

Pubblicato il 17/09/2020

N. 03867/2020 REG.PROV.COLL.
N. **02956/2020** REG.RIC.



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 2956 del 2020 proposto dalla DHI-DI NARDI HOLDING INDUSTRIALE S.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di San Nicola La Strada in persona del Sindaco p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti

Eco.Car. S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Ceceri, Antonio Nardone e Valentina Comella e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento previa sospensione,

- della Determinazione Area 3 - Tecnica n. 170 del 30.6.2020, reg. gen. n. 417 del 3.7.2020 (doc. 1.a), pubblicata nell'Albo Pretorio comunale on line dal 3.7.2020 al

18.7.2020, e mai comunicata alla odierna ricorrente, con cui il Comune di San Nicola La Strada ha approvato i verbali di gara e disposto l'aggiudicazione dell'appalto dei "Servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti so-lidi urbani e assimilati, dei servizi di igiene urbana e complementari del Comune di San Nicola La Strada (Ce) ispirata a esigenze sociali e con caratteristiche di sostenibilità ambientale ex D.M. Ambiente 13/02/2014 – Appalto verde" alla Eco.Car. S.r.l., subordinandone l'efficacia al positivo esito della verifica del possesso dei requisiti previsti dalla legge di gara e autodichiarati dalla Società aggiudicataria;

- della Determinazione Area 3 - Tecnica n. 207 del 31.7.2020, reg. gen. n. 532 del 7.8.2020 (doc. 1.b), pubblicata nell'Albo Pretorio comunale on line per 15 giorni consecutivi dal 7.8.2020 e comunicata alla odierna ricorrente con nota prot. n. 0017680 del 12.8.2020 (doc. 1.c), anch'essa ove occorra impugnata, con la quale è stata attestata l'efficacia dell'aggiudicazione disposta con la Determinazione Area 3 - Tecnica n. 170 del 30.6.2020, reg. gen. n. 417 del 3.7.2020;

- di tutti i verbali di gara (docc. da 2.1 a 2.6);

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;

e per la condanna

dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati e conseguente aggiudicazione della gara,

con conseguente declaratoria di inefficacia

del contratto eventualmente nelle more stipulato con il concorrente illegittimo aggiudicatario e subentro nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato ex art. 122 c.p.a.

e con riserva

di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non

imputabile o comunque non dipendente dalla volontà della odierna ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati, in cui si espone che con bando di gara pubblicato il 28/2/2020 il Comune di San Nicola La Strada indiceva procedura di gara telematica per l'affidamento dei servizi di raccolta e trasporto RSU ed assimilati, di igiene urbana e complementari dell'Ente locale, per durata triennale ed importo complessivo di € 7.098.615,00. Nella seduta del 5/6/2020 veniva verificata la regolarità della documentazione amministrativa ed il delegato di parte ricorrente chiedeva alla Commissione di procedere all'esclusione della Ditta ECO.CAR. per dichiarazione contrastante con il DGUE quanto alle sentenze di condanna, mancata dichiarazione inerente le condanne a carico del direttore tecnico e mancata dichiarazione dei soggetti di cui all'art.80, comma 3; la Commissione si determinava a richiedere chiarimenti in tal senso alla controinteressata e nella seduta dell'11/6/2020 riteneva esaustiva la documentazione prodotta. In esito allo scrutinio delle offerte nella seduta del 30/6/2020 la Stazione Appaltante redigeva la graduatoria definitiva in cui la ECO.CAR. si classificava al primo posto con p.85, mentre la ricorrente si classificava al secondo posto con p.83,329; di seguito veniva adottata l'impugnata Determina di aggiudicazione dell'appalto. Si deducono la violazione dell'art.80, co.5, lett. c) e c)bis del D. Lgs. n.50/2016, dei principi di buon andamento ed imparzialità, nonché l'eccesso di potere, atteso che la ECO.CAR., pur dichiarando alcune condanne e la dichiarazione di incapacità a contrattare con la PA disposta dal Tribunale penale di Catania, non avrebbe specificato né i reati né la durata della sanzione, così impedendo alla Stazione Appaltante di valutare la sussistenza del grave illecito professionale, né fatto menzione delle carenze esecutive riportate nell'esecuzione del contratto di appalto con il Comune di Caserta;

Vista la memoria della ECO.CAR. Srl con cui si deduce l'infondatezza del ricorso, replicando ai singoli motivi ed insistendo sulla inesistenza di un automatismo espulsivo come affermato di recente dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore - alla Camera di Consiglio del giorno 15 settembre 2020 – il dott. Gabriele Nunziata, ed udite le parti come da verbale;

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 fondato, 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. Fermo restando che, da un punta di vista strutturale, anche l'omessa dichiarazione può concretare un'ipotesi di dichiarazione non veritiera, 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, nella materia per cui è controversia, l'Adunanza Plenaria ha di recente (28.8.2020, n.16) affermato che la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici, come anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della Stazione Appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, sono riconducibili all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis)] del citato art.80, comma 5. L'ambito di applicazione della lettera fbis) viene giocoforza a restringersi alle ipotesi - di non agevole verifica - in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'Amministrazione;

che, tra le fattispecie di «gravi illeciti professionali», una concerne l'ipotesi di falso così espressa: «il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione»; in contrapposizione, desumibile dalla disgiuntiva «ovvero», all'ulteriore fattispecie consistente nell'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione». Rispetto all'ipotesi prevista dalla falsità dichiarativa (o documentale) di cui alla lettera f-bis), quella relativa alle «informazioni false o fuorvianti» ha un elemento specializzante, dato dalla loro idoneità a «influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» della Stazione Appaltante. Ai fini dell'esclusione non è dunque sufficiente che

l'informazione sia falsa, ma anche che la stessa sia diretta ed in grado di sviare l'Amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara; coerentemente con tale elemento strutturale, la fattispecie equipara inoltre all'informazione falsa quella fuorviante, ovvero rilevante nella sua «attitudine decettiva, di “influenza indebita”», ovvero di informazione potenzialmente incidente sulle decisioni della Stazione Appaltante, che rispetto all'ipotesi della falsità può essere distinta per il maggior grado di aderenza al vero;

che “...la ragione della descritta equiparazione si può desumere dal fatto che le informazioni sono strumentali rispetto ai provvedimenti di competenza dell'Amministrazione relativamente alla procedura di gara, i quali sono a loro volta emessi non solo sulla base dell'accertamento di presupposti di fatto ma anche di valutazioni di carattere giuridico, opinabili tanto per quest'ultima quanto per l'operatore economico che le abbia fornite. Ne segue che, in presenza di un margine di apprezzamento discrezionale, la demarcazione tra informazione contraria al vero e informazione ad essa non rispondente ma comunque in grado di sviare la valutazione della stazione appaltante diviene da un lato difficile, con rischi di aggravio della procedura di gara e di proliferazione del contenzioso ad essa relativo, e dall'altro lato irrilevante rispetto al disvalore della fattispecie, consistente nella comune attitudine di entrambe le informazioni a sviare l'operato della medesima amministrazione” (in termini, A.P. n.16/2020 cit.);

che in ogni caso, sia di omissione dichiarativa sia di informazioni false o fuorvianti, l'espulsione non è automatica, dovendo l'Amministrazione stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante, se era in grado di sviare le proprie valutazioni e se il comportamento tenuto dall'operatore economico abbia inciso in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità;

che, ai fini dell'accoglimento del presente ricorso, la Sezione presta adesione ai sopraindicati principi dell'Adunanza Plenaria e della giurisprudenza (di recente, T.A.R. Toscana, I, 7.2.2020, n.180) ritenendo che i pregiudizi di grave rilevanza penale esposti in fatto, ancorché non espressamente contemplati quali causa di

esclusione dalle norme che regola la aggiudicazione degli appalti pubblici, abbiano inciso sulla moralità professionale dell'impresa aggiudicataria, così come le omissioni abbiano precluso alla Stazione Appaltante di esercitare il proprio potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" in capo alla controinteressata, quale tenuta a dichiarare qualunque circostanza che potesse ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'Amministrazione (Cons. Stato, V, 7.1.2020, n.70);

che le circostanze sopra riferite costituiscono – per la palese incidenza sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto alle quali non sono predicabili esclusioni (Cons. Stato, IV, 5.8.2020, n.4937) - fattore che rileva ai fini dell'affidabilità della aggiudicataria, la cui verifica costituisce un segmento tipico della istruttoria dei procedimenti di evidenza pubblica al fine di selezionare soggetti moralmente idonei, con conseguente violazione dell'art.80 D. Lgs. n.50/2016 che impone a carico dell'operatore economico puntuali obblighi informativi aventi ad oggetto la rappresentazione - quanto più dettagliata possibile - delle pregresse vicende professionali sì da offrire un quadro completo della situazione dell'impresa in relazione agli accertamenti di cui all'art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016 e da consentire che il processo decisionale della Stazione Appaltante si svolga in maniera esauriente quanto ad eventuali gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la integrità ed affidabilità dell'impresa (cfr. Cons. Stato, V, 3.9.2018, n.5142; 25.7.2018, n.4532; 11.6.2018, n.3592);

che spetta alla Stazione Appaltante il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un "grave illecito professionale", dal momento che qualsiasi condotta contra legem, ove collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere sul processo decisionale rimesso alle Stazioni Appaltanti sull'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili (ex multis, T.A.R. Lazio,

Roma, III, 28.1.2020, n.1139; n.9832/2019; Cons. Stato, V, 12.3.2019, n.1649; III, 29.11.2018, n.6787);

che, ciò stante, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento della Determina di aggiudicazione dell'appalto, 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 accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnata Determina n.170 del 30/6/2020.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del giorno 15 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Gabriele Nunziata, Consigliere, Estensore

Paola Palmarini, Consigliere

L'ESTENSORE
Gabriele Nunziata

IL PRESIDENTE
Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO