

Sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 27 gennaio 2010, n. 296

19 Marzo 2010

Con la sentenza in oggetto il Consiglio di Stato ha affrontato il problema della corretta interpretazione dell'articolo 38, c. 1, lett. f) del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che prevede l'immediata esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori delle imprese 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 dalla stazione appaltante".

Nel caso di specie il Giudice Amministrativo, annullando la precedente pronuncia del Tar Lecce (sent. n. 249 del 2009), ha dichiarato legittima l'esclusione di una impresa da una gara d'appalto, comminata dall'amministrazione appaltante mediante un provvedimento motivato *per relationem* con risoluzione di un contratto analogo stipulato in precedenza, per gravi inadempienze e ritardi dell'appaltatore, ai sensi dell'art. 38, c.1, lett. f).

Il Collegio ha statuito sulla controversia accogliendo in via definitiva l'orientamento giurisprudenziale secondo cui da un lato l'esclusione prevista dalla lett. f), c. 1 dell'art. 38 non ha carattere sanzionatorio, ma funge da meccanismo di tutela del rapporto fiduciario tra l'amministrazione e l'impresa partecipante, e dall'altro ha ammesso che detta garanzia venga attuata dalla mera valutazione effettuata dall'amministrazione a seguito dei precedenti rapporti contrattuali con l'impresa, non essendo al contrario necessario un accertamento giurisdizionale con carattere di definitività, ovvero un provvedimento amministrativo inoppugnabile.

Tale considerazione, peraltro, si inserisce nel solco delle valutazioni già espresse dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici con la determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010, con cui la stessa ha affermato di ritenere sufficiente, in presenza dei presupposti di cui all'art. 38, c.1 lett. f), la motivata valutazione effettuata dall'amministrazione appaltante nonché l'accertamento con qualsiasi mezzo di prova dell'errore grave nell'esercizio dell'attività professionale.

Il Consiglio di Stato, come si è detto, è giunto a tali conclusioni sia partendo dall'esame preliminare del tenore letterale della norma, in cui non viene richiesto il definitivo accertamento o il passaggio in giudicato della sentenza che accerti la sussistenza delle cause di esclusione (come accade, ad esempio, per le lett. c) e g) dello stesso c. 1 dell'art. 38), sia esaminando la già richiamata funzione di garanzia del rapporto fiduciario tra amministrazione ed imprese partecipanti, che può essere efficacemente tutelato mediante una valutazione in concreto effettuata dal soggetto che sarà sicuramente parte del rapporto contrattuale conseguente alla gara.

Quanto al primo aspetto infatti, è evidente che laddove il legislatore ha ritenuto necessaria la statuizione dell'organo giurisdizionale o l'inoppugnabilità del provvedimento amministrativo circa l'idoneità dell'impresa alla partecipazione alla gara ne ha fatto espressamente menzione, prevedendo, con termini differenti ma derivanti dalla stessa ratio, la necessità del definitivo accertamento o del passaggio in giudicato di una sentenza, ragionevolmente in virtù della peculiarità delle fattispecie (condanna penale - lett. c), e violazione dell'obbligo del pagamento di imposte o tasse - lett. g)).

Al contrario, la previsione che si riferisce alla valutazione della stazione appaltante, ancorata al rapporto concreto con l'impresa partecipante alla gara, per sua stessa formulazione letterale esclude la necessità di un accertamento giurisdizionale, esaurendo la sua portata nella motivazione, necessaria, (data la valutazione di concetti generali ed ampi quali la malafede e la negligenza), e nell'onere della dimostrazione con qualsiasi mezzo di prova del grave errore (che invece richiede una indagine professionale e tecnica sull'attività imprenditoriale), gravante comunque

sull'amministrazione.

Quanto al secondo aspetto, sulla sufficienza della valutazione effettuata dalla stazione appaltante, il Consiglio di Stato ha ritenuto esauriente il richiamo *per relationem* all'atto con cui la stessa aveva provveduto alla risoluzione del precedente rapporto contrattuale per inadempimento, data la cessazione del rapporto fiduciario in un momento anteriore rispetto a quello della gara oggetto di contestazione, ma i cui effetti perduravano al momento della partecipazione alla procedura in atto.

Da ciò il superamento dell'opposto orientamento del Tar Lecce, secondo il quale l'interpretazione analogica delle norme contenute nell'art. 38 avrebbe richiesto la definitività dell'accertamento anche per le fattispecie in cui il legislatore non lo ha previsto espressamente, che avrebbe potuto portare alla - paradossale - conseguente insufficienza della valutazione di chi ha già avuto modo di verificare il comportamento diligente e professionale dell'impresa partecipante.

Escludendo, infine, la rilevanza delle contestazioni mosse al provvedimento dell'amministrazione, comunque tardive, nonché la rilevanza della proposizione di una domanda di arbitrato volto ad accertare la responsabilità della stazione appaltante nella precedente risoluzione del contratto, il Consiglio di Stato ha concluso in sostanza per la definitiva sufficienza dell'accertamento in sede amministrativa delle cause di esclusione di cui all'art. 38, c. 1, lett. f), sancendo sostanzialmente la legittimità delle considerazioni, in concreto, effettuate dall'amministrazione nella valutazione delle imprese che chiedono di partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, che non devono consistere in provvedimenti inoppugnabili, ed escludendo qualsiasi interpretazione analogica ed estensiva degli oneri previsti per altre fattispecie, omessi dal legislatore nei casi che sono sufficientemente soddisfatti da motivate considerazioni dell'amministrazione.

2317-Sentenza 296 2010.pdf [Apri](#)