

Appalti di servizi: l'Amministrazione aggiudicatrice ha il potere di fissare particolari requisiti di partecipazione da essa autonomamente individuati, diversi da quelli previsti dalla legge, e può, pertanto, pretenderne l'attestazione: detto potere discrezionale costituisce attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 della Costituzione, e si sostanzia nel potere-dovere dell'Amministrazione di apprestare (proprio attraverso l'individuazione degli specifici requisiti di ammissione ad una determinata gara) le misure e gli strumenti più adeguati ed opportuni, ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare.

IL Consiglio di Stato con la decisione numero 4201 del 28 giugno 2006 ci insegna che:

<Com'è noto, la disciplina della esclusione dei concorrenti dalle gare pubbliche costituisce un regime legale tipico di norme "a fattispecie esclusiva".

Si tratta, infatti, di normativa idonea a comprimere l'esercizio dell'iniziativa economica e della libertà di concorrenza, cui corrispondono posizioni di diritto soggettivo che trovano la loro tutela nella Costituzione (articoli 3 e 41) e che, salvo determinati casi giustificati da interessi pubblici ben definiti, devono potersi liberamente esplicare in condizioni di parità di trattamento.

Di talché sia l'ordinamento comunitario che quello nazionale, a garanzia della posizione delle imprese partecipanti alle gare, indicano per ogni tipo di procedura contrattuale (lavori pubblici, servizi, forniture pubbliche e cd. "settori esclusi") le cause di esclusione dalle gare, con la specificazione per ognuna delle tre tipologie di requisiti, richiesti per l'accesso alle gare - di idoneità morale, di capacità economico finanziaria e di capacità tecnica e professionale - dei presupposti per il riconoscimento della sussistenza di ogni specifico requisito in capo al concorrente e delle circostanze al cui verificarsi il requisito viene meno e deve disporsi l'esclusione dalla gara pubblica>

A cura 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:

1) - n. 4468 del 2005 proposto dalla *** s.p.a., in persona del suo legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe C. Salerno e Andrea Manzi, con domicilio eletto in Roma, Via Federico Confalonieri, n. 5, presso lo studio del secondo,

contro

il Comune di Stradella, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Adavastro, con domicilio eletto in Roma, Via Cosseria n. 2, presso il dr. Alfredo Placidi;

e nei confronti

della *** s.p.a., in persona del suo legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Contaldi e prof. Vittorio Barosio, con domicilio eletto in Roma, Via Pierluigi da Palestrina, n. 63, presso lo studio del primo;

e

2) - n. 4647 del 2005 proposto dal COMUNE di STRADELLA, come sopra rappresentato, difeso e domiciliato,

contro

la *** s.p.a., come sopra rappresentata, difesa e domiciliata,

e nei confronti

della *** s.p.a., in persona del suo legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe C. Salerno e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto in Roma, Viale Giulio Cesare n. 14A/4, presso lo studio del secondo;

per la riforma

della sentenza n. 777 del 12 aprile 2005, pronunciata tra le parti dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione III;

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione del Comune di Stradella e della *** s.p.a. nel giudizio di cui all'appello n. 4468 del 2005 e della *** s.p.a. e della *** s.p.a. nel giudizio di cui all'appello n. 4647 del 2005;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il cons. Corrado Allegretta;

Uditi alla pubblica udienza del 31 gennaio 2006 gli avvocati A. Manzi, Salerno, Contaldi e, su delega dell'avv.to Adavastro, l'avv.to A. Manzi; nonché l'avv.to Pafundi;

Visto il dispositivo di sentenza n. 72 pubblicato in data 2 febbraio 2006;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

La *** s.p.a., con ricorso depositato in data 2 ottobre 2002, ha impugnato innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, la deliberazione con cui il Comune di Stradella ha approvato il disciplinare della gara, di cui al bando pubblicato il 15 luglio 2002, per l'affidamento del "servizio relativo ad elementi di arredo urbano e stradale" nella parte in cui il disciplinare stesso ha chiesto ai concorrenti di presentare una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà attestante "che l'impresa non è, negli ultimi tre anni, incorsa in risoluzione di contratti per servizi analoghi a causa di inadempimenti"; il successivo provvedimento con cui la Commissione di

gara ha escluso la ricorrente dall'appalto in questione per aver dichiarato di aver subito una risoluzione per inadempimento, disposta a suo carico il 6 marzo 2001 dal Comune di Osimo; il successivo provvedimento con cui la Commissione di gara ha aggiudicato il servizio alla *** s.p.a.; ed ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso, e conseguente.

A sostegno del ricorso la ricorrente ha dedotto:

a) che, nel caso di specie, la causa di esclusione prevista dal bando non sussisterebbe, non potendosi configurare la causa di inadempimento e la connessa colpa dell'impresa, in pendenza del giudizio da essa ricorrente proposto avanti il competente Tribunale Amministrativo Regionale e in assenza di autonomi accertamenti da parte della stazione appaltante;

b) che la contestata prescrizione del disciplinare di gara ha configurato un'ipotesi di esclusione ulteriore rispetto a quelle tassativamente elencate dall'art. 12 del D.Lgs. n. 157 del 1995, il quale richiede che l'errore grave sia accertato dalla stazione appaltante e non rimesso invece ad un giudizio critico di autovalutazione della stessa impresa concorrente circa la sussistenza del comportamento colpevole che ha dato luogo alla risoluzione contrattuale.

Con atto di motivi aggiunti depositato il 21 ottobre 2002, inoltre, la società ricorrente ha inteso confutare la lettura del bando offerta dalle parti resistenti, costituitesi in giudizio, osservando che, qualora il significato della prescrizione in esame fosse da intendere nel senso di imporre l'esclusione per la sola sussistenza di un provvedimento di risoluzione per inadempimento, la clausola risulterebbe illegittima anche per aver introdotto un'ipotesi di esclusione palesemente irragionevole, in quanto destinata ad operare in modo automatico senza alcuna valutazione circa le cause della risoluzione e la gravità dell'inadempimento.

Il T.A.R. di Milano, Sez. III, ritenuto fondato il ricorso, lo ha accolto con la sentenza n. 777 del 12 aprile 2005.

Per la riforma di questa sentenza sono stati proposti i due appelli indicati in epigrafe, rispettivamente dalla *** s.p.a. (ric. n. 4468 del 2005) e dal Comune di Stradella (n. 4647 del 2005), con i quali si contestano le ragioni sulle quali si fonda la decisione, riproponendo le argomentazioni già addotte a difesa in primo grado.

La *** s.p.a. si è costituita in entrambi i giudizi ed ha controdedotto agli appelli, concludendo per la loro reiezione.

Il Comune di Stradella e la *** s.p.a. si sono costituiti, ciascuno nel giudizio instaurato dall'altro, chiedendo l'accoglimento degli appelli.

Le cause sono state trattate congiuntamente e, sentiti i difensori presenti, riservate per la decisione all'udienza pubblica del 31 gennaio 2006.

DIRITTO

1. Gli appelli sono rivolti contro la stessa sentenza e, pertanto, se ne dispone la riunione a norma dell'art. 335 cod. proc. civ..

2. Entrambi sono fondati.

La questione di diritto sottoposta al Collegio verte essenzialmente sulla legittimità della prescrizione, con la quale, nel bando della gara di che trattasi relativa alla prestazione di servizi e forniture, l'Amministrazione ha richiesto ai concorrenti di attestare, a pena di esclusione, "che l'impresa non è, negli ultimi tre anni, incorsa in risoluzione di contratti per servizi analoghi a causa di inadempimenti", nonché, in via derivata, della legittimità del conseguente provvedimento di esclusione dell'originaria ricorrente dalla gara e dell'atto di aggiudicazione di questa alla società odierna appellante.

Entrambe le parti appellanti censurano il convincimento sul quale la sentenza appellata si fonda, secondo cui la disposizione del disciplinare di gara sopra riportata integra un'ipotesi di esclusione dalla partecipazione, nuova ed ulteriore rispetto alla previsione di cui all'art. 12, comma 1, lett. c) del D.Lgs. 13 marzo 1995 n. 157, e di questa, pertanto, costituisce violazione. Esse sostengono, al contrario, che detta prescrizione di gara rappresenta, invece, una specificazione concreta della norma invocata.

La censura va condivisa.

Com'è noto, la disciplina della esclusione dei concorrenti dalle gare pubbliche costituisce un regime legale tipico di norme "a fattispecie esclusiva". Si tratta, infatti, di normativa idonea a comprimere l'esercizio dell'iniziativa economica e della libertà di concorrenza, cui corrispondono posizioni di diritto soggettivo che trovano la loro tutela nella Costituzione (articoli 3 e 41) e che, salvo determinati casi giustificati da interessi pubblici ben definiti, devono potersi liberamente esplicare in condizioni di parità di trattamento. Di talché sia l'ordinamento comunitario che quello nazionale, a garanzia della posizione delle imprese partecipanti alle gare, indicano per ogni tipo di procedura contrattuale (lavori pubblici, servizi, forniture pubbliche e cd. "settori esclusi") le cause di esclusione dalle gare, con la specificazione per ognuna delle tre tipologie di requisiti, richiesti per l'accesso alle gare - di idoneità morale, di capacità economico finanziaria e di capacità tecnica e professionale - dei presupposti per il riconoscimento della sussistenza di ogni specifico requisito in capo al concorrente e delle circostanze al cui verificarsi il requisito viene meno e deve disporsi l'esclusione dalla gara pubblica.

La giurisprudenza di questo Consiglio, peraltro, con orientamento ormai consolidato, ha affermato, anche con riguardo alla materia degli appalti di servizi, che l'Amministrazione aggiudicatrice ha il potere di fissare particolari requisiti di partecipazione da essa autonomamente individuati, diversi da quelli previsti dalla legge, e che può, pertanto, pretendere l'attestazione. Detto potere discrezionale, lungi dall'essere espressione di mero arbitrio, costituisce in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 della Costituzione, e si sostanzia nel potere-dovere dell'Amministrazione di apprestare (proprio attraverso l'individuazione degli specifici requisiti di ammissione ad una determinata gara) le misure e gli strumenti più adeguati ed opportuni, ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare.

Siccome ampiamente discrezionale, l'esercizio di tale potere attiene al merito dell'azione amministrativa e si sottrae, pertanto, al sindacato del Giudice amministrativo, salvo che non dia luogo ad una scelta manifestamente irragionevole, sproporzionata al fine, illogica e contraddittoria.

In virtù di tale indirizzo giurisprudenziale, quindi, è consentito affermare in linea di massima che nel caso di specie l'Amministrazione comunale ben poteva richiedere ulteriori requisiti di ammissione rispetto a quelli stabiliti dalla legge, ai fini della dimostrazione del possesso della capacità tecnica e professionale adeguata alla specifica gara in questione.

Va osservato, inoltre, che talune delle disposizioni in argomento appaiono strutturate attorno a fattispecie che presentano un certo margine di indeterminatezza e, come tali, sono suscettibili di ulteriore specificazione.

Tra queste può certamente annoverarsi la citata lettera c) dell'articolo 12, primo comma, D.Lgs. 13 marzo 1995 n. 157, ai sensi della quale non è consentito di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi ai concorrenti "che nell'esercizio della propria attività professionale hanno commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice".

La norma, invero, non definisce la fattispecie dell' "errore grave", né identifica in qualche modo le ipotesi di violazione dei doveri professionali che alla sua stregua devono considerarsi sanzionate, legittimandone così la successiva specificazione da parte della stazione appaltante.

Né, evidentemente, all'esercizio di tale facoltà può ritenersi di ostacolo la circostanza che, nell'ordinamento nazionale, a quelle ipotesi si aggiungono i casi di "negligenza o malafede" tenute nell'esecuzione dei contratti, già previsti dall'art. 3, terzo comma, del R.D. 18 novembre 1923 n. 2440 e dall'art. 68, primo comma, del R.D. 23 maggio 1924 n. 827, in relazione ai quali la prima parte della disposizione in esame fa esplicitamente salvi i poteri di esclusione delle Amministrazioni. Circostanza, questa, che invece mette in evidenza come, nell'ordinamento interno, assuma particolare rilevanza ai fini dell'ammissione alle procedure di scelta del contraente da parte della pubblica Amministrazione anche l'affidabilità del concorrente.

Nel caso di specie, il bando di gara ha richiesto ai concorrenti di attestare, a pena di esclusione, "che l'impresa non è, negli ultimi tre anni, incorsa in risoluzione di contratti per servizi analoghi a causa di inadempimenti". Orbene, non può dubitarsi che un inadempimento che dia luogo alla risoluzione del contratto costituisca comportamento difforme dal proprio dovere professionale in modo tale da essere configurabile come "errore grave nell'esercizio della attività professionale" (art. 12 cit.) ovvero, a seconda della causa dell'inadempimento, come ipotesi di "negligenza o malafede" nell'esecuzione del contratto.

La clausola di bando di cui si tratta, quindi, non introduce alcuna nuova ipotesi di esclusione dalla gara rispetto a quelle consentite dalla legge e, comunque, a quelle che possono ricomprendersi nella fattispecie normativa descritta nel citato art. 12, primo comma, lettera c), del D.Lgs. 13 marzo 1995 n. 157, limitandosi a valorizzarne una, peraltro, non manifestamente irragionevole, illogica o contraddittoria, né sproporzionata al fine di ammettere alla contrattazione concorrenti, non solo idonei sotto il profilo tecnico e professionale, ma anche affidabili.

Si rivelano, dunque, fondati i motivi di appello con i quali la censura fin qui esaminata è dedotta.

Fondata appare, inoltre, la contestazione che entrambi gli appellanti avanzano contro quella parte della sentenza gravata in cui si ritiene illegittima per carenza di istruttoria e di motivazione l'impugnata determinazione di esclusione dalla gara.

Come essi fanno rilevare, il fatto che l'originaria ricorrente fosse incorsa negli ultimi tre anni "in risoluzione di contratti per servizi analoghi a causa di inadempimenti" è stato da essa stessa affermato nella prescritta dichiarazione, presentata a corredo della propria offerta, con l'indicazione del Comune che aveva dichiarato risolto il contratto e degli estremi del relativo provvedimento, sia pure precisando di aver proposto impugnazione contro di questo con ricorso tuttora pendente innanzi al competente T.A.R..

Nessuna ulteriore indagine, pertanto, era tenuta ad effettuare l'Amministrazione appaltante. Ciononostante, la commissione di gara, come risulta dal verbale in data 11 settembre 2002, ha provveduto, in primo luogo, a chiedere ai rappresentanti della concorrente presenti alla gara i chiarimenti di cui all'art. 16 del D.Lgs. n. 157 del 1995, senza ottenerli, e poi ad interpellare gli uffici del Comune indicato dalla concorrente, ricevendone la conferma che "al momento non vi è più in esecuzione alcun contratto fra il Comune medesimo e la società ***", deducendone che "effettivamente il contratto è stato risolto e che pertanto la dichiarazione di cui al punto 2 lettera b) delle norme integrative al bando di gara non è conforme a quanto richiesto ai partecipanti in forza della circostanza illustrata dalla stessa società", con la conseguenza che "la decisione di esclusione dalla gara viene assunta in forza della previsione di esclusione riportata al primo capoverso della pagina 5 delle norme integrative del bando di gara ...".

Il provvedimento, quindi, risulta sorretto da sufficiente istruttoria. Esso è assistito inoltre da adeguata motivazione, tale dovendosi ritenere il richiamo della disposizione che ne giustifica ed impone l'adozione.

Che la risoluzione fosse sub iudice, infine, nessuna rilevanza può assumere, come vorrebbe l'appellata, considerato che la clausola di bando connette l'effetto dell'esclusione dalla gara al semplice fatto dell'intervenuta pronuncia di una risoluzione per inadempimento, assumendo, evidentemente, lo stesso verificarsi di un tale evento come indice di inaffidabilità dell'offerente.

In conclusione, per le considerazioni fin qui esposte, gli appelli vanno accolti e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado va respinto.

Spese e competenze del giudizio seguono, come di regola, la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, previa loro riunione, accoglie gli appelli in epigrafe indicati e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna la *** s.p.a. al pagamento delle spese di giudizio in favore della *** s.p.a., nella misura di €5.000,00 ed a favore del Comune di Stradella, nella misura di €5.000,00.

Ordina che la decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 31 gennaio 2006
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 28 giugno 2006