DELLA SANZIONE PREGIUDICHI LA CONSISTENZA ECONOMICO-FINANZIARIA DELLA DITTA AGGIUDICATARIA NONCHÉ LA SUA AFFIDABILITÀ NELLA ESECUZIONE DEL SERVIZIO

Sintesi di Consiglio di Stato, Sezione V, decisione numero 4750 del 22 agosto 2003

Parole chiave:

Appalto di servizi/appalto di opere – cause di esclusione – regime legale tipico di norme “a fattispecie esclusiva” - escludendo poteri discrezionali delle Amministrazioni appaltanti - grave errore professionale – commesso in un rapporto con la stessa Amministrazione aggiudicatrice - prova di incapacità nella esecuzione di altri servizi - non rientra un accertato comportamento anticoncorrenziale – viene mantenuta la capacità a contrarre con la pubblica amministrazione

Tre tipologie di requisiti di partecipazione – a) di idoneità morale; b) di capacità economico finanziaria; c) di capacità tecnica e professionale

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

TAR Piemonte – Torino - Sezione II n. 71/2002 - Accoglimento del ricorso avverso l'esclusione dalla procedura

Esito del giudizio di appello:

Conferma della sentenza di prime cure.

Sentenze correlate:

Parole chiave di Consiglio di Stato, Sezione V, decisione numero 3011 dell'11 luglio 2003:

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) -

Conseguenze operative:

Un'accurata interpretazione dell'art. 12, lett. c), del DPR 157/95 secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di servizi i concorrenti "che nell'esercizio della propria attività professionale hanno commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice", non consente di ricomprendere tra le fattispecie dalla norma stessa disciplinate quali errori gravi anche il caso della adozione di provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che abbiano accertato un comportamento anticoncorrenziale dell'impresa partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un servizio.

Manca in tale novero di disposizioni una norma che colleghi alla adozione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di provvedimenti sanzionatori nei confronti di una impresa un effetto di riduttivo della capacità a contrarre con gli Enti Pubblici ovvero di partecipare alle gare dagli Enti stessi avviate per acquisire beni e servizi o realizzare opere.

Il rigoroso e ben articolato sistema sanzionatorio previsto dalla legge 10 ottobre 1990 n. 287 per reprimere i comportamenti anticoncorrenziali (che contempla sanzioni civili ed amministrative di entità molto significativa) non è stato esteso dal legislatore a prevedere una incapacità a contrarre con le Amministrazioni pubbliche né temporanea né definitiva per i soggetti che abbiano posto in essere intese restrittive della concorrenza.

Rapporti con le altre tipologie di appalti

Se è vero che la disciplina dei servizi è autonoma rispetto a quella dettata specificamente per il settore dei lavori pubblici non si può, tuttavia, trascurare che l'esigenza che muove la regolamentazione del caso di esclusione qui considerato nei due sistemi di aggiudicazione è la stessa e che la valenza di principio delle disposizioni dettate in materia di lavori pubblici, quale complesso di norme più completo ed esaustivo, consente di trarre elementi interpretativi da tale sistema anche per misurare il contenuto di disposizioni valide per gli altri settori (servizi e forniture).

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 10874/2002 del 30/12/2002, proposto dal COMUNE DI TORINO
rappresentato e difeso

contro

***** s.r.l

e nei confronti

di ***** s.p.a

della sentenza del TAR PIEMONTE - TORINO: Sezione II n. 71/2002, resa tra le parti, concernente
GARA PER PRESTAZIONE SERVIZIO DI REFEZIONE SCOLASTICA SCUOLE
PREOBBLIGO;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ***** s.r.l. ***** s.p.a..

E sul ricorso in appello n. 49/2003 del 03/01/2003, proposto da ***** s.p.a
contro

il COMUNE DI TORINO non costituitosi; ***** s.r.l. per la riforma
della sentenza del TAR PIEMONTE - TORINO: Sezione II n. 2090/2002, resa tra le parti,
concernente ESCLUSIONE DALLA GARA A LICITAZIONE PRIVATA PER SERVIZIO
MENSE SCOLASTICHE ;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ***** s.r.l.

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il Dispositivo di Decisione n. 103 dell'undici marzo 2003;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio
2000, n. 205;

Alla pubblica udienza dell'11 marzo 2003, relatore il Consigliere Zaccardi ed uditi, altresì, gli avvocati
Marco Pizzetti, Ludovico Villani, Ferrari Ugo, Ciampoli Giustino e l'avv. Colarizi Massimo.

