

Consiglio di Stato, Sez. VI, 4/12/2006 n. 7104

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)
ha pronunciato la seguente**

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 3443/2006 proposto da Cantiere Navalmeccanico Emanuele Stanisci s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandra Berra, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Alessandro Savini, in Roma, via di Villa Grazioli, n. 13;

contro

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui per legge domicilia, in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio – Roma, sez. III ter, 1 marzo 2006 n. 1533, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visti tutti gli atti della causa;

relatore alla pubblica udienza del 31 ottobre 2006 il consigliere Rosanna De Nictolis e uditi l'avvocato Berra per l'appellante e l'avvocato dello Stato Zotta per l'appellato;

ritenuto e considerato quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Con decreto dirigenziale 27 ottobre 2003 n. 1016 il Comandante generale del corpo delle capitanerie di porto, sulla base dell'asserita negligenza mostrata dal Cantiere navale odierno appellante nell'esecuzione di un appalto per la fornitura di n. 7 motovedette, ha disposto, ai sensi dell'art. 68, r.d. n. 827 del 1924, l'esclusione sine die di tale Cantiere dal fare offerte per ogni altra gara indetta dall'amministrazione.

Con provvedimento del 28 ottobre 2003, il Ministero delle infrastrutture e trasporti, sulla base sia della negligenza come accertata dal provvedimento del 27 ottobre 2003, nonché sulla base di ulteriori note istruttorie, ha negato l'aggiudicazione alla società odierna appellante di un altro appalto (sempre avente ad oggetto la fornitura di motovedette), nonostante l'offerta dell'appellante fosse l'unica valida, a seguito di annullamento giurisdizionale della precedente aggiudicazione.

L'amministrazione ha infine pubblicato nuovo bando per l'appalto di cui ha rifiutato l'aggiudicazione alla società odierna appellante.

Tutti tali atti sono stati impugnati con ricorso al T.a.r. per il Lazio.

E' stata inoltre avanzata domanda di risarcimento del danno.

Con motivi aggiunti è stato impugnato il provvedimento 5 gennaio 2004 n. 2 che in esecuzione di ordinanza cautelare del T.a.r. Lazio ha fissato un termine di durata al provvedimento di esclusione da tutte le future gare.

1.1. Con la sentenza in epigrafe il ricorso è stato respinto con i seguenti argomenti:

- l'art. 68, r.d. n. 827/1924, che prevede l'esclusione da tutte le future gare con una data amministrazione del contraente privato negligente, in quanto espressamente richiamato dall'art. 11, d.lgs. n. 358/1992, sarebbe ancora applicabile ai pubblici appalti di forniture, e compatibile con il diritto comunitario;

- non si richiederebbe il previo accertamento giurisdizionale dell'inadempimento contrattuale;

- risulterebbe in fatto accertato il non corretto adempimento da parte del ricorrente del precedente rapporto contrattuale con l'amministrazione.

2. Ha proposto appello la società originaria ricorrente.

Con il primo mezzo sostiene l'incompatibilità dell'art. 68, r.d. n. 827/1924 con il diritto comunitario, che consente l'esclusione non da un numero indeterminato di future gare, ma solo da singole gare.

2.1. La censura è parzialmente fondata.

Ai sensi dell'art. 68, r.d. n. 827/1924 sono escluse dal fare offerte per <<tutti i contratti>> le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede.

Secondo la giurisprudenza di questo Consesso, da cui non c'è ragione di discostarsi, tale previsione trova ancora applicazione agli appalti di forniture, essendo espressamente richiamata e fatta salva dall'art. 11, d.lgs. n. 358/1992 (salvo a vedere se possa continuare a operare per gli appalti banditi secondo il sopravvenuto codice appalti, d.lgs. n. 163/2006, che non richiama più l'art. 68 in commento) (Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2004 n. 6541; Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2001, n. 5610).

Tale previsione è stata considerata conforme al diritto comunitario, che consente l'esclusione del concorrente che ha commesso un grave errore nell'esercizio della sua attività professionale (Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2004 n. 6541), atteso che il concetto normativo comunitario di «violazione dei doveri professionali» abbraccia un'ampia gamma di ipotesi, riconducibili alla negligenza, all'errore ed alla malafede, purché tutte qualificabili «gravi».

Secondo la giurisprudenza di questo Consesso, inoltre, la responsabilità può essere accertata e provata con qualsiasi mezzo di prova, senza la necessità di una sentenza passata in giudicato.

Sebbene il citato art. 68 consenta l'esclusione con <<atto insindacabile>>, dovendosi ora inserire la norma in commento nel mutato quadro ordinamentale di cui alla l. n. 241/1990, si deve ritenere che il provvedimento di esclusione debba essere congruamente motivato (Cons. St., sez. V, 11 ottobre 2002 n. 5496) e rispondente al principio di proporzionalità, anche in ordine alla durata del provvedimento di esclusione.

2.2. Parte appellante lamenta che l'art. 68, r.d. n. 827/1924 sarebbe in contrasto con il diritto comunitario, in quanto quest'ultimo prevede l'esclusione da singole gare, e non a titolo sanzionatorio da tutte le future gare.

Tale argomento è stato proposto per la prima volta in appello e appare pertanto inammissibile, estendendosi anche alle censure di violazione del diritto comunitario la regola del rispetto dei termini di decadenza.

L'argomento appare comunque irrilevante e infondato nel caso specifico, in quanto l'amministrazione, oltre al provvedimento di esclusione da future gare, ha anche adottato un autonomo e autonomamente motivato provvedimento di esclusione da singola gara.

2.3. Nell'ottica di una interpretazione conservativa e conforme al diritto comunitario, si deve ritenere che un provvedimento di esclusione da un numero indeterminato di gare sia legittimo a condizione che valga come linea guida per l'amministrazione, la quale in ciascuna singola gara valuti autonomamente i fatti che hanno determinato tale provvedimento generale, al fine dell'esclusione caso per caso da ciascuna gara.

2.4. Il provvedimento deve essere poi adeguatamente motivato e proporzionato, anche in ordine al termine di durata.

Sotto tale profilo, l'esclusione da tutte le future gara appare illegittima per mancanza di un termine proporzionato.

3. Con il secondo mezzo di appello parte appellante tenta di dimostrare che non si sono verificate, da parte sua, negligenze nell'esecuzione di precedenti appalti, tali da giustificare il provvedimento di esclusione da tutte le gare future e il provvedimento di non aggiudicazione di un singolo nuovo appalto.

3.1. Le censure sono infondate.

E' ben vero che nel precedente contratto di appalto con l'amministrazione, avente per oggetto la fornitura di sette motovedette, l'esecuzione ha subito una fase di stallo dovuta al ritardo con cui l'amministrazione ha consegnato all'esecutore il progetto definitivo (recte: esecutivo). La consegna risulta avvenuta in data 24 giugno 2002, a fronte della stipula del contratto intervenuta il 26 luglio 2001.

Ma tale circostanza non è contestata dall'amministrazione, e infatti tale fase di stallo dell'esecuzione del contratto non è stata imputata all'esecutore che, anzi, a causa di essa, ha beneficiato di svariate proroghe per la consegna della fornitura.

Quanto alla circostanza che il progetto delle eliche fornito dall'amministrazione (progetto Tencara) avrebbe comportato difetti di funzionamento delle eliche, anche tale circostanza non è stata imputata all'esecutore.

Ciò che si imputa all'esecutore sono i ritardi, non giustificati, della consegna, per il periodo successivo alla scadenza delle proroghe (era previsto l'approntamento al collaudo in tre lotti, con scadenza 30 novembre 2002, 29 dicembre 2002, 28 gennaio 2003).

Risultano infatti svariate diffide dell'amministrazione, a cui l'esecutore non ha dato risposta (8 gennaio 2003, 16 gennaio 2003, 11 febbraio 2003, 6 marzo 2003).

Risulta che le motovedette sono state sottoposte al collaudo nel febbraio 2004 (in data 10 febbraio 2004 l'amministrazione comunica l'approvazione dei test memoranda) e consegnate tra la fine di luglio e l'inizio di agosto 2004, dunque con un ritardo di oltre un anno rispetto al termine prorogato, imputabile oltre che al silenzio della ditta a fronte delle diffide, anche alla circostanza che i test memoranda forniti dalla ditta per il collaudo erano incompleti (e l'amministrazione ne ha chiesto alla ditta l'integrazione con fax del 5 dicembre 2003 e del 16 gennaio 2004).

Dalla ricostruzione dei fatti emerge dunque che alla data dei provvedimenti impugnati, vale a dire 27 e 28 ottobre 2003, vi era stato un silenzio di circa un anno del contraente in relazione al pregresso rapporto contrattuale, che non aveva risposto alle diffide del gennaio, febbraio e marzo 2003. Solo alla fine del 2003 avviene la consegna dei test memoranda, prodromici al collaudo, avvenuto nel febbraio 2004, e alla successiva consegna, avvenuta tra luglio e agosto 2004.

Quanto, poi, alle asserite difformità del progetto della fornitura commissionata rispetto a modelli già consegnati e visionati dall'esecutore, gli stessi afferiscono ad aspetti di dettaglio, che non potevano giustificare i ritardi perpetrati, e che appaiono piuttosto pretesti dell'esecutore per ritardare la consegna (vetrature incollate e non intelaiate, cabina di comando open anziché con porta, dotazione di radiogoniometro, frigorifero, faro di scoperta, tubature dell'impianto di sentina in armovin anziché in acciaio inox).

La circostanza che l'amministrazione ha optato per il mantenimento del contratto anziché per la sua risoluzione non è dirimente, in quanto da una nota del 18 agosto 2003 si evince che l'amministrazione ha optato per attendere l'adempimento tardivo, anziché risolvere il contratto, stante la pressante esigenza di poter disporre quanto prima delle motovedette.

3.2. Inoltre l'amministrazione ha acclarato ritardati adempimenti del ricorrente in relazione a contratti di fornitura con altre amministrazioni (comando generale arma dei carabinieri nel 1990 e Dipartimento dei vigili del fuoco nel 1997). Tali ritardi non sono contestati dall'appellante, ma solo ridimensionati

Tuttavia, anche ridimensionati, permangono e denotano una negligenza in pregressi rapporti contrattuali: anche 97 giorni di ritardo, ammessi dal ricorrente, non appaiono un dato irrilevante, in un contratto di fornitura con breve termine di esecuzione.

3.3. Sulla base di tali elementi, risulta legittima anche la decisione dell'amministrazione di non aggiudicare il successivo appalto alla ricorrente, nonostante fosse rimasta l'unica concorrente in gara.

Essendo ancora in corso il procedimento di gara, non era necessario un apposito avviso per l'esercizio della facoltà di non aggiudicare l'appalto in caso di unica offerta in gara.

4. In conclusione l'appello va accolto in parte.

Le spese di lite possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), lo accoglie in parte.

Spese compensate.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 31 ottobre 2006 con la partecipazione di:

Claudio Varrone	- Presidente
Paolo Cirillo	- Consigliere
Giuseppe Romeo	- Consigliere
Luciano Barra Caracciolo	- Consigliere
Rosanna De Nictolis	- Cons. Rel. ed est.

Presidente

f.to Claudio Varrone

Consigliere

f.to Rosanna De Nictolis

Segretario

f.to Anna Maria Ricci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....04/12/2006.....

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

Il Direttore della Sezione

f.to Maria Rita Oliva