

Determinazione n. 8/2004 del 12 maggio 2004 "Esclusione dalle gare nel caso di sussistenza di pronunce in ordine a errori gravi commessi nell'esecuzione di lavori" IL CONSIGLIO

Considerato in diritto L'art. 75, comma 1, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e successive modificazioni nel fornire un'elencazione delle clausole di esclusione dalle gare, prevede alla lettera f) che "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti.....che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara". Nella fattispecie di cui trattasi vanno ricompresi i casi di risoluzione del contratto d'appalto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo di cui all'articolo 119 del d.P.R. n. 554/1999 e s.m. E' evidente che in tali evenienze, come precisato anche da recente giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. V, 8 marzo 2004 n. 2317), la valutazione della grave inadempienza cui collegare l'esclusione, non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto nel corso del precedente rapporto contrattuale intercorso con la stazione appaltante, essendo sufficiente la valutazione che la stessa stazione appaltante abbia fatto, in sede amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare alla nuova procedura di affidamento. Infatti, l'intervenuta risoluzione del rapporto contrattuale per il fatto del soggetto affidatario è di per sé sufficiente a incidere negativamente sul rapporto fiduciario che deve instaurarsi con la stazione appaltante, alla cui salvaguardia è posta la causa di esclusione di cui all'art. 75, comma 1, lett. f), d.P.R. n. 554/1999 e s.m. La valutazione di esclusione deve comunque essere sempre motivata, essendo connessa a nozioni ampie e generiche quali quelle di grave negligenza e malafede, che richiedono una adeguata motivazione in punto di fatto e di diritto, contrariamente alle ipotesi di cui alle lettere a), b), g), h) dello stesso articolo 75, in cui può essere sufficiente una motivazione de relato. Si conferma, pertanto, quanto in precedenza affermato al punto f) della determinazione del 15 luglio 2003, n. 13, circa la natura discrezionale della valutazione e l'obbligo di motivazione cui è tenuta la stazione appaltante che escluda un'impresa, ritenendo integrata la causa preclusiva di cui alla lettera f) dell'articolo 75 del d.P.R. 554/1999 e s.m. Ad esempio, nel caso di impresa partecipante ad una procedura concorsuale indetta da stazione appaltante che precedentemente avesse risolto un contratto di appalto in danno della stessa impresa, non può essere determinata la sua automatica esclusione dalla gara. Al riguardo la natura discrezionale della suddetta valutazione comporta di tenere conto, tra i diversi elementi, il tempo trascorso dall'atto di rescissione e le eventuali recidive rilevate da altre stazioni appaltanti. Discrezionalità, peraltro, molto limitata o nulla, nel caso che il pregresso contegno contrattuale dell'impresa sia di per sé solo sufficiente ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario. Per contro, in caso di ammissione di impresa responsabile di grave negligenza o malafede nel corso di pregresso rapporto contrattuale intercorso con la stazione appaltante, vi è ancora l'obbligo di motivazione ove la stazione appaltante ritenga di instaurare ugualmente con il soggetto un nuovo rapporto contrattuale (Consiglio di Stato, Sez. V, 8 marzo 2004 n. 2317). I presupposti che danno luogo al verificarsi della risoluzione contrattuale di cui all'art. 119 del d.P.R. 554/1999 e s.m., sono indicati a contrario sia dall'art. 17 lettera i) del d.P.R. 21 gennaio 2000, n. 34, e successive modificazioni relativamente ai requisiti d'ordine generale necessari per ottenere la qualificazione, sia dall'art. 27 comma 2, lettera p), del medesimo d.P.R. n. 34/2000 e s.m. come elementi di cui deve essere presa nota nel Casellario Informatico dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. In particolare quest'ultima norma si riferisce ad eventuali episodi di negligenza grave nell'esecuzione di lavori pubblici ovvero a gravi inadempienze contrattuali. Il

Casellario Informatico, pertanto, contiene una serie di informazioni sui soggetti che si propongono come affidatari di lavori pubblici, che se integrate tra loro possono dare luogo ad un profilo complessivo sulla loro affidabilità tecnico-professionale oltre che morale, che si rende disponibile alle Stazioni appaltanti. Tali disposizioni tuttavia, pur ampliando le informazioni poste a disposizione delle stazioni appaltanti, non modificano la portata della disposizione di cui all'art. 75, che, potendo essere considerata una norma a tutela dell'ordine pubblico, elenca in un *numerus clausus* le ipotesi in cui l'esclusione discende direttamente dalla previsione normativa e deve, quindi, essere accertata soltanto in concreto da parte della stazione appaltante nel verificarsi dei suoi presupposti. Relativamente alla grave negligenza/gravi inadempienze, pertanto, l'esclusione discendente dalla norma riguarda soltanto le stazioni appaltanti con cui il soggetto partecipante all'affidamento ha già intessuto rapporti contrattuali, essendo sul punto chiara l'espressione utilizzata dal legislatore (lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara). Ciò si rivela riduttivo rispetto alle previsioni della normativa comunitaria (articolo 24, primo comma, lett. d), della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993), che considera rilevante, per l'esclusione da una gara, il grave errore professionale commesso dall'appaltatore nel corso dei lavori eseguiti per conto di una qualsiasi stazione appaltante; così come riduttivo è riguardo al disposto di cui all'art. 17, comma 1, lett. i), del d.P.R. 34/2000 e s.m. , per il quale l'errore grave nell'esecuzione dei lavori pubblici, dovunque e comunque commesso, è situazione che impedisce il conseguimento della qualificazione. Per potere individuare e valutare detta situazione, in caso di omessa dichiarazione da parte dei soggetti che intendono qualificarsi o che chiedono il rinnovo dell'attestazione, la SOA si avvale dei dati inseriti nel casellario di cui all'art. 27 del d.P.R. n. 34/2000 e s.m., tra cui sono compresi i fatti implicanti grave negligenza e grave inadempimento nell'esecuzione dei contratti di appalto, non esclusi quelli riferiti ad imprese non ancora qualificate, che l'Osservatorio per i lavori pubblici iscrive a seguito delle comunicazioni delle stazioni appaltanti. Nella tabella seguente, di confronto delle tre disposizioni ora citate, si evidenziano le differenti formulazioni e la circostanza che, per questa fattispecie preclusiva, la norma della Direttiva, pur comportando una facoltà e non un obbligo, appare di portata più ampia rispetto a quella del Regolamento generale. Tabella comparativa della direttiva 93/37 e con il d.P.R. n. 554/99 e s.m. e con il d.P.R. n. 34/2000, e s.m. limitatamente alla causa di esclusione/requisito generale per grave negligenza o errore grave nel corso dei lavori

Direttiva 93/37/CEE d.P.R. n. 34/2000 e s.m. d.P.R. n. 554/1999 e s.m. Articolo 24 Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni imprenditore: Art. 17 (Requisiti d'ordine generale) 1. I requisiti d'ordine generale occorrenti per la qualificazione sono: Art. 75 (Cause di esclusione dalle gare di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici) 1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: d) che, in materia professionale, abbia commesso un errore grave, accertato mediante qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice; i) inesistenza di errore grave nell'esecuzione di lavori pubblici; f) che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara; In passato, l'appaltatore che si fosse reso colpevole di malafede o di negligenza, nel corso dell'esecuzione di un lavoro pubblico, veniva escluso dalla partecipazione a tutte le gare successive indette da qualunque stazione appaltante (la cosiddetta esclusione permanente: art. 3 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2240 "Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la

quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni” e art. 68, 1° comma, del r.d. 23 maggio 1924, n. 827 – “Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale da comunicarsi al ministero delle finanze (ragioneria generale), a cura del quale ne viene data notizia alle altre amministrazioni. Analogamente si provvede per le eventuali riammissioni.”) Successivamente, dopo l'istituzione presso il Ministero dei LL.PP. dell'Albo Nazionale dei Costruttori, la legge 10 febbraio 1962, n. 57, nel disciplinare completamente la materia, ha di fatto abrogato la norma di cui al comma 1 dell'art. 68, con riferimento al settore dei lavori pubblici, avendo previsto nell'art. 20 i casi in cui veniva sospesa l'efficacia dell'iscrizione nell'albo e nell'art. 21 quelli di cancellazione dall'Albo stesso. Tuttavia, l'art. 3, comma 3, della citata legge confermava che l'iscrizione nell'albo non precludeva l'esercizio della facoltà per la stazione appaltante, prevista dall'art. 68, comma 2, di escludere l'impresa da ogni singola gara nel caso di sussistenza di fatti ostativi alla partecipazione alle pubbliche gare. In seguito, in relazione a quanto previsto dall'art. 8, comma 7, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., sono state abrogate le norme esistenti in materia di sospensione e cancellazione dall'albo, e sono state totalmente recepite le cause di esclusione dettate dall'articolo 24, primo comma, lett. d), della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, con efficacia sia per gli appalti sopra che sotto soglia. Relativamente all'art. 68, comma 2, del R.D. n. 827/1924, tuttora vigente, è dubbia la sua applicabilità al sistema dei lavori pubblici posto che qui, come precisato anche da questa Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione del 2 ottobre 2002, n. 24, si applica un sistema normativo organico costituito dalla legge n. 109/1994 e s.m. e dal d.P.R. n. 554/1999 e s.m. e che la giurisprudenza sembra orientata nel senso di escludere qualsiasi operazione di estensione analogica dell'art. 68 (Tar Lazio sez. I bis, 27 marzo 2004 n. 2908). Da ultimo, il d.P.R. 30 agosto 2000, n. 412 ha colmato la lacuna esistente nel d.P.R. n. 554/99 e s.m. per la mancata registrazione da parte della Corte dei Conti, delle norme di recepimento delle cause di esclusione dalle gare nei servizi attinenti alla architettura ed all'ingegneria e negli appalti e concessioni di lavori pubblici, queste ultime previste dall'articolo 24, primo comma, della direttiva 93/37/CEE. Nelle premesse del d.P.R. n. 412/2000, nel motivare la necessità di un Regolamento recante disposizioni integrative del d.P.R. n. 554/99, veniva precisato che l'art. 8, comma 7, attraverso l'applicazione diretta della disciplina comunitaria, aveva potuto “... momentaneamente supplire, in attesa di una più approfondita valutazione del portato della pronuncia dell'organo di controllo”. In tale ambito, l'art. 75, comma 1, lett. f), del d.P.R. n. 554/99 e s.m., ha recepito parzialmente la disposizione comunitaria recata dall'articolo 24, primo comma, lett. d), della direttiva 93/37/CEE, ai sensi del quale “può essere escluso” dalle gare l'imprenditore che in materia professionale “abbia commesso un errore grave accertato mediante qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice”, specificando che la predetta causa di esclusione vada riferita alla “grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara”. In merito, tuttavia, preme evidenziare che per “stazione appaltante che bandisce la gara”, deve intendersi non solo la singola amministrazione interessata dalla specifica procedura selettiva, ma l'intera struttura della stessa, seppur divisa in articolazioni territoriali. Deve, infatti, considerarsi che affinché un ente possa operare con titolo di stazione appaltante occorre che questo sia in possesso di capacità giuridica (come peraltro attribuito ex art. 11 del codice civile) e di capacità d'agire, quest'ultima intesa come attitudine all'imputazione di fattispecie. In forza di tale istituto, il soggetto pubblico esprime la sua volontà e compie atti attraverso i propri organi che imputano

tale attività al soggetto. E detti organi vanno individuati per l'appunto anche nelle strutture periferiche in cui si articola l'ente, pervenendo quindi ad un concetto sempre più unitario di stazione appaltante, identificando in essa quei soggetti dotati di autonoma personalità giuridica la cui eventuale articolazione territoriale non influisce sulla originaria unitarietà. Invero, relativamente ad alcune Amministrazioni dello Stato, come il Ministero per i Beni e le Attività culturali, e ad alcuni enti, come l'ANAS S.p.A., che risultano suddivisi in strutture centrali ed organi o uffici periferici, l'utilizzo del termine "stazione appaltante che bandisce la gara" in luogo di "amministrazione aggiudicatrice" potrebbe indurre a ritenere che la norma sia diretta alla singola unità organizzativa che gestisce direttamente il procedimento di gara. Al riguardo tuttavia occorre rilevare che il legislatore ha provveduto a fornire una definizione di "stazione appaltante" all'art. 2, comma 1, lett. a), del d.P.R. 554/99 e s.m., che appare dirimente della questione di cui trattasi. Detta disposizione infatti opera un rinvio diretto ed automatico a tutti soggetti di cui all'art. 2, comma 2, della legge 109/94 e s.m., tra i quali sono ricomprese le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lettera a) della medesima norma, stante la previsione contenuta all'art. 2, comma 7, lettera c), della legge stessa. Pertanto, l'apparente diversità di formulazione utilizzata dal legislatore non comporta alcuna differenza di carattere sostanziale nell'identificazione del soggetto cui riferire il dettato normativo, che va pertanto considerato nella sua complessiva costituzione. Da quanto sopra, deriva che la causa di esclusione di cui all'art. 75, comma 1, lett. f), del d.P.R. n. 554/99 e s.m., deve essere riferita a casi di inadempimento dell'impresa in pregressi rapporti contrattuali anche con le eventuali articolazioni territoriali della medesima stazione appaltante, intesa nel suo complesso. La considerazione che il regolamento di cui trattasi abbia recepito parzialmente le previsioni recate dalla direttiva comunitaria, potrebbe portare alla conseguenza che la grave negligenza/malafede, posta in essere in pregressi contratti di appalto con altre stazioni appaltanti, si riveli di nessuna utilità e rilievo pratico da parte di altri operatori del mondo degli appalti pubblici rispetto a quelli che la hanno direttamente accertata. Poiché, tuttavia, i comportamenti contemplati nel suddetto art. 75, comma 1, lett. f), del d.P.R. n. 554/1999 e s.m. sono potenzialmente in grado di rilevare gravi situazioni di devianza e di anomalia nella fase di esecuzione di lavori pubblici, si pone la questione se, dinanzi a fatti reiterati e particolarmente seri, dovuti a grave negligenza o malafede nel corso di distinti lavori denunciati da uno o più committenti pubblici e conosciuti attraverso la consultazione del Casellario Informatico dell'Autorità, gli stessi possano rivestire particolare rilievo per "tutte" le stazioni appaltanti – anche diverse da quelle che abbiano avuto precedenti rapporti contrattuali con il concorrente oggetto di più annotazioni nel casellario informatico. Tali reiterati episodi, il cui effetto sia stato o il ritardo nell'esecuzione dei lavori o l'errore nell'esecuzione degli stessi – da intendersi quale mancata corrispondenza dell'opera eseguita alle previsioni progettuali ovvero quale realizzazione non a perfetta regola d'arte – o la malafede commessa nell'esecuzione – intesa quale comportamento malizioso posto in essere dall'appaltatore al fine di pregiudicare il diritto della stazione appaltante – costituiscono indice di inaffidabilità professionale e, come tali, potrebbero comportare l'esclusione dalle gare anche da parte di stazioni appaltanti che non abbiano avuto precedenti rapporti contrattuali con il soggetto responsabile di siffatti comportamenti. Ciò, ovviamente, deve formare oggetto di una compiuta valutazione da parte dell'amministrazione, in ordine al grado di incidenza dei predetti comportamenti sull'affidabilità del concorrente e, quindi, in ordine all'interesse pubblico di evitare di intrattenere rapporti contrattuali con un soggetto inadempiente, in relazione al quale sussiste la ragionevole possibilità che si determini ancora detta sfavorevole evenienza e tenuto conto delle specifiche

finalità connesse all'intervento da appaltare. La modalità attraverso le quali le stazioni appaltanti possono dare rilievo ai suddetti comportamenti dovrebbe avere carattere generale, per cui potrebbe essere inserita un'apposita previsione nella lex specialis di gara, con cui viene reso possibile valutare, ai fini dell'eventuale esclusione, l'incidenza sull'affidabilità professionale del concorrente di comportamenti di grave negligenza e malafede tenuti con altra stazione appaltante e risultanti dal Casellario Informatico. Tale clausola del bando di gara, infatti, dovrebbe essere in grado di esplicitare il principio di fiduciarità e di serietà tecnico-professionale al cui presidio è posta la disposizione dell'art. 75, comma 1 lett. f) d.P.R. n. 554/1999 e s.m. Una simile facoltà è stata, peraltro, ritenuta ammissibile da questa Autorità, sebbene per differente fattispecie, nella determinazione del 15/10/2003, n. 14 in materia di "clausole di gradimento", nella quale in ordine alla possibilità per la stazione appaltante di prescrivere adempimenti ulteriori rispetto alle previsioni normative stabilite per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici, è stato espresso avviso per cui, anche sulla base della giurisprudenza prevalente (vedi da ultimo Consiglio di Stato sentenza. n. 2150 del 15 aprile 2004), deve ritenersi sussistente "la facoltà per la stazione appaltante di individuare nel bando di gara ulteriori adempimenti purché proporzionati alle finalità dell'amministrazione e purché non costituiscano richieste irrazionali e pretestuose, con conseguente violazione del principio della più ampia partecipazione alla gara. Il procedimento amministrativo è improntato al rispetto dei principi generali di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, secondo il disposto dell'articolo 97 della Costituzione. Nel settore degli appalti pubblici detti principi si estrinsecano nelle regole della concorsualità, segretezza e della serietà delle offerte: tali regole, trovano applicazione in virtù del criterio teleologico, che mira, in via suppletiva, all'individuazione del particolare interesse dell'amministrazione sotteso alla garanzia della parità dei concorrenti, ovvero perché esplicitate nella lex specialis". L'Autorità ha, dunque, ritenuto "indispensabile un apprezzamento da parte della stazione appaltante in ordine alle specifiche finalità che la stessa intende perseguire mediante i suddetti ulteriori adempimenti", i quali non devono comunque costituire richieste irrazionali e pretestuose. Peraltro, in analogia con quanto affermato dalla giurisprudenza (Tar Lombardia, Milano, sez. III 30.04.03 n. 1094) in ipotesi di esclusione per collegamento tra imprese, la clausola non dovrebbe mai essere espressa nei termini di un'esclusione automatica dalla gara, dovendo consentire all'amministrazione di verificare se l'esame della fattispecie concreta induca a ritenere scarsamente affidabile il soggetto partecipante. Deve, infine, rilevarsi che l'esclusione, nel caso di previsione contenuta nel bando di gara, deve a fortiori rispetto all'applicazione dell'art. 75 comma 1 lettera f), del d.P.R. 554/1999 e s.m. essere sempre assistita da idonea ed analitica motivazione, trattandosi di un vero e proprio giudizio sull'affidabilità professionale del soggetto partecipante, in grado di produrre effetti lesivi sullo stesso. Sulla base delle considerazioni svolte, l'Autorità è dell'avviso che: a) a) la locuzione "stazione appaltante che bandisce la gara" utilizzata all'art. 75, comma 1, lett. f), del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e successive modificazioni, va riferita all'ente nel suo complesso e, pertanto, l'esclusione dalla gara può essere disposta da una articolazione territoriale di un ente ancorché i comportamenti gravemente negligenti e l'errore grave nell'esecuzione di lavori siano stati rilevati da un'altra articolazione territoriale del medesimo ente; b) b) vada confermato l'avviso espresso al punto f) della determinazione del 15 luglio 2003, n. 13, circa la natura discrezionale della valutazione e l'obbligo di motivazione cui è tenuta la stazione appaltante che escluda o ammetta una impresa, ritenendo integrata o meno la causa preclusiva di cui alla lettera f) dell'articolo 75 del d.P.R. 554/1999 e s.m.; c) c) in aggiunta al disposto dell'art. 75, comma 1, lettera f), del d.P.R. 554/99 e s.m., le stazioni

appaltanti possono inserire nella lex specialis di gara una previsione del seguente tipo: La stazione appaltante si riserva la facoltà di escludere dalla gara, con obbligo di motivazione, i concorrenti per i quali non sussiste adeguata affidabilità professionale in quanto, in base ai dati contenuti nel Casellario Informatico dell'Autorità, risulta essersi resi responsabili di comportamenti di grave negligenza e malafede o di errore grave nell'esecuzione di lavori affidati da diverse stazioni appaltanti. Il Relatore Il Presidente Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data Il Segretario