

N. 00409/2011REG.SEN.  
N. 01368/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

sul ricorso numero di registro generale 1368 del 2010, proposto da:  
ditta individuale Berloco Antonio, in persona dell'omonimo legale  
rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Giacomo Marchitelli,  
con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paolo Botzios, in  
Roma, via Cicerone 49;

***contro***

Comune di Altamura, in persona del Sindaco pro tempore,  
rappresentato e difeso dall'avv. Filippo Panizzolo, con domicilio  
eletto presso il dott. Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria, 2;

Cagnazzi Pietro, non costituito in giudizio;

Tattoli Sabino, Dirigente del VII Settore del Comune di Altamura,  
non costituito in giudizio;

***nei confronti di***

Costruzioni F.lli Cassetta Francesco e Nicola S.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. Puglia, Bari, Sezione I, n. 2716 del 2009, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto avverso: a) il provvedimento del 25.3.2009 del Dirigente del VII Settore del Comune di Altamura, di esclusione dalla gara per l'affidamento lavori di "sistemazione parziale della viabilità nell'area cimiteriale in ampliamento c.i.g. 0258700A3F"; b) il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara suddetta; c) ove occorrente, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria; d) tutti verbali di gara (anche di quelli non cognitivi) e di ogni atto o provvedimento della commissione giudicatrice, inclusi i verbali del 12.3.2009 e 25.3.2009; e) laddove lesivo, ogni altro provvedimento connesso, conseguente e consequenziale a quello impugnato, nonché i pareri preordinati al provvedimento impugnato;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Altamura;

Vista la memoria prodotta dalla parte resistente a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, nella udienza pubblica del 15.6.2010, il Consigliere Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Marchitelli e Taverniti, su delega dell'avv. Panizzolo, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue;

#### FATTO

La ditta individuale Berloco Antonio ha partecipato alla gara a procedura aperta per l'affidamento dei lavori di “sistemazione parziale della viabilità nell’area cimiteriale in ampliamento c.i.g. 0258700A3E” ed è stata esclusa dalla stessa, con provvedimento a firma del Dirigente del VI settore LL.PP. del Comune di Altamura del 25.3.2009, ai sensi dell’art. 38, I comma, lett. f) del decreto legislativo 12 aprile 2006 n.163, perché, in qualità di capogruppo dell’ATI Berloco Antonio- Berloco Filippo, era stata oggetto di risoluzione in danno di un precedente contratto rep. 3338/2000, relativo ai lavori di realizzazione delle infrastrutture idriche e fognanti della zona industriale del Comune di Altamura, giusta determinazione dirigenziale n. 529 dell’8.05.2006, notificata il 9.01.2007; tale risoluzione, assuntamente dovuta a grave inadempimento dell’appaltatore, è stata considerata tale da far venir meno il rapporto fiduciario con la stazione appaltante stante anche il breve lasso di tempo intercorso dal provvedimento di risoluzione succitato.

Il citato provvedimento di esclusione dalla gara, nonché il provvedimento di aggiudicazione definitiva della stessa e gli altri atti in epigrafe indicati, sono stati impugnati con ricorso straordinario, poi trasposto in sede giurisdizionale a seguito dell’opposizione dell’Amministrazione.

Con la sentenza in epigrafe indicata il T.A.R. Puglia, Bari, Sezione I, ha respinto detto ricorso.

Avverso detta sentenza ha proposto l'appello in esame la ditta Berloco, deducendo i seguenti motivi:

1.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, I c., lett. f), del D. Lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 45, par. 2, lettera d), della Direttiva n. 18 del 2004. Violazione degli artt. 3, 24 e 133 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione del principio di imparzialità, di trasparenza, di obiettività e di terzietà. Eccesso di potere sotto tutti i profili sintomatici ed in specie per sviamento di potere, perplessità dell'azione amministrativa, malgoverno dei presupposti, non corretto perseguimento dell'interesse pubblico. Violazione di legge (art. 3 della L. n. 241 del 1990) ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

Il TAR non ha considerato che l'art. 38, I c., lettera f), del D. Lgs. n. 163 impone che la esclusione sia assistita da una motivata valutazione della stazione appaltante, mentre nel caso di specie l'Amministrazione avrebbe inadeguatamente motivato facendo mero riferimento al precedente provvedimento di risoluzione contrattuale, senza operare alcuna valutazione circa la gravità e importanza delle negligenze e delle inadempienze rilevate, nonché circa la incidenza delle infrazioni sul piano dell'affidabilità del concorrente. Inoltre denoterebbe contraddittorietà l'aver ammesso, nella pendenza del procedimento di risoluzione in danno, la ditta Berloco Antonio ad

un'altra gara pure indetta dal Comune di Altamura.

2.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma I, lettera f), del D. Lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 45, par. 2, lettera d), della Direttiva n. 18 del 2004. Violazione della "lex specialis" di gara. Violazione degli artt. 3, 24 e 133 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione del principio di imparzialità, di trasparenza, di obiettività e di terzietà. Eccesso di potere sotto tutti i profili sintomatici ed in specie per sviamento di potere, perplessità dell'azione amministrativa, malgoverno dei presupposti, non corretto perseguimento dell'interesse pubblico. Violazione di legge (art. 3 della L. n. 241 del 1990) ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

Le infrazioni contestate per legittimare l'esclusione della appellante avrebbero dovuto essere previamente accertate in via giurisdizionale, pena la violazione degli artt. 3, 24 e 133 della Costituzione.

Il trattamento riservato alla ditta Berloco Antonio sarebbe stato peggiore di quello previsto dalla normativa vigente nella ipotesi che in precedenza la ditta che intenda partecipare alla gara abbia commesso un reato.

Con atto depositato il 18.3.2010 si è costituito in giudizio il Comune di Altamura, che (evidenziato che l'idoneità dell'inadempimento a far venire meno il rapporto fiduciario e la valutata brevità del tempo trascorso sarebbero circostanze non contestate in primo grado, tanto da giustificare la inammissibilità del ricorso innanzi al T.A.R.) ha

riproposto la relativa eccezione già formulata in primo grado, evidenziando altresì che i motivi di appello basati su dette circostanze sono comunque nuovi e proposti per la prima volta in questa sede; ha inoltre dedotto la infondatezza del gravame, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 3.6.2010 l'Amministrazione resistente ha ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza del 15.6.2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

#### DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello, in epigrafe specificato, la ditta individuale Berloco Antonio ha chiesto l'annullamento della sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, Sezione I, n. 2716 del 2009, di reiezione del ricorso proposto da essa ditta avverso: a) il provvedimento del 25.3.2009 del Dirigente del VII Settore del Comune di Altamura, di esclusione dalla gara per l'affidamento lavori di "sistemazione parziale della viabilità nell'area cimiteriale in ampliamento c.i.g. 0258700A3F"; b) il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara suddetta; c) ove occorrente, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria; d) tutti verbali di gara (anche di quelli non cognitivi) e di ogni atto o provvedimento della commissione giudicatrice, inclusi i verbali del 12.3.2009 e 25.3.2009; e) laddove lesivi, i provvedimenti connessi, conseguenti e consequenziali a quello impugnato, nonché i

pareri preordinati al provvedimento impugnato.

2.- Innanzi tutto il Collegio, stante la palese infondatezza dell'appello, prescinde dall'esame della eccezione, formulata dal Comune di Altamura, di inammissibilità dei motivi relativi alla inidoneità dell'inadempimento a far venire meno il rapporto fiduciario e alla mancata valutazione della brevità del tempo trascorso, non formulati in primo grado, nel corso del quale la relativa eccezione di inammissibilità del ricorso è stata assorbita dalla reiezione dello stesso.

3.- Con il primo motivo di gravame sono stati dedotti: violazione e falsa applicazione dell'art. 38, I c., lett. f), del D. Lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 45, par. 2, lettera d), della Direttiva n. 18 del 2004. Violazione degli artt. 3, 24 e 133 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione del principio di imparzialità, di trasparenza, di obiettività e di terzietà. Eccesso di potere sotto tutti i profili sintomatici ed in specie per sviamento di potere, perplessità dell'azione amministrativa, malgoverno dei presupposti, non corretto perseguimento dell'interesse pubblico. Violazione di legge (art. 3 della L. n. 241 del 1990) ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

Il T.A.R. – si sostiene - ha ritenuto adeguatamente motivato il provvedimento impugnato, mediante mero richiamo alle inadempienze intervenute, alla risoluzione contrattuale ed al giudizio civile in corso, senza considerare che l'art. 38, I c., lettera f), del D.

