

Appalti, la penale da ritardo non esclude in automatico

LEGGE EUROPEA

La sanzione deve essere proporzionale anche all'importo del contratto

Guglielmo Saporito

Le innovazioni al Codice dei contratti pubblici in tema di penali da ritardo (articolo 113-bis del Dlgs 50/2016, modificato dall'articolo 5 della legge europea 37/2019), avranno effetti anche sulle cause di esclusione da gare pubbliche.

La legge europea riguarda le sanzioni per il ritardo nell'esecuzione

delle prestazioni contrattuali, imponendo proporzionalità ai giorni di ritardo e all'importo del contratto. Di fatto, tuttavia, l'innovazione incide anche sulle cause di esclusione dalle gare, perché l'articolo 80, comma 5 lettera c-ter del decreto 50/2016 prevede un'esclusione automatica delle imprese che abbiano subito penali per inadempimenti. Imponendo proporzionalità alle penali contrattuali, si limita di fatto anche il potere di esclusione da parte della pubblica amministrazione.

Il tema è stato approfondito di recente dal Consiglio di Stato con la sentenza 30 aprile 2019 n. 2794, relativa a un appalto per smaltimento rifiuti: un'impresa era stata infatti

esclusa da una gara per non aver dichiarato precedenti sanzioni contrattuali, cioè penali economiche subite nell'esecuzione di un precedente, analogo contratto per smaltimento rifiuti.

L'omessa di chiarazione di questo infortunio aveva causato in modo automatico l'esclusione dalla gara successiva. Secondo il Consiglio di Stato, però, non basta aver subito una penale contrattuale per essere ritenuti inidonei, soprattutto se mancano altri elementi significativi o sintomi di gravi errori professionali.

Questo perché un inadempimento può derivare anche da comportamenti di soggetti terzi o da eventi esterni. Ad esempio, non è causa di

esclusione da successivi rapporti contrattuali, nel settore dello smaltimento rifiuti, il mancato raggiungimento di una predeterminata percentuale di raccolta differenziata (Consiglio di Stato, 1346/2018): un conto è infatti il risultato auspicato (e non raggiunto), altro conto è la responsabilità che deriva da un proprio errore.

Secondo i giudici, inoltre, la pattuizione di una clausola penale non sottrae il rapporto alla disciplina generale delle obbligazioni, che esclude la responsabilità del debitore quando costui prova che l'inadempimento, o il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, siano stati determinati dall'impossibilità della prestazione

per causa non imputabile al debitore (ad esempio, per caso fortuito: Corte di cassazione 7180/2012).

Inoltre, l'importo delle penali deve essere significativo, valutando la gravità dell'inadempimento con il metro adottato nelle linee guida Anac 1293/16, che danno rilevanza a penali di importo superiore all'1% dell'importo del contratto. Oggi l'articolo 5 della legge 37/2019 prevede penali giornaliere tra lo 0,3/1000 e l'1/1000 dell'importo contrattuale, senza poter superare, complessivamente, il 10% dell'importo del contratto; ma solo dall'1% in su la penale contrattuale, secondo il Consiglio di Stato, influisce sulle gare successive.

© RIPRODUZIONE RISERVATA