

Tar Campania, sezione VIII, n. 2634 del 25 giugno 2020

Partecipazione alla gara – Omessa dichiarazione di revoca di aggiudicazione – No esclusione ex art. 80 co. 5 del D.lgs. 50/2016 – Differenze con omessa dichiarazione

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 120, co.6 e 10 cod. proc. ammin. sul ricorso numero di registro 1841 del 2020 proposto dalla Sicurezza e Ambiente S.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. e con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, Via

contro

Comune di in persona del Sindaco p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti

..... Srl in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. in Napoli, Via

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia

1) della Determinazione n.24 del 7/5/2020 del Comune di recante aggiudicazione definitiva alla Srl della gara per l'affidamento in concessione del servizio di ripristino post-incidente, mediante la pulizia della piattaforma stradale e il reintegro delle matrici ambientali eventualmente compromesse da incidenti stradali-durata 3 anni; 2) della nota PEC del R.U.P. del 12/5/2020, di comunicazione di detta aggiudicazione definitiva; 3) della lettera

d'invito di cui alla determina 35 del 3/7/2019 e del capitolato d'oneri di cui alla determina n. 17 del 22/3/2019; 4) dei verbali di gara del 31/10/2019 e 4/2/2020; 5) di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso, Nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto stipulato, per l'accertamento del diritto della società ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara de qua, per il conseguente subentro nel contratto in corso d'esecuzione e, in via gradata, per il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi per effetto dell'esecuzione degli atti illegittimi impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati in cui si espone che il Comune di indicava procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio in oggetto sulle strade di pertinenza del medesimo Comune, per il valore presunto di € 15.000,00 , con durata triennale ed aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In particolare l'art.5 del Capitolato prevedeva l'attribuzione max di 10 punti per il criterio C1 "definizione delle procedure per la quantificazione ed il recupero dei costi sostenuti dalle compagnie assicuratrici con particolare riferimento ad eventuali accordi (da provare documentalmente) stipulati con le stesse compagnie, alle modalità di quantificazione dei costi" e max di 6 punti per il criterio D2 "minor tempo di intervento offerto rispetto al tempo massimo di 30 e 40 minuti". La controinteressata si graduava al primo posto con punti 90, mentre la ricorrente si classificava al secondo posto con punti 86,9; seguiva l'aggiudicazione in favore della controinteressata con provvedimento in ordine alla quale si deducono la violazione dell'art.80, comma 5 e dell'art.95 del D. Lgs. n.50/2016, nonché l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e falsità dei presupposti. In particolare la dichiarazione resa dalla controinteressata di essere in possesso dei requisiti di moralità ex art.80, comma 5 del D. Lgs. n.50/2016 sarebbe falsa, in quanto con Determinazione n.273 del 14/6/2018 il Comune di Vanzago, per lo stesso servizio,

avrebbe revocato l'aggiudicazione a per mancato allestimento dell'automezzo adibito al servizio de quo, per tacere che per il sub-criterio C1 alla controinteressata sarebbero stati attribuiti punti 9 sebbene non avesse fornito prova di contratti scritti con compagnie per la quantificazione dei costi, mentre per il criterio D2 sempre alla controinteressata venivano attribuiti punti 5,4 mentre la ricorrente – che pure aveva offerto un tempo nettamente inferiore – otteneva soltanto punti 4,8;

Vista la costituzione di

Vista la memoria di con cui si rappresenta che, a mezzo di Determinazione n.273 del 14/6/2018, il Comune di decretava l'esclusione della stessa, prima di stipulare il contratto e senza che il servizio fosse stato ancora avviato, per carenza di alcuni prodotti indicati nell'offerta ma senza che fossero integrati gli estremi del grave illecito professionale;

Visto l'art. 4, comma 2, del D.L. 30.4.2020, n.28;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore - alla Camera di Consiglio del giorno 24 giugno 2020 – il dott. Gabriele Nunziata, ed ivi uditi gli avvocati come da verbale ai sensi dell'art. 4, comma 2, del D.L. 30.4.2020, n.28;

Visto l'art.84, comma 5, del D.L. 17.3.2020, n.18 convertito in Legge 24.4.2020, n.27 come modificato dall'art.4 del D.L. 30.4.2020, n.28, ed in particolare la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'art.60 cod. proc. ammin., o messo ogni avviso;

Viste le circostanze di fatto e le ragioni di diritto come spiegate dalle parti negli atti processuali;

