

## **Parere n.122 del 23/04/2008**

**PREC106/08/L**

**Oggetto:** istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Società Impiantistica Casertana s.r.l. - affidamento della progettazione ed esecuzione dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria degli Uffici INPDAP ubicati in Benevento, alla via M. Foschini ed in Avellino, al viale Italia. S.A. INPDAP - Direzione Compartimentale della Campania.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 4 febbraio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto con la quale l'impresa Società Impiantistica Casertana s.r.l. (S.I.C.) contesta l'esclusione dalla gara disposta sulla scorta della seguente motivazione, contenuta nella comunicazione di esclusione del 7.12.2007: "la S.I.C. s.r.l. risulta essere destinataria di una risoluzione per inadempimento ai sensi dell'articolo 136 del d. Lgs. n. 163/2006 da parte della SOGIN s.p.a. Nonostante quanto da voi dedotto nella richiesta di chiarimenti ricevuta in data 27 agosto u.s., nelle more dell'eventuale cancellazione della pronunciata risoluzione per inadempimento, ai sensi di quanto disposto dal vigente articolo 38, comma 1, lettera f), del d. Lgs. n. 163/2006, la Commissione, all'unanimità, ha disposto l'esclusione dalla gara della S.I.C. s.r.l."

A parere dell'impresa istante, l'INPDAP ha omesso di valutare la gravità dell'inadempimento rilevato da altra stazione appaltante e non ha tenuto conto della dichiarazione resa dall'impresa in sede di gara con la quale si comunicava l'opposizione all'inserimento dell'annotazione in casellario.

In sede di istruttoria procedimentale, la Stazione appaltante, ha rappresentato che il provvedimento di esclusione è intervenuto dopo che la commissione di gara ha formulato all'impresa una richiesta di chiarimenti, a fronte della quale la S.I.C. s.r.l. ha ritenuto di non fornire elementi chiarificatori, affermando essere sufficiente quanto rappresentato in sede di gara con la seguente dichiarazione: "la S.I.C. s.r.l. fa presente che in base all'articolo 38, lettera f), del d. Lgs. 163/2006 la società è stata ingiustamente destinataria di una risoluzione strumentale per inadempimento ai sensi dell'articolo 136 del d. Lgs. n. 163/2006 da parte della SOGIN s.p.a. in data 09/05/2007, risoluzione sulla quale pende contenzioso con il quale la società ha richiesto il risarcimento di ogni danno con riconvenzionale."

### **Ritenuto in diritto**

Per la soluzione della questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità è opportuno preliminarmente ripercorrere l'iter delle operazioni di gara che hanno portato all'esclusione dell'impresa istante.

Nel plico contenente la documentazione amministrativa, l'impresa ha inserito la dichiarazione riportata in narrativa, con la quale comunicava la presenza di una annotazione sul Casellario informatico, a seguito di avvenuta risoluzione contrattuale per grave inadempimento, ai sensi dell'articolo 136 del d. Lgs. n. 163/2006.

La Commissione di gara, prima di assumere alcuna decisione al riguardo, ha provveduto a chiedere all'impresa chiarimenti in merito. (cfr. verbale del 7.8.2007 "Per la S.I.C. s.r.l., la Commissione decide di richiedere chiarimenti sulla dichiarazione del legale rappresentante in merito all'avvenuta risoluzione per inadempimento a carico della Società, da inviare entro e non oltre il termine perentorio delle ore 12 del giorno 5 settembre 2007. Successivamente, dopo aver esaminato quanto richiesto, la Commissione si pronuncerà in merito all'eventuale ammissione alla fase successiva della procedura di gara per la predetta Società.")

A fronte della richiesta di notizie e chiarimenti sulla risoluzione *de qua*, l'impresa ha comunicato di non ritenere necessari i chiarimenti richiesti, ed ha fornito alla Stazione appaltante la copia della nota (del 12/06/2007) trasmessa all'Autorità, con la quale ha formulato opposizione all'iscrizione al Casellario informatico, allegando altresì una perizia giurata relativa al contenzioso con la SOGIN s.p.a.

Il verbale della seduta di gara del 07/12/2007, riporta: "All'esito delle verifiche effettuate, è stata

decisa l'esclusione della ditta S.I.C. s.r.l., in quanto la Commissione aveva ritenuto la risoluzione contrattuale per grave inadempimento (ai sensi dell'articolo 136 del d. Lgs. n. 163/2006) da parte della SOGIN s.p.a. e le relative motivazioni incompatibili con i requisiti di affidabilità richiesti alle ditte partecipanti alla gara, così come espressamente previsto dal bando di gara.

Peraltro, la ditta S.I.C. s.r.l. aveva comunicato di non ritenere necessari i chiarimenti richiesti, e si era limitata a fornire copia di una nota di opposizione all'iscrizione al Casellario dell'Autorità e copia di una perizia giurata relativa al contenzioso con la SOGIN s.p.a., senza fornire invece gli atti della stessa SOGIN s.p.a. che potevano consentire una valutazione di merito della questione.

La ditta S.I.C. s.r.l. è dunque esclusa dalla fase successiva della procedura di gara”

In merito alla fattispecie di cui all'articolo 38, comma 1, lettera f), del d. Lgs. n. 163/2006, con precedente espressione di parere n. 42/2007, l'Autorità ha evidenziato che le motivazioni di esclusione di cui alla citata norma sono sostanzialmente due: a) grave negligenza ovvero malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara b) errore grave nell'esercizio dell'attività professionale.

La Stazione appaltante, pertanto, al fine di invocare l'applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. f) del D. Lgs. 163/2006, per errore grave nell'esercizio dell'attività professionale, è tenuta a valutare i motivi della risoluzione del precedente contratto con altra stazione appaltante, nonché la gravità dell'inadempienza compiuta dall'impresa, ed a rendere una adeguata motivazione delle proprie scelte discrezionali.

Infatti, non è sufficiente, ai fini dell'esclusione, un richiamo per *relationem* del provvedimento di risoluzione disposto da altra stazione appaltante, e rilevato dall'annotazione nel Casellario informatico, dovendosi, invece, valutare la condotta dell'impresa, in termini di inadeguatezza del suo comportamento rispetto alla esigenza di dimostrare la sua affidabilità professionale.

Nel caso in esame, la Commissione di gara ha instaurato un contraddittorio con l'impresa al fine di acquisire gli elementi necessari per operare una valutazione sulla risoluzione operata ai sensi dell'articolo 136 del d. Lgs. n. 163/2006.

La mancata presentazione, da parte dell'impresa, degli addebiti alla stessa contestata dalla SOGIN s.p.a. in sede di procedimento ex articolo 136, e del relativo provvedimento di risoluzione, non ha consentito alla Commissione di gara l'effettuazione di una compiuta valutazione sulla gravità dell'inadempienza contestata.

Pur dovendosi censurare il comportamento dell'impresa, in quanto il concorrente ha l'onere, per il principio della correttezza nei rapporti precontrattuali, di operare con la massima diligenza nei confronti della stazione appaltante precedente, si deve evidenziare che la Commissione di gara, giudicando la documentazione trasmessa dall'impresa non idonea “a consentire una valutazione di merito della questione”, avrebbe dovuto chiedere alla stessa SOGIN s.p.a. le notizie sulla risoluzione contrattuale da quest'ultima disposta nei confronti della S.I.C. s.r.l.

Ciò in quanto, si ribadisce, ai fini dell'esclusione errore grave nell'esercizio dell'attività professionale, è necessaria la valutazione sulla gravità del fatto.

Si deve, pertanto, rilevare nel procedimento in esame di esclusione del concorrente, la sussistenza di una ipotesi di “violazione del principio del giusto procedimento”, introdotto dall'art. 3 della legge n. 241/90, in riferimento alla mancata richiesta di chiarimenti alla SOGIN s.p.a., non essendo sufficiente, nel caso in esame, aver instaurato un contraddittorio con la sola impresa concorrente. La violazione di detto principio ben può essere riconosciuta sintomatica di un comportamento che configura il vizio di eccesso di potere dell'atto emanato in sua assenza, in quanto carente di motivazione.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dell'impresa S.I.C. s.r.l. risulta carente di motivazione in relazione alla valutazione della gravità della inadempienza che ha determinato la risoluzione contrattuale.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29/04/2008