Lgs. n. 163 impone che la esclusione sia assistita non da una semplice motivazione ma da una “motivata valutazione” della stazione appaltante; nel caso di specie l’Amministrazione avrebbe inadeguatamente motivato nel senso sopra indicato, senza operare, previa adeguata istruttoria, alcuna valutazione circa la gravità e importanza delle negligenze e delle inadempienze, nonché circa la incidenza delle infrazioni sul piano della persistente inaffidabilità del concorrente e senza tenere conto del lasso di tempo trascorso dall’adozione dell’atto di risoluzione (che non sarebbe breve ma di circa tre anni), della assenza di recidive e della instaurazione di una azione giudiziaria al riguardo da parte della parte appellante (ancora pendente).

Inoltre denoterebbe contraddittorietà l’aver ammesso, nella pendenza del procedimento di risoluzione in danno, la ditta Berloco Antonio ad un’altra gara pure indetta dal Comune di Altamura.

3.1.- Osserva al riguardo la Sezione che condivisibilmente il T.A.R. ha ritenuto la giustificazione dell’esclusione conforme al canone legale, nell’assunto che è stato esposto nel provvedimento con chiarezza che l’impresa Berloco, quale contraente, era incorsa in gravi inadempienze, tanto che l’Amministrazione aveva dovuto risolvere il contratto (con espressa valutazione collegantesi alla pregressa vicenda negoziale pienamente a conoscenza dell’istante) rilevando la inconsistenza di ogni rilievo in ordine ad una mancata o superficiale considerazione della situazione e ad una carente

motivazione.

Invero, in virtù dell'articolo 38, comma 1, lettera f), del D. Lgs. n. 163 del 2006 "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".

Tale disposizione, nel precludere la partecipazione alle gare d'appalto alle imprese che si sono rese responsabili di gravi inadempienze nell'esecuzione di precedenti contratti (denotando ciò un'inidoneità "tecnico-morale" a contrarre con la P.A.), fissa il duplice principio che la sussistenza di tali situazioni ostative può essere desunta da qualsiasi mezzo di prova e che il provvedimento di esclusione deve essere motivato congruamente (Consiglio di Stato, V, 27 gennaio 2010 n. 296).

Per procedere alla esclusione in questione è necessario quindi che sia fornita un'adeguata prova dell'inadempimento e che lo stesso rilevi sul piano del venir meno dell'affidabilità dell'impresa nei confronti della Amministrazione e, ai fini della sussunzione nell'ipotesi prevista dall'articolo 38 comma 1 lettera f) del codice dei contratti pubblici,

occorre ricordare ulteriormente che quest'ultima postula, alternativamente, una grave negligenza o malafede nell'esecuzione di uno specifico contratto con la medesima stazione appaltante oppure un grave errore nell'esercizio della attività professionale.

La gravità deve essere peraltro idonea ad influire sull'interesse (pubblico) dell'Amministrazione a stipulare un nuovo contratto con l'impresa privata; non a liberarsi dal precedente rapporto, come nel caso della risoluzione.

Ne consegue che la gravità della generica negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali va commisurata al pregiudizio arrecato alla fiducia, all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre, ex ante, nell'impresa cui decide di affidare l'esecuzione di un nuovo rapporto contrattuale.

Quindi la valutazione assume un aspetto più soggettivo (di affidabilità) che oggettivo (il pregiudizio al concreto interesse all'esecuzione della specifica prestazione inadempita).

Non a caso, l'articolo 38, lett.f), in questione, include presupposti espressamente soggettivi (la malafede) oppure avulsi dallo specifico rapporto contrattuale (il grave errore nell'attività professionale), ma comunque idonei ad incidere sull'affidabilità dell'impresa privata e, quindi, sull'immagine della stessa agli occhi della stazione appaltante.

L'esclusione dalla gara pubblica per i motivi che interessano non ha quindi carattere sanzionatorio, essendo viceversa prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento

genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico.

Alle formulate considerazioni consegue che, al fine del decidere, non assume alcun rilievo la contestazione da parte della impresa della suddetta valutazione amministrativa, posto che l'esigenza soddisfatta dalla richiamata previsione nel delineare la causa di esclusione è salvaguardare l'elemento fiduciario, scalfito in presenza di un giudizio formulato dall'Amministrazione circa la grave negligenza dell'aspirante partecipante (Consiglio Stato, sez. V, 27 gennaio 2010, n. 296)

Peraltro, la mancanza di ulteriori parametri da parte del legislatore dimostra la volontà di riconoscere in capo alla stazione appaltante un ampio spazio discrezionale nella valutazione circa la sussistenza o meno del requisito di affidabilità, perciò non possono essere condivisi i limiti e le interpretazioni restrittive proposte dalla parte appellante.

L'esclusione non può essere impedita per la semplice circostanza che la inadempienza è stata commessa da lungo tempo o per la non rilevante gravità e importanza della stessa, trattandosi di elementi che non incidono in modo determinante sulla qualificazione della commessa inadempienza, nell'ambito della valutazione della rilevanza sull'affidabilità della impresa concorrente; perciò non esiste nessun particolare onere da parte della stazione appaltante di pronunciarsi in modo specifico su tali circostanze quando venga comunque raggiunto un ragionevole convincimento, debitamente

esplicitato, circa la mancanza del requisito di affidabilità, cui consegua la necessità di escludere la ditta partecipante.

Deve quindi ritenersi che costituisca idonea motivazione quella adottata dal Comune di Altamura, che ha al riguardo evidenziato che: “in qualità di capogruppo dell’ATI Berloco Antonio- Berloco Filippo è stata oggetto da parte di questo ente di risoluzione in danno di precedente contratto rep. 3338/2000, relativo ai lavori di realizzazione delle infrastrutture idriche e fognanti della zona industriale del Comune di Altamura, giusta determinazione dirigenziale n. 529 dell’8.05.2006, notificata il 9.01.2007, atteso che tale risoluzione, dovuta a grave inadempimento dell’appaltatore, è tale da far venir meno il rapporto fiduciario con questa stazione appaltante stante anche il breve lasso di tempo intercorso dal provvedimento di risoluzione succitato”.

La censura in esame non può quindi ottenere consenso.

4.- Con il secondo motivo di appello sono stati dedotti: Violazione e falsa applicazione dell’art. 38, comma I, lettera f), del D. Lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell’art. 45, par. 2, lettera d), della Direttiva n. 18 del 2004. Violazione della lex specialis di gara. Violazione degli artt. 3, 24 e 133 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione del principio di imparzialità, di trasparenza, di obiettività e di terzietà. Eccesso di potere sotto tutti i profili sintomatici ed in specie per sviamento di potere, perplessità dell’azione amministrativa, malgoverno dei presupposti, non corretto perseguimento

dell'interesse pubblico. Violazione di legge (art. 3 della L. n. 241 del 1990) ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Secondo la parte appellante ai fini dell'accertamento della sussistenza della fattispecie di cui all'art. 38, lettera f), del D. Lgs. n. 163 del 2006, che regola la materia de qua, non sarebbe stato sufficiente l'accertamento del verificarsi del fatto storico della risoluzione di un precedente contratto, ma le infrazioni contestate per legittimare l'esclusione della stessa avrebbero dovuto essere previamente accertate in via giurisdizionale, al fine di contemperare le esigenze di buon andamento della P.A. con il diritto di difesa, pena la violazione degli artt. 3, 24 e 133 della Costituzione. Il trattamento riservato alla ditta Berloco Antonio sarebbe peggiore di quello previsto dalla normativa vigente nella ipotesi che in precedenza una ditta che intenda partecipare alla gara abbia commesso un reato.

