

**AI FINI DELL'ESCLUSIONE DALLE GARE D'APPALTO AI SENSI DELL'ART. 75, COMMA 1, LETT. F), D.P.R. N. 554/99, I COMPARTIMENTI ANAS DEVONO CONSIDERARSI COME "AUTONOME" STAZIONI APPALTANTI**

di Sergio Caracciolo  
scaracciolo@orrick.com

**Premessa**

In ordine all'esclusione dalle gare delle imprese *"che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara"* (art. 75, comma 1, lett. *f*), d.P.R. n. 554/1999) la terza sezione del TAR Lazio, con la sentenza 3 giugno 2004, n. 5185, ha stabilito che un Compartimento ANAS non può legittimamente escludere un'impresa che sia stata precedentemente esclusa, per risoluzione contrattuale (ex art. 119, d.P.R. n. 554/1999), da un diverso Compartimento del medesimo committente.

In sostanza, ai fini dell'applicabilità della suddetta sanzione, l'ANAS non deve essere considerata, nel suo complesso organizzativo, come un unico soggetto appaltante, dovendosi, invece, far riferimento a ciascun singolo Compartimento.

Il TAR ha anche reso importanti chiarimenti in merito alla rilevanza degli atti di risoluzione, adottati in base al suddetto art. 119, ai fini dell'esclusione di una ditta dalle procedure di evidenza pubblica, ex art. 75, comma 1, lett. *f*) del medesimo d.P.R. n. 554/1999.

Tali atti non sono (di per sé) sufficienti ad avallare un eventuale provvedimento di esclusione dalle gare, ma devono essere considerate tutte le circostanze che conducano ragionevolmente a concludere per l'inaffidabilità dell'impresa.

**Il fatto**

La ricorrente partecipava alla gara indetta dal Compartimento ANAS di Bologna, ma veniva esclusa ai sensi dell'art. 75, comma 1, lett. *f*), d.P.R. 554/1999, in quanto la commissione di gara rilevava in capo all'impresa l'intervenuta risoluzione del rapporto intercorso con il Compartimento ANAS Friuli Venezia Giulia, per grave inadempimento consistente nella reiterata mancata presentazione alla consegna dei lavori. La ricorrente, evidenziando che la risoluzione del precedente rapporto era stata contestata e che pendeva un giudizio dinanzi al tribunale civile di Roma, avente ad oggetto tale risoluzione, proponeva ricorso.

### **La stazione appaltante che bandisce la gara**

L'art. 75, comma 1, lett. *f*), commina l'esclusione dalle gare delle imprese che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati *"dalla stazione appaltante che bandisce la gara"*.

La locuzione *"stazione appaltante che bandisce la gara"* da origine a diverse interpretazioni.

Difatti, in presenza di committenti organizzati in articolazioni territoriali (oltre all'ANAS, si pensi alla maggior parte dei Ministeri, quale il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, alle Ferrovie dello Stato, ecc.), non è agevole stabilire se la *"stazione appaltante"* sia la stazione appaltante considerata nel suo complesso o la sua articolazione territoriale.

Secondo il TAR Lazio, non vi sarebbe corrispondenza tra il soggetto che ha bandito la gara e quello che ha subito gli effetti della grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati precedentemente, per cui non si rientra nell'ipotesi disciplinata dalla norma richiamata.

A tal proposito, deve evidenziarsi come la posizione del TAR confligga apertamente con la recente determinazione n. 8/2004 del 12 maggio 2004 adottata dall'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, la quale, esaminando un caso analogo, ha ritenuto l'esatto contrario: la stazione appaltante andrebbe intesa nell'interezza della sua struttura.

Per sostenere tale tesi, l'Autorità, da una parte, sottolinea la necessità che un soggetto, per operare come stazione appaltante, sia in possesso di capacità giuridica e di capacità di agire; dall'altro, evidenzia che la definizione di stazione appaltante, di cui all'art. 2, comma 1, lett. *a*), del d.P.R. n. 554/1999 è resa mediante il rinvio all'intero elenco dei soggetti tenuti ad applicare la legge 109/1994 (art. 2, comma 2).

### **La motivazione del provvedimento di esclusione dalla gara**

L'altra questione analizzata e risolta dal TAR Lazio consiste nella valutazione della motivazione del provvedimento che dispone l'esclusione da una gara di un'impresa che, in precedenza, era stata destinataria di un atto di risoluzione contrattuale, ex art. 119 del d.P.R. n. 554/1999.

Ad avviso del TAR Lazio, l'emanazione di un provvedimento di esclusione presuppone un'istruttoria ed un onere motivazionale particolarmente pregnanti, nel senso che l'Amministrazione deve acquisire tutti gli elementi utili per valutare le circostanze che portano a concludere per l'inaffidabilità dell'impresa, derivante da precedenti rapporti contrattuali intercorsi fra quest'ultima e la stazione appaltante.

Dunque, il richiamo, puro e semplice, alla precedente risoluzione non basta. Da questo punto di vista, la sentenza del TAR Lazio si colloca in un filone giurisprudenziale

intrapreso in precedenza (TAR Lazio, sez. III, 20 giugno 2002, n. 5629) e proseguito dal TAR Molise, con la sentenza 14 gennaio 2004, n. 39, e dal TAR Toscana, con sentenza 17 febbraio 2004, n. 431. Più nel dettaglio, il TAR Molise non si limitava a richiedere l'accertamento della grave negligenza e mala fede, ma perveniva ad escludere il perfezionamento della fattispecie di cui alla lett. *h*), anche nel caso di contestazione di una di esse – come nel caso di una precedente risoluzione contrattuale sub *judice* – ciò in quanto non deve residuare alcun dubbio al riguardo. Diversamente, sul punto, recentemente il Consiglio di Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1071, sottolineando il carattere fiduciario della suddetta esclusione, ha sostenuto non essere necessario il previo accertamento giurisdizionale della grave negligenza o malafede nel corso di pregresso rapporto contrattuale.

Tornando alla sentenza in commento, secondo il TAR Lazio, se in astratto, la risoluzione *ex art.* 119 può rappresentare un valido presupposto per l'applicazione dell'art. 75, comma 1, lett. *f*), in concreto, prima di adottare un provvedimento di estromissione da una gara, la stazione appaltante deve verificare se nei confronti di una impresa destinataria di un precedente atto di risoluzione contrattuale, l'impresa abbia mai instaurato un giudizio – come nel caso in esame – e, più in generale, quale sia l'esatto carico di responsabilità nell'ambito di un rapporto contrattuale.

Significativo, d'altra parte, che l'opinione espressa dal TAR sia vicina a quella dell'Autorità (determinazione n. 8/2004), sulla necessità di motivare adeguatamente la valutazione di esclusione *“essendo connessa a nozioni ampie e generiche quali quelle di grave negligenza e malafede”*.

Sul punto, già nella determina 16/23 del 5 dicembre 2001 (ed in particolare, nel punto C), l'Autorità aveva affermato che la stazione appaltante poteva escludere automaticamente il concorrente, nel (solo: n.d.r.) caso di ricorrenza delle ipotesi di cui all'art. 32 *quater* del codice penale (vale a dire, nel caso di commissione di reati particolarmente gravi, quali la malversazione, la corruzione, etc.), implicanti, quale sanzione accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione. Una tale interpretazione porterebbe, quindi, a concludere, una volta di più, nel senso che il puro e semplice richiamo ad un precedente atto di risoluzione – se adottato da parte *“della stessa stazione appaltante che bandisce la gara”* – non basta a fondare l'esclusione di un'impresa dalle gare.

Tornando alla determinazione n. 8/2004, nella consapevolezza di una lacuna nella norma, in quanto non prevede un tempo massimo di durata della sanzione, l'Autorità, forse anche memore di quanto disponeva l'art. 20 della l. 10 febbraio 1962, n. 57, secondo cui il provvedimento di sospensione dall'Albo Nazionale Costruttori doveva specificare la durata della sospensione, sottolinea l'importanza, tra i vari elementi, di tener conto, nell'ambito della discrezionalità della valutazione sull'esclusione, del tempo trascorso dall'atto di rescissione.

### **Riflessioni conclusive**

Per quanto concerne lo specifico aspetto relativo alla accezione più pertinente da attribuirsi, nel contesto della suddetta lett. *f*), alla locuzione “*stazione appaltante che bandisce la gara*”, occorre evidenziare quanto segue.

Al di là degli aspetti in ordine all'assenza di capacità giuridica e di agire delle articolazioni territoriali, sottolineata dall'Autorità, è pur vero che, per profili rilevanti, il procedimento è riferibile al Compartimento ANAS, il quale, difatti, oltre a designare nel proprio organico il responsabile del procedimento, provvede a stipulare il contratto con l'appaltatore.

A prescindere da ciò, sul piano operativo, è l'effetto combinato della tesi sulla unitarietà del soggetto committente in una con l'assenza del limite di durata della sanzione (che, quindi, risulta *sine die*) a far scaturire conseguenze che risultano sproporzionate.

Se così fosse, difatti, anche un errore in buona fede della stazione appaltante che procede alla risoluzione contrattuale verrebbe a decidere in senso negativo e per sempre le sorti dell'impresa. Sul punto l'Autorità, come si è visto, ritiene opportuno tenere in debita considerazione il tempo trascorso dalla risoluzione contrattuale.

Inoltre, la formulazione dell'art. 75, il quale dispone che le imprese, nella sussistenza di cause di esclusione, sono escluse dalla partecipazione alle gare, poiché non ricalca la direttiva 93/37/CEE (art. 24), che, invece, prevede l'esclusione non in termini di obbligo, ma di facoltà, di certo non induce i committenti nello sforzo, invece necessario, come sottolineato dal TAR Lazio, di supportare l'esclusione con adeguata motivazione.