Considerato:

che il Collegio ritiene il ricorso manifestamente infondato, con la conseguenza che esso può essere deciso ai sensi dell'art. 60 cod. proc. ammin. con sentenza in forma

semplificata sin dalla presente fase cautelare, essendo ciò consentito dall'oggetto della causa, dall'integrità del contraddittorio e dalla completezza dell'istruttoria;

che il Codice di contratti, per quanto di più diretto interesse, come modificato dal D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 (convertito con modificazioni dalla Legge 11 febbraio 2019, n. 12), ha novellato l'articolo 80, comma 5 lettera c) del D. Lgs. 50/2016 prevedendo che integrino distinte cause di esclusione le seguenti circostanze: "c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa.". Tale novella legislativa chiarisce bene che la valutazione di inidoneità professionale deriva da un apprezzamento discrezionale della Stazione appaltante, che non è necessariamente vincolata alla definitività degli addebiti relativi a pregressi inadempimenti contrattuali;

che la successiva lettera f-bis) correla l'applicazione della suddetta sanzione dell'esclusione della gara al fatto de " l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere";

che, com'è noto, il citato art.80, comma 5 si pone a presidio dell'esigenza di verificare l'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico che andrà a contrarre con la P.A., prova ne sia che la declinazione applicativa dei suindicati principi regolatori ha trovato chiara esplicazione nelle linee guida all'uopo confezionate dall'ANAC, che, al punto 4.2., precisano, tra l'altro, che "la sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico. È infatti rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione”;

che, come evidenziato dal Consiglio di Stato in sede di parere (numero 02042/2017) licenziato a seguito dell'Adunanza del 14 settembre 2017, la differenza tra le due ipotesi è sostanziale, atteso che, nell'ipotesi di cui al comma 5, lett. c), la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla Stazione appaltante, mentre nel caso del comma 5, lett. f-bis) l'esclusione dalla gara è atto vincolato, discendente direttamente dalla legge, che ha la sua fonte nella mera omissione da parte dell'operatore economico. Resta fermo che, da un punto di vista strutturale, anche l'omessa dichiarazione può concretare un'ipotesi di dichiarazione non veritiera, ragion per cui il discrimen tra le due fattispecie sembra doversi incentrare sull'oggetto della dichiarazione, che assumerà rilievo, ai sensi e per gli effetti di cui alla lettera f-bis), nei soli casi di mancata rappresentazione di circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione a norma della disciplina in commento, ricadendosi altrimenti - alle condizioni previste dalla corrispondente disposizione normativa - nella previsione di cui alla fattispecie prevista al comma 5, lett.c) (Cons. Stato, III, 23/08/2018, n.5040);

che, ai fini della conclusiva reiezione del ricorso, la Sezione – preso atto della omessa dichiarazione da parte dell'aggiudicataria della pregressa revoca di aggiudicazione disposta nei suoi confronti per il mancato allestimento dell'automezzo adibito al servizio oggetto di gara - ritiene di confermare il proprio orientamento (ex multis, 23.4.2020, n.1426) in linea con quella giurisprudenza (T.A.R. Puglia, Bari, III, 12/02/2019, n.230; Cons. Stato, V, 9/1/2019, n.196) secondo la quale, in merito alla causa di esclusione di cui alla lettera f-bis) del citato comma 5, in quanto di stretta interpretazione perché derogatoria al generale principio di massima partecipazione alle gare d'appalto, va affermato che tale disposizione si riferisce (testualmente) all'ipotesi in cui venga resa una dichiarazione espressa "non veritiera", ossia falsa, laddove ipotesi affatto diversa è- come appunto nella fattispecie - la semplice omissione dichiarativa di mera esclusione non incidente sulla affidabilità ed integrità morale dell'operatore economico, dal momento che un'omissione dichiarativa giammai potrebbe integrare gli estremi della "falsa dichiarazione" o del grave illecito disciplinare in presenza di violazione di una norma civile, penale o amministrativa; che, dunque, non si tratta né di esclusione dalla medesima gara nel cui ambito è avvenuta la produzione né di esclusione cui sia seguita l'iscrizione nel Casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC;

che, quanto agli ulteriori motivi di ricorso, si prescinde dall'esame dei medesimi in applicazione del principio giurisprudenziale, ormai consolidato, a mente delle cui indicazioni laddove il provvedimento negativo sia supportato da una pluralità di ragioni autonome, è sufficiente ai fini della legittimità dell'atto che anche una sola di esse resista al vaglio giurisdizionale (ex multis, TAR Lazio, Roma, II, 5.6.2018 n.6228);

che, in conclusione, il ricorso deve essere respinto con tutte le richieste come formulate in via ulteriore, mentre anche in ragione dei contrasti giurisprudenziali sussistono gli estremi per compensare tra le parti le spese di giudizio,

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del giorno 24 giugno 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza mediante l'utilizzo degli strumenti hardware e software individuati nel Decreto Presidente del Consiglio di Stato n.134 del 22 maggio 2020, con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO