

Grave errore professionale e
precedente risoluzione contrattuale
con altra stazione appaltante

di ALESSANDRO BOTTO

Legance
AVVOCATI ASSOCIATI

- **Art. 38 (Requisiti di ordine generale):**

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:

- ✓ 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;**

- ✓ Giurisprudenza consolidata precedente al codice: nella nozione di negligenza/malafede venivano ricompresi i casi di inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo (oggi art. 136 c.c.p.), senza necessità di previo accertamento in sede giurisdizionale .
- ✓ L'intervenuta risoluzione per il fatto del soggetto affidatario era di per sé sufficiente ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario (pur senza automatismi nell'esclusione; in caso di ammissione dell'impresa responsabile di grave negligenza/malafede si chiedeva, comunque, l'obbligo di motivazione da parte della P.A.).
- ✓ Comunque, in via di principio le precedenti risoluzioni rilevano solo ove intervenute con la medesima stazione appaltante (art. 75, comma 1, lett. f), del D.P.R. n. 554/1999: grave negligenza o malafede nella esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara).

- ✓ L'errore grave assumeva rilievo: 1) per l'ottenimento della qualificazione (art. 17 c. 1, lett.i) D.p.R. 34/2000); 2) in materia di servizi (D.Lgs 157/1995 art. 12, comma 1,lett. c); 3) in materia di forniture (art. 11 c. 1 lett c) D.Lgs. 358/1992);

CdS, V, 20 ottobre 2005: la giur. prevalente ritiene che anche nei settori dei servizi e delle forniture, come in quello dei lavori, la precedente *defaillance* rilevi solo nei confronti della medesima stazione appaltante, altrimenti configurandosi una ipotesi di incapacità a contrarre non prevista dall'ordinamento!

Contra, in base anche al richiamo degli art. 3, comma 3, r.d. n. 2440/1923 e 68, comma 1, r.d. n. 827/1924: CdS, IV, 10 maggio 2007 n. 2245.

- ✓ Con il c.c.p. del 2006 si fondono le due ipotesi e, pertanto, inevitabile diventa la rilevanza, anche per i lavori, della intera vita pregressa dell'o.e. (anche alla luce dell'indirizzo comunitario)
- ✓ In questo senso anche la determinazione AVCP 1/2010: «l'errore grave attiene indistintamente a tutta la precedente attività professionale dell'impresa, in quanto elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale ed influente sull'idoneità dell'impresa a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico che la stazione appaltante persegue»
- ✓ Conf. AVCP, prec., 9 ottobre 2007 n. 42: ora rilevano i precedenti comportamenti tenuti dall'o.e. in pregressi rapporti contrattuali con tutte le s.a.

- ✓ T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, n. 668 del 26 marzo 2013: la risoluzione con altra s.a. è ipotesi ascrivibile all'errore professionale.
- ✓ Nei confronti della ricorrente, affidataria provvisoria nella gara indetta dalla A.S.L. di Taranto, veniva disposta l'esclusione ex art. 38 comma 1 lett. f) della 163/2006, a causa della risoluzione contrattuale (avvenuta in via transattiva) del precedente rapporto con il Comune di Novara, in quanto sussunta nell'alveo del grave errore professionale.

- ✓ Secondo la ricorrente, la risoluzione del precedente rapporto sarebbe avvenuta in virtù di un accordo transattivo di natura novativa, senza alcun reale accertamento circa le effettive responsabilità della società.
- ✓ Il T.A.R., pur riconoscendo che la transazione non può essere assimilata ad una risoluzione per inadempimento contrattuale, afferma che l'accertamento della responsabilità per dolo o colpa non è elemento richiesto dalla fattispecie dell'art. 38 ai fini dell'esclusione.
- ✓ In particolare non è necessario un accertamento della responsabilità per inadempimento quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una valutazione motivata da parte della P.A..
- ✓ Secondo il giudice lo stesso svolgimento di un subappalto non autorizzato presenta errore grave nell'esercizio dell'attività professionale ed imprenditoriale.

- ✓ Inoltre il fatto che la società si fosse impegnata (nello stesso accordo transattivo) al pagamento di penali in relazione agli addebiti contestati, comporterebbe un riconoscimento almeno parziale della fondatezza delle contestazioni.
- ✓ Ciò stempera la portata delle precedenti affermazioni, poiché riporta la questione dell'alveo della imputabilità dell'inadempimento

- ✓ T.A.R Campania, Napoli, sezione I, n. 3375 del 3 luglio 2013 evidenzia l'obbligo di analisi della situazione concreta.
- ✓ Il provvedimento di esclusione dalla gara (a seguito di informazioni acquisite da parte di altre pubbliche amministrazioni) per gravi inadempienze nell'esecuzione di precedenti contratti è legittimo.
- ✓ La stazione appaltante può desumere la presenza di situazioni ostative da qualsiasi mezzo di prova (non è quindi necessaria una pronuncia giurisdizionale passata in giudicato), purché l'esclusione sia supportata da una «motivata valutazione» della stazione appaltante, sindacabile dal giudice in casi di illogicità o irrazionalità manifesta.
- ✓ La gravità deve essere peraltro idonea ad influire sull'interesse (pubblico) dell'Amministrazione a stipulare un nuovo contratto con l'impresa privata.

- ✓ Anche secondo T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 1 febbraio 2013, n. 695 appare evidente l'obbligo di analisi della situazione concreta, anche per determinare l'ampiezza del sindacato giurisdizionale.
- ✓ La ricorrente era stata ammessa a partecipare alla gara con lettera d'invito.
- ✓ La P.A., dopo avere rilevato che l'offerta della ricorrente era la più bassa e dopo aver chiesto a questa di avviare le attività preparatorie allo svolgimento del servizio, procede alla sua esclusione a causa di un grave errore professionale con la stessa P.A. risalente a 10 anni prima.

- ✓ Nonostante l'ampio potere discrezionale attribuito alla P.A. dall'art. 38 c. 1 lett. f), la valutazione compiuta dalla P.A. non può essere sottratta a qualsiasi sindacato giurisdizionale.
- ✓ La stazione appaltante, ad esempio, nel caso citato non aveva tenuto in alcuna considerazione il fatto che l'inadempimento fosse accaduto 10 anni prima (e che nel frattempo la compagine societaria era mutata e la società aveva gestito positivamente altri complessi rapporti contrattuali), per cui si deve dare rilievo alla tempo trascorso dal precedente atto di rescissione e delle eventuali recidive in merito a situazioni di grave inadempimento
- ✓ Secondo i giudici il decorso di un lungo periodo di tempo avrebbe imposto un maggior onere motivazionale, in particolare con riferimento a tutte le circostanze verificatesi *medio tempore* che possano rilevare nel giudizio sull'elemento fiduciario.
- ✓ La meccanica applicazione della misura espulsiva, senza una verifica approfondita accompagnata da una coerente impalcatura motivazionale, snaturerebbe l'istituto configurandolo impropriamente alla stregua di un potere sanzionatorio.

- ✓ Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 1500 del 15 marzo 2010 (conf. C.d.S., V, 24 febbraio 2011 n. 1193): il focus qui è sull'obbligo dichiarativo.
- ✓ La seconda classificata nella gara per la fornitura di ausili medici indetta dalla capofila delle ASL della regione Veneto impugna la procedura di gara lamentando la mancata autodichiarazione, da parte della prima classificata, della risoluzione per inadempimento disposta in un precedente contratto con la ASL Umbria.
- ✓ Il T.A.R. Veneto accoglie il ricorso disponendo l'aggiudicazione in favore della ricorrente.

- ✓ Il Consiglio di Stato conferma la decisione di primo grado ed afferma che l'o.e. che partecipa alla gara deve dichiarare alla s.a. tutte le situazioni che possono avere rilevanza ai fini della valutazione di affidabilità
- ✓ In tal modo sembra che venga introdotto un principio c.d. dell'assorbimento: laddove la condotta di grave negligenza o malafede sia stata compiuta con soggetto diverso dalla stazione appaltante sarà possibile far rientrare tale condotta nel concetto di «grave errore professionale».

- ✓ T.A.R. Potenza, Basilicata, sez. I, sentenza n. 501 del 14 agosto 2013: si inserisce nel filone che evidenzia l'obbligo dichiarativo a carico dell'o.e..
- ✓ L'azienda ospedaliera di Potenza dispone l'esclusione della ricorrente a causa della mancata dichiarazione della pregressa risoluzione contrattuale disposta da un'altra stazione appaltante.
- ✓ Secondo il T.A.R. la disposizione dell'art. 38 è finalizzata a reprimere ogni condotta atta a minare la legittima aspettativa della stazione appaltante, non solo in relazione all'esecuzione ad opera d'arte, ma anche in relazione all'esecuzione delle prestazioni secondo il canone della buona fede in senso oggettivo cfr. T.A.R. Lecce, sez. I, n. 659 del 2 marzo 2010.

- ✓ T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I sentenza 412 del 23 marzo 2012: il semplice fatto storico, nonostante il ripensamento da parte della s.a., provoca l'obbligo dichiarativo
- ✓ La società ricorrente era sorta dalla fusione con altra società che aveva subito una risoluzione contrattuale per inadempimento ad opera di una diversa amministrazione appaltante. Successivamente, però l'amministrazione aveva confermato l'adempimento di tutti gli obblighi dedotti all'interno del contratto ed aveva proceduto a svincolare la cauzione
- ✓ Le condizioni di partecipazione del bando di gara prevedevano che il concorrente dovesse attestare specificamente di non aver subito risoluzione anticipata di contratti da parte di committenti pubblici negli ultimi tre anni, né subito revoche di aggiudicazioni per inadempimenti contrattuali.

- ✓ Il fatto che l'inadempimento fosse stato contestato alla società fusa e che fosse stato oggetto di una successiva diversa valutazione rappresenterebbe una circostanza del tutto irrilevante, in quanto assumerebbe rilievo esclusivamente il dato formale di avere violato, mediante una autocertificazione contraria al vero, una puntuale disposizione del bando di gara prescritta a pena di esclusione.
- ✓ Dalla lettera dell'art. 38 c.1 lett. f) si desumerebbe che l'inadempimento debba esistere nella sua oggettività (a nulla rilevando la successiva determinazione in autotutela) e che la valutazione circa la sua rilevanza ai fini dell'ammissione spetta alla P.A..

- ✓ Altro problema che in passato si era posto e che oggi sembra doversi considerare superato: l'inadempimento nei confronti di una articolazione della s.a. si deve considerare commesso nei confronti della medesima s.a. ?
- ✓ Con riguardo ad alcune amministrazioni dello Stato, come il Ministero dei beni e delle attività culturali, e ad alcuni enti (ANAS S.p.A.) suddivisi in strutture periferiche e centrali ed organi o uffici periferici, la nozione in esame va riferita all'intera articolazione territoriale di un ente (che potrà, pertanto, disporre l'esclusione anche nel caso di inadempimenti dell'impresa in pregressi rapporti contrattuali con le eventuali articolazioni territoriali della medesima stazione appaltante, intesa nel suo complesso)
- ✓ in questo senso AVCP determinazione 8/2004. C.d.S., IV, 25 agosto 2006 n. 4999.

- ✓ Contrasto sui limiti del *judicial review* della motivazione della s.a.
- ✓ Nella sentenza 5029 del 28 luglio 2010, la VI sezione del Consiglio di Stato, ha affermato che la propria giurisdizione «pur non estendendosi alle controversie relative all'esecuzione del rapporto», sarebbe tale da ricomprendere il provvedimento di esclusione per vizi di legittimità propri, senza alcuna invasione nella giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative all'esecuzione del rapporto.
- ✓ A tal fine il giudice amministrativo può utilizzare lo strumento della c.t.u. per apprezzare quelle valutazioni amministrative comportanti le c.d. valutazioni tecniche opinabili compiute dalla stazione appaltante.

- ✓ Le sezioni unite della Corte di Cassazione, con la sentenza del 17 febbraio 2012 n. 2312, cassano la pronuncia del Consiglio di Stato in quanto avrebbe invaso l'area della necessaria discrezionalità dell'apprezzamento del dato fiduciario appartenente alla P.A..
- ✓ Secondo la Cassazione la lettera f) dell'art. 38 esprimerebbe la volontà del legislatore di rimettere alla stazione appaltante la valutazione del punto di rottura del rapporto fiduciario.
- ✓ Per queste ragioni il sindacato del giudice amministrativo non potrebbe fondarsi sulla mera non condivisibilità della valutazione compiuta dalla stazione appaltante, ma dovrà fondarsi sulla non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti come ragioni del rifiuto.
- ✓ Lo strumento della consulenza tecnica, poi, non appare idoneo a fondare la decisione del giudice amministrativo in quanto avrebbe esclusivamente accertato l'insufficienza delle ragioni poste a fondamento dell'esclusione, ma non ne avrebbe appurato la completa inesistenza (unica ipotesi legittimante una censura rispetto a valutazioni tecniche opinabili).

- ✓ Il giudice amministrativo si è adeguato alle limitate possibilità di ingerenza nelle valutazioni compiute dalle stazioni appaltanti ex art. 38 comma 1 lett. f).
- ✓ In questo senso Cons. Stato, sezione VI, sentenza 4174 del 14 agosto 2013 (facente seguito alla pronuncia delle Sezioni Unite con cui si era rinviata, per la fase rescissoria, la decisione finale al Consiglio di Stato).

- Brevi considerazioni ricostruttive
 - ✓ 1. La giurisprudenza, anche se in modo, non sempre cristallino, è favorevole all'ampliamento dell'obbligo dichiarativo: l'o.e. deve dichiarare tutte le precedenti contestazioni/inadempienze, anche di pregressi rapporti contrattuali con differenti s.a.*
 - ✓ Ciò al fine di consentire alla s.a. procedente di valutare l'affidabilità dell'o.e., a prescindere dal fatto che i problemi si siano verificati con la stessa s.a. o con altra s.a.
 - * in questo stesso senso AVCP, prec., 23 febbraio 2012 n. 19 e le bozze di bando tipo poste a fondamento della consultazione appena conclusa da parte dell'AVCP.
 - ✓ In sostanza, si torna alla situazione del 1923 (ove la *defaillance* professionale rilevava tout court).

- ✓ 2. la semplice risoluzione contrattuale di per sé è elemento che necessita di ulteriori analisi in concreto, al fine di valutare la portata del comportamento dell'o.e.
- ✓ 3. occorre proprio valutare, al di là delle affermazioni tratte che si trovano nelle varie decisioni, proprio l'imputabilità soggettiva dell'inadempimento (ad es: il *factum principis* che ha originato la risoluzione non può essere addebitato all'o.e. e posto a fondamento del divieto di ingresso in una nuova procedura concorsuale)*

* In questo senso: AVCP, determinazione n. 13/2003; prec., 25 Luglio 2012 n. 134.

- ✓ 4. la valutazione effettuata dalla s.a. precedente prescinde dalla contestazione in altra sede della risoluzione.
- ✓ Il G.O. sarà competente a valutare la fondatezza dell'intervenuta risoluzione, mentre il G.AMM. dovrà esaminare l'autonoma valutazione di esclusione dalla nuova gara.

- ✓ Preoccupa a tal fine la posizione assunta dalla Cassazione a S.U. e che impone al G.AMM. un forte *restraint*.
- ✓ Sembra di tornare indietro nel tempo: il G.AMM. può solo esercitare un controllo estrinseco ecc., poiché è la s.a. che deve valutare discrezionalmente il punto di caduta del rapporto fiduciario ! E Il G.O. quando valuta la risoluzione cosa fa ? Si limita ad un controllo estrinseco ?
- ✓ CdS., IV, 13 giugno 1902

- ✓ 5. l'inevitabile *judicial review* sulla determinazione assunta dalla s.a. funge anche da pungolo alla stessa s.a. che deve operare *funditus* una valutazione di affidabilità dell'o.e., in cui il fatto pregresso si qualifica come mero indice potenzialmente rivelatore della sua inaffidabilità
- ✓ 6. quindi non dovrebbero più utilizzarsi formule fondate sulla oggettiva rilevanza della risoluzione senza una valutazione anche dell'imputabilità all'o.e. del pregresso inadempimento (anche perché possono verificarsi casi di risoluzione ove non è addebitabile alcunché all'o.e.).

- ✓ 7. la motivazione («motivata valutazione della s.a.») dovrà poi essere particolarmente pregnante ed idonea a giustificare l'esclusione di un o.e. dalla gara, misura espulsiva che si configura come eccezione rispetto alla regola generale del *favor participationis* e che va letta alla luce della recente svolta sostanzialistica del legislatore sulle cause di esclusione
- ✓ In sostanza, non dovrebbe consentirsi che la motivazione si riduca ad un semplice richiamo *per relationem* al fatto contestato.

- ✓ 8. il tema oggetto di odierna analisi porta poi ad effettuare una riflessione sulla necessità che unitamente alla qualificazione degli o.e. (esigenza alla base della imprescindibile valutazione della reputazione) venga operata una riqualificazione anche delle s.a.
- ✓ Se è vero, infatti, che spetta alla s.a. procedente valutare l'affidabilità del potenziale contraente (rimettendo quindi ad una valutazione *tailor made* che tenga conto delle circostanze specifiche), ciò comporta che le s.a. stesse devono essere in grado di effettuare tali valutazioni, che possono essere affrontate solo da s.a. competenti ed adeguate dal punto di vista organizzativo.