FATTO

Con la sentenza indicata in epigrafe è stato accolto il ricorso proposto in primo grado dall'attuale
appellata, ***** s.r.l., per l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 28/ACQ del 30 luglio
2002 che aveva disposto la esclusione della Società stessa dalla gara mediante licitazione privata indetta
dal Comune di Torino per l'affidamento del servizio di refezione nelle scuole del pre-obbligo, periodo
1° settembre 2001-31 agosto 2005, e suddivisa in dieci lotti.

Alla conclusione delle operazioni di gara la ***** s.r.l. risultava aver conseguito il miglior punteggio nei
lotti n. 2, 3, 5, 6 e 7. Nei lotti n. 5 e 7 era seguita in graduatoria dalla Eurotourist Serv- System s.p.a.,
mentre nei lotti n. 2, 3 e 6 era seguita dalla ***** s.p.a.. Le due Società qui da ultimo indicate si erano
aggiudicate, rispettivamente, i lotti 9 e 10 la Eurotourist Serv-System s.p.a. ed i lotti n. 1 ed 8 la *****
s.p.a..

Nel corso del procedimento di verifica della anomalia delle offerte il Comune di Torino aveva notizia
che L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva emesso il provvedimento n. 1083 del 13
giugno 2002 con cui era stato accertato il comportamento anticoncorrenziale di alcune imprese, tra le
quali anche la ***** s.r.l., ed era stata irrogata una sanzione amministrativa che nei confronti della
attuale appellata era stata determinata in € 16.355.826,40.

Su tale presupposto il Dirigente del settore "Acquisti beni e servizi" del Comune di Torino avviava il
procedimento di revoca dell'aggiudicazione nei confronti della Società in parola e, dopo aver acquisito
le memorie della Società stessa, adottava l'atto impugnato in primo grado.

Il provvedimento si fondava sulla considerazione che l'accertamento della intesa concorrenziale, pur
relativo ad una procedura di gara espletata dalla CONSIP s.p.a., integrava un grave errore professionale
a tenore dell'art. 12, lett. c), del D.P.R. n. 157 dell'undici marzo 1995 (DPR 157/95) legittimando così
l'esclusione della ***** s.r.l. dalla gara e, quindi, la revoca della aggiudicazione disposta nei suoi
confronti. Veniva effettuato anche un riferimento al pericolo che la consistenza economico-finanziaria
della ditta aggiudicataria e, quindi, la sua affidabilità nella esecuzione del servizio fosse pregiudicata dalla
entità della sanzione.

La decisione appellata ha ritenuto, invece, che la fattispecie non rientrasse nell'ambito di applicazione
della norma richiamata ed ha accolto il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

Contro tale decisione hanno proposto appello, sia la ***** s.p.a. che il Comune di Torino, con i due
appelli indicati in epigrafe nei quali si contesta la tesi accolta dal primo giudice richiamando anche un
precedente della Sezione (decisione n. 1356/2001).

La Società appellata ha eccepito da più angolazioni la inammissibilità del ricorso proposto dalla *****
s.p.a. confutando la fondatezza di entrambi gli appelli nel merito e chiedendone la reiezione.

DIRITTO

1. Deve essere in primo luogo disposta la riunione dei due appelli perché diretti contro una unica
sentenza ed, inoltre, perché connessi sia soggettivamente che oggettivamente.

2. Gli appelli sono infondati e ciò esime dall'esame delle eccezioni di inammissibilità avanzate da parte
appellata.

2.1. La questione di diritto posta all'attenzione del Collegio verte essenzialmente sulla interpretazione dell'art. 12, lett. c), del DPR 157/95 secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di servizi i concorrenti "che nell'esercizio della propria attività professionale hanno commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice". La formulazione della norma non consente di ricomprendere tra le fattispecie dalla norma stessa disciplinate quali errori gravi anche il caso della adozione di provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che abbiano accertato un comportamento anticoncorrenziale dell'impresa partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un servizio.

Sussistono tre distinti ordini di considerazioni che depongono in tal senso.

2.2. Si deve in primo luogo considerare che la disciplina della esclusione dei concorrenti dalle gare pubbliche costituisce un regime legale tipico di norme "a fattispecie esclusiva" perché è preordinato a comprimere posizioni di diritto soggettivo che trovano la loro tutela nella Costituzione (articoli 3 e 41) e che, salvo casi determinati che trovano giustificazione in interessi pubblici ben definiti, devono potersi liberamente esplicare, in condizioni di parità di trattamento e nel rispetto della libera iniziativa economica dei singoli, con la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

In effetti in tali procedure viene distribuita gran parte dei flussi finanziari pubblici reperiti attraverso il prelievo fiscale e gli altri strumenti di finanza pubblica e che costituiscono per gli operatori privati una parte significativa delle risorse disponibili sul mercato.

Muovendo da tale premessa sia l'ordinamento comunitario che quello nazionale circondano di particolari garanzie la posizione delle imprese partecipanti alle gare escludendo poteri discrezionali delle Amministrazioni appaltanti ed indicando in modo puntuale ed analitico per ogni tipo di procedura contrattuale (lavori pubblici, servizi, forniture pubbliche e cd. "settori esclusi") le cause di esclusione.

Tali cause sono essenzialmente riconducibili alle tre tipologie di requisiti di partecipazione richiesti per l'accesso alle gare ed il cui difetto comporta l'esclusione: a) di idoneità morale; b) di capacità economico finanziaria; c) di capacità tecnica e professionale.

Per ognuna di queste tre categorie sono specificati analiticamente i presupposti per la sussistenza di ogni specifico requisito in capo alle imprese e le circostanze al cui verificarsi il requisito viene meno e deve disporsi l'esclusione dalla gara pubblica.

Tra i requisiti di idoneità morale, per quel che qui interessa e con riguardo alla specifica disciplina dei servizi, possono ascrivere oltre quelli indicati espressamente dall'art. 12, lett. c), del DPR 157/95), vale a dire l'assenza di condanne penali con forza di giudicato per reati offensivi della moralità professionale, il rispetto degli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali dei lavoratori nonché degli obblighi in materia di imposte e tasse e la veridicità delle dichiarazioni rese in sede di gara, anche l'assenza di procedimenti per l'applicazione di una misura di prevenzione di cui alla legge 27 dicembre 1956 n. 1423 e la violazione delle disposizioni sulla sicurezza dei luoghi di lavoro di cui al decreto legislativo n. 626 del 19 settembre 1994 e successive modifiche ed integrazioni, ovvero anche altri requisiti richiesti con norme di carattere generale (segnatamente le disposizioni antimafia di cui alla legge 19 marzo 1990 n. 55 ed ai decreti attuativi). Inoltre, nell'ordinamento nazionale, sono stati esplicitamente fatti salvi i poteri delle Amministrazioni di escludere i soggetti che abbiano effettuato precedenti prestazioni "con negligenza o malafede" già previsti dall'art. 3, terzo comma, del R.D. n. 2440 del 18 novembre 1923 e dall'art. 68, primo comma, del R.D. n. 827 del 23 maggio 1924.

Quest'ultimo potere però, con evidenza, appare riferito alla negligenza o malafede tenute nella esecuzione dei contratti e non nella fase delle trattative precontrattuali alle quali attiene, invece, il comportamento lesivo della concorrenza che è stato contestato alla Società attuale appellata.

Manca in tale novero di disposizioni una disposizione che colleghi alla adozione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di provvedimenti sanzionatori nei confronti di una impresa un effetto di riduttivo della capacità a contrarre con gli Enti Pubblici ovvero di partecipare alle gare dagli Enti stessi avviate per acquisire beni e servizi o realizzare opere.

Nel contesto di un regime speciale con le caratteristiche qui sinteticamente delineate l'omissione di una previsione specifica che commini l'esclusione dalle gare pubbliche comporta la naturale espansione del diritto delle imprese ad operare liberamente sul mercato.

2.3. Un secondo ordine di valutazioni attiene ad elementi di interpretazione letterale della norma qui in esame che attribuendo rilievo ad un "errore grave" nell'esercizio dell'attività professionale appare

diretta ad assicurare alle Amministrazioni l'affidabilità tecnica dei potenziali aggiudicatari con esclusione di quei soggetti che abbiano dato prova di incapacità nella esecuzione di altri servizi. Si tratta, quindi, ad avviso del Collegio, di una vicenda che produce effetti in ordine alla capacità tecnica del partecipante capacità tecnica che viene meno in forza dell'accertamento dell'errore grave che è stato commesso.

Inoltre, se non si vuol ritenere che un errore, pur grave, nella esecuzione di un contratto possa essere discrezionalmente valutato indistintamente da tutte le altre Amministrazioni aggiudicatrici per escludere dalle singole gare l'impresa che lo ha commesso introducendo così in modo surrettizio una ipotesi di incapacità a contrarre non prevista nell'ordinamento ed in grado di escludere ogni rilievo al possesso dei requisiti generali necessari per operare nel settore dei servizi (attestati dall'iscrizione negli appositi registri tenuti dalle Camere di Commercio, Industria ed Artigianato) si deve concludere che l'errore di cui trattasi per essere rilevante ai presenti fini debba essere stato commesso in un rapporto con la stessa Amministrazione aggiudicatrice.

In tal senso si è orientata senza incertezze la disciplina relativa alla ipotesi di esclusione qui in esame per il settore dei lavori pubblici nell'ambito della quale la formulazione del vigente art. 75, primo comma, lett. e), del DPR 21 dicembre 1999 n. 554 prevede l'esclusione dei soggetti "che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara". In proposito se è vero che la disciplina dei servizi è autonoma rispetto a quella dettata specificamente per il settore dei lavori pubblici non si può, tuttavia, trascurare che l'esigenza che muove la regolamentazione del caso di esclusione qui considerato nei due sistemi di aggiudicazione è la stessa e che la valenza di principio delle disposizioni dettate in materia di lavori pubblici, quale complesso di norme più completo ed esaustivo, consente di trarre elementi interpretativi da tale sistema anche per misurare il contenuto di disposizioni valide per gli altri settori (servizi e forniture).

Tale conclusione è rafforzata, ad avviso del Collegio, dalla circostanza che nel caso di specie si lamenta in definitiva un vizio nel comportamento della ***** s.r.l. intervenuto in sede di trattative con una diversa Amministrazione, comportamento che integrando una ipotesi di responsabilità precontrattuale secondo i principi generali potrebbe essere fatta valere solo dal contraente che ne ha subito le conseguenze dannose e senza una disposizione specifica appare inidoneo a produrre effetti nei confronti di terzi

2.4. Infine il rigoroso e ben articolato sistema sanzionatorio previsto dalla legge 10 ottobre 1990 n. 287 per reprimere i comportamenti anticoncorrenziali (che contempla sanzioni civili ed amministrative di entità molto significativa) non è stato esteso dal legislatore a prevedere una incapacità a contrarre con le Amministrazioni pubbliche né temporanea né definitiva per i soggetti che abbiano posto in essere intese restrittive della concorrenza.

E' così confermato un orientamento diretto a sanzionare i singoli comportamenti ma non ad incidere sulla capacità dei soggetti che dopo aver subito le sanzioni del caso possono immediatamente rientrare nel gioco concorrenziale.

Questo è, a ben vedere, pienamente in linea con le funzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che deve assicurare lo svolgimento corretto della competizione sul mercato da parte di tutti i soggetti attivi sul mercato ma non deve produrre effetti distorsivi attraverso la eliminazione dal mercato dei soggetti sanzionati effetto che potrebbe risolversi in un danno proprio per gli obiettivi che l'Autorità deve perseguire. Nel caso qui in esame alcuni dei più significativi operatori della ristorazione sono stati contestualmente colpiti dai provvedimenti sanzionatori dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato in modo che la eventuale esclusione degli stessi dalle gare di tale settore non porterebbe certo ad un beneficio per una effettiva concorrenza tra gli operatori economici interessati.

2.5. Sulla base di quanto si è sin qui esposto non può trovare conferma il precedente della Sezione cui hanno fatto riferimento gli appellanti nel quale, pur con riguardo ad una ipotesi ben diversa in punto di fatto, è stato affermato il principio della riconducibilità dei comportamenti lesivi della concorrenza ad un errore grave nella esecuzione dei contratti che non può essere condiviso.

2.6. Infine si deve osservare che appare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma qui esaminata ove interpretata nel senso prescelto dal Collegio, è evidente, infatti, che il legislatore ha ritenuto nell'ambito della sua discrezionalità che i comportamenti lesivi della concorrenza trovassero adeguata tutela nelle disposizioni della legge 287/90 comminando sanzioni molto incisive ma non estese alla esclusione dalle gare pubbliche e tale scelta appare per le ragioni si qui

esposte meditata e non sindacabile sul piano della disuguaglianza di trattamento – trattandosi di fattispecie diverse cui è stato riservato un diverso trattamento – né è consentito nel merito valutare le singole scelte sanzionatorie rimesse al merito delle valutazioni del legislatore. Tale soluzione è poi sostenuta anche dalla disciplina di settore valida a livello comunitario.

3. Alla stregua delle considerazioni che precedono gli appelli indicati in epigrafe e qui riuniti sono respinti con conferma della sentenza appellata. Sussistono ragioni per la compensazione delle spese di giudizio per la complessità della questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sui ricorsi in appello di cui in epigrafe, previa loro riunione; li rigetta con conferma della sentenza appellata;

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 11 marzo 2003

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il..... 22/08/2003.....