4.1.- Considera il Collegio che il T.A.R. ha escluso che fosse necessario addurre, a giustificazione dell'esclusione, ai sensi della citata lett. f), un'inadempienza definitivamente accertata in sede giurisdizionale e ritenuto influente la circostanza che l'accertamento delle pregresse violazioni verificatesi in sede di esecuzione di precedenti contratti sia oggetto di contestazione, perché, se pure sono apprezzabili le esigenze garantistiche, desunte dagli artt. 24 e 133 della Costituzione, da un punto di vista letterale la definitività dell'accertamento sul presupposto non è richiesta dalla lettera f) (a differenza di quanto previsto per altre ipotesi di

esclusione pure contemplate dall'art. 38, primo comma, come quelle di cui alle lettere c), g) e i)). E' stata quindi ritenuta necessaria solo una specifica e motivata attività valutativa della stazione appaltante, cui evidentemente è riservato in tale ambito un ampio margine di discrezionalità, essendo rimesso al suo apprezzamento il giudizio in ordine alla rilevanza e alla gravità delle eventuali violazioni commesse nell'esecuzione di precedenti rapporti da parte di imprese partecipanti ad una gara indetta dalla stessa Amministrazione. Secondo il T.A.R. non sarebbe comunque condivisibile l'interpretazione sostenuta dalla deducente perché comporterebbe che qualsiasi azione promossa contro la controparte pubblica a contestazione dell'inadempimento, anche la più pretestuosa, paralizzerebbe le possibilità espulsive dell'Amministrazione (per un tempo indeterminato, privando così di concreta efficacia il disposto normativo, con sacrificio dell'interesse pubblico e compromissione della corretta concorrenza fra le imprese nel mercato degli appalti pubblici).

Considera la Sezione che è stato chiarito dalla giurisprudenza che l'esclusione della ditta che sia incorsa in grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla Stazione appaltante, nella vigenza dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, non presuppone il definitivo accertamento di tale comportamento, essendo sufficiente la valutazione fatta dalla stessa Amministrazione col richiamo per relationem all'atto con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto,

la Amministrazione aveva provveduto alla risoluzione per inadempimenti contrattuali (Cons. Stato, Sezione IV, 3092 del 2007; Sezione VI, n. 1071 del 2004 e IV Sez. n. 4999 del 2006).

Tale giurisprudenza ha rilevato che la esclusione di che trattasi non ha carattere sanzionatorio, essendo viceversa prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico, sicché non assume alcun rilievo la contestazione da parte della impresa della pregressa inadempienza, posto che l'esigenza soddisfatta dalla richiamata previsione nel delineare la causa di esclusione è solamente quella di salvaguardare l'elemento fiduciario.

Peraltro, come delineato dal Giudice di prime cure, la suddetta linea interpretativa trova decisivo conforto da un punto di vista esegetico ed infatti lo stesso art. 38, I c., del D. Lgs. n. 163 del 2006 richiede espressamente il definitivo accertamento (lett. g) o il passaggio in giudicato della sentenza (lett. c) laddove individua altre cause di esclusione, mentre non lo prevede per le ipotesi di cui alla lettera f). Alla stregua di una interpretazione "a contrario", deve ritenersi quindi sufficiente l'accertamento in sede amministrativa della causa di esclusione invocata nel caso di specie (Consiglio Stato, sez. V, 27 gennaio 2010, n. 296).

4.2.- Quanto alla eccezione di violazione degli artt. 3, 24 e 133 della Costituzione nell'ipotesi che la normativa in materia sia interpretabile nel senso che la esclusione de qua sia ammissibile anche in presenza

di infrazioni non definitivamente accertate la Sezione rileva che da un lato , per le considerazioni svolte la normativa stessa trova piena giustificazione sul piano logico nelle esigenze di garanzia dell'interesse pubblico e di speditezza dell'azione amministrativa e che dall'altro alla impresa interessata è comunque assicurata una adeguata tutela sia avanti al giudice ordinario (quanto alla pregressa risoluzione contrattuale) sia avanti a quello amministrativo (quanto ai riflessi sulle gare successive ad essa).

5.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

6.- La complessità delle questioni trattate denota la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra la parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione V, respinge l'appello in epigrafe indicato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2010 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/01/2011

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione