

TAR Campania, sezione prima, sentenza n. 2390 dell'11 aprile 2018

Esclusione dalla gara – Grave illecito professionale – Inaffidabilità impresa – Legittima esclusione anche se illecito contestato

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 1104/18 R.G., proposto da:

..... S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via

contro

Regione Campania, in persona del Presidente p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio eletto in Napoli, via, presso gli uffici dell'Avvocatura regionale;

nei confronti

.... Roma S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio eletto presso la pec professionale indicata;

per l'annullamento

a) della nota prot. 2018 0171040 del 15/03/2018 con la quale la Regione ha comunicato alla ricorrente l'esclusione della gara; b) della presupposta istruttoria svolta dall'Amministrazione; c) della nota prot 0172023 del 15/03/2018 con la quale la Regione Campania ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della soc. Roma s.r.l.; d) del decreto Dirigenziale della Regione Campania n.46 del

15/3/2018 con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della soc. Roma s.r.l.; e) di ogni altro atto presupposto e/o connesso ancorché non conosciuto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Campania e della Roma S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella camera di consiglio del 4 aprile 2018 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con nota n. 171040 del 15 marzo 2018 la Regione Campania comunicava alla Va Ben s.r.l. l'esclusione da una procedura aperta indetta per la conclusione di un accordo biennale avente ad oggetto l'affidamento di lavori di manutenzione ed adeguamento degli impianti ubicati nell'Istituto Paolo Colosimo di proprietà dell'Amministrazione, gara nella quale la predetta concorrente era risultata miglior offerente; oggetto di impugnazione sono stati altresì il decreto dirigenziale n.46 del 15 marzo 2018 con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della Roma s.r.l., seconda graduata, nonché la coeva relativa nota di comunicazione 0172023.

A fondamento dell'esclusione la stazione appaltante ha addotto l'assenza del requisito di cui all'art.80, quinto comma, lettera c) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, perché «nell'ambito delle verifiche effettuate sulle dichiarazioni rese ex art.80,

codesta ditta risulta iscritta al casellario informatico dell'ANAC per essersi resa colpevole di violazioni in tema in inadempimento contrattuale; tale comunicazione, seppur resa in sede di gara, è stata oggetto di ulteriori verifiche ed approfondimento da parte della S.A.; a seguito dell'istruttoria svolta questa Amministrazione ha ritenuto non opportuno procedere ad una aggiudicazione a favore di codesta società, ritenendo gravi le inadempienze commesse».

Avverso la propria esclusione e contro l'aggiudicazione disposta in favore della Roma s.r.l. ha proposto ricorso a questo Tribunale la s.r.l. chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari.

In punto di fatto, la società ricorrente deduce di aver dichiarato in sede di partecipazione alla gara di aver subito con deliberazione di Giunta n. 4 del 4 febbraio 2015 dal Comune di Marzano di Nola la risoluzione per grave inadempimento del contratto di lavori per il restauro e la qualificazione funzionale dell'Antica Torre.

A sostegno dell'impugnazione la s.r.l. lamenta un profilo di carenza di istruttoria, per non avere la stazione appaltante verificato e valutato che la risoluzione era stata giudizialmente contestata innanzi al Tribunale di Avellino, controversia tuttora pendente; tale circostanza ai sensi della norma codicistica de qua impedirebbe l'operatività della causa di esclusione applicata, né sarebbe consentita una differente ed autonoma valutazione di gravità da parte della stazione appaltante in punto di affidabilità del concorrente.

Con il secondo motivo è stata contestata l'assenza di contraddittorio in ordine alla rilevanza della vicenda risolutoria rispetto alla partecipazione alla gara.

Con decreto cautelare n. 393 del 19 marzo 2018 è stata respinta l'istanza di misure cautelari in sede monocratica e richiesto alla Regione Campania di depositare gli atti istruttori prodromici all'impugnata esclusione.

Si sono costituiti in giudizio la Roma s.r.l. e la Regione Campania concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare; la difesa regionale ha depositato

in giudizio la nota del Comune di Marzano di Nola n. 559 del 1° marzo 2018, adottata in riscontro ad una richiesta di chiarimenti avanzata dall'ufficio regionale procedente, in cui sono rappresentate le vicende che avevano determinato la risoluzione del contratto tra la società ricorrente e l'ente comunale.

Alla camera di consiglio del 4 aprile 2018, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il Tribunale ritenuti sussistenti i presupposti per una sentenza in forma semplificata, avvisate le parti, ha trattenuto la causa per la decisione.

Innanzitutto, deve essere respinta la censura di difetto di istruttoria, avendo la Regione Campania proceduto alle opportune verifiche sulla vicenda di risoluzione contrattuale relativa al Comune di Marzano di Nola, acquisendo specifica nota informativa, indicata anche nel corpo motivazionale del provvedimento di estromissione; né può configurarsi un profilo di carenza di istruttoria la mancata interlocuzione con la società ricorrente, rientrando nel prudente apprezzamento dell'amministrazione l'uso discrezionale del potere istruttorio, né essendo manifestamente illogico l'essersi la Regione Campania attestata su quanto emerso in base alla rappresentazione dei fatti contenuta nella nota del Comune di Marzano di Nola.

Nemmeno può ritenersi fondata la mancata audizione della s.r.l. sotto il profilo di difetto di opportunità di partecipazione, non essendosi in presenza di un procedimento di ufficio, né essendo esigibile una comunicazione ai sensi dell'art. 10 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241, trattandosi di una procedura di tipo concorsuale (Consiglio di Stato sez. VI 06 marzo 2009 n. 1348).

Nodo centrale della controversia è costituito dalla portata applicativa dell'art.80, comma 5, lettera c) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 che qualifica come causa di esclusione l'ipotesi in cui « c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si e' reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrita' o affidabilita'. Tra questi rientrano: le significative

carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

Rileva il Collegio che ad essere dirimente della questione, attualmente oggetto di discussione in giurisprudenza (Consiglio di Stato V Sezione 2 marzo 2018 n. 1299; Consiglio di Stato 27 aprile 2017 n. 1955) è la portata meramente esemplificativa delle ipotesi di grave illecito professionale, contemplate nel secondo periodo della disposizione citata; ne consegue la piena autonomia della fattispecie contemplata nel periodo precedente, che, nell'assumere una portata generale, si affranca dai requisiti specifici richiamati nei predicati casi esemplificativi.

In particolare, il legame esistente tra ipotesi generale e fattispecie tipizzate è rintracciabile nella «dimostrazione con mezzi adeguati» che la norma impone alla stazione appaltante, onere che, nell'ipotesi generale, non risente di alcuna conformazione particolare, restando, di conseguenza, verificabile, pro caso, alla stregua dei consueti parametri di imparzialità dal punto di vista della non manifesta irragionevolezza e proporzionalità della valutazione compiuta; invece, nel secondo caso, per effetto della naturale differenziazione, propria della tecnica redazionale di esemplificazione, l'esistenza di presunzioni sulla formazione della prova del grave illecito professionale restringe l'ambito di valutazione della stazione appaltante. Tale maggiore intensità descrittiva della fattispecie trova un punto di equilibrio tra l'alleggerimento dell'onere probatorio che grava sulla stazione appaltante – compito

che si risolve nella sola acquisizione di una sentenza che abbia qualificato grave l'illecito professionale, magari con statuizione di condanna dell'impresa – e la possibilità per il contraente di neutralizzare tale effetto vincolante, avvalendosi di una giudiziale contestazione con cui gli venga consentito di opporsi ad un contestato inadempimento contrattuale.

Tuttavia, l'esistenza di una contestazione giudiziale della risoluzione non implica che la fattispecie concreta ricada esclusivamente nell'ipotesi esemplificativa, con applicazione del relativo regime operativo; difatti, il “fatto” in sé di inadempimento resta pur sempre un presupposto rilevante ai fini dell'individuazione di un grave illecito professionale, secondo l'ipotesi generale (Consiglio di Stato V Sezione 2 marzo 2018 n. 1299); invero, come visto tra le due fattispecie esiste un rapporto di parziale sovrapposibilità, sussistendo una relazione di genus ad speciem; a differenza della seconda ipotesi, nel caso generale, la stazione appaltante non può avvalersi dell'effetto presuntivo assoluto di gravità derivante dalla sentenza pronunciata in giudizio, né, per converso, l'impresa può opporre la pendenza per porre nell'irrilevante giuridico il comportamento contrattuale indiziato.

In altri termini, scomponendo la fattispecie concreta, ben può la stazione appaltante qualificare il fatto, inteso come comportamento contrattuale del concorrente, quale grave illecito professionale, dovendo tuttavia dimostrarne l'incidenza in punto di inaffidabilità, e quindi prescindendo dalla pendenza di un giudizio che viene a collocarsi all'esterno della fattispecie normativa utilizzata.

Tale soluzione trova conforto, a giudizio del Collegio, oltre che nella formulazione letterale della norma, anche nella ratio legis; in proposito, accettare la tesi propugnata dalla società ricorrente implicherebbe che, rispetto a fatti ugualmente costituenti grave illecito professionale, di certuni sarebbe sufficiente neutralizzare gli effetti ostativi della partecipazione mediante la semplice proposizione di una domanda giudiziale ed avvalersi della mera pendenza del relativo giudizio; tale idea renderebbe

la norma, di fatto, di difficile applicazione concreta, poiché la stessa resterebbe soggetta ad una sorta di condizione potestativa in favore di chi dovrebbe invece subirla, vanificando, nel contempo, la funzione di tutela dell'interesse pubblico di estromettere concorrenti che la disposizione codicistica in scrutinio consente alla stazione appaltante, come ipotesi generale, di qualificare non affidabili, a prescindere da una presupposta verifica giudiziale.

Va aggiunto che nel caso in esame, quanto opinato dalla stazione appaltante, che non richiama in alcun modo possibili effetti vincolanti riconducibili ad una sentenza che abbia statuito sui fatti di risoluzione, non desta perplessità in punto di fatto, nè connotazioni di irragionevolezza o di assenza di proporzionalità, aspetti che, tra l'altro, non risultano aver costituito oggetto di specifica contestazione nel presente giudizio.

L'adesione del Collegio alla superiore opzione interpretativa consente di ritenere non rilevante e vincolante l'orientamento espresso dalla Sezione quarta di questo Tribunale con l'ordinanza n. 5893/2017, richiamata da parte ricorrente.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto, con integrale compensazione tra le parti delle spese processuali, in ragione della novità della questione esaminata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2018

L'ESTENSORE
Paolo Corciulo

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO

#