

Il potere di soccorso istruttorio: presupposti, limiti e ammissibilità dell'accertamento “per relationem”

di Valeria Vitale

Data di pubblicazione: 30-6-2016

1. Ai fini della valutazione dell'importanza che l'inadempimento deve rivestire per condurre alla risoluzione dei contratti, anche della P.A., è ammissibile l'accertamento “per relationem”, che valorizzi le decisioni di altre PP.AA., che hanno utilizzato il grave strumento della risoluzione, quali elementi dotati, *ex se*, di una valenza di estrema gravità.

2. Il soccorso istruttorio non si applica al caso di dichiarazione mendace, perché si configurerebbe come una sostituzione dell'amministrazione nell'adempimento di un obbligo essenziale omesso dalla parte. Benché anche in ipotesi di omesse dichiarazioni vi sia spazio per il soccorso istruttorio, il presupposto per attivare il potere integrativo resta sempre il riscontro di “falsità” - e non di mera “omissione” di dichiarazioni delle risoluzioni precedenti - dovendo la parte consentire alla stazione appaltante la valutazione del precedente professionale negativo (2).

(2) In senso conforme: Consiglio di Stato, sentenza 11.4.2016 n. 1412. In senso contrario: parere ANAC 15.7.2015; Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza 25.5.2015 n. 2589; Tar Campania Salerno sentenza n. 1066/2015; Tar FVG sentenza n. 571/2015.

Guida alla lettura

La sentenza sopra riportata affronta l'intricata questione relativa all'ammissibilità del potere/dovere di soccorso istruttorio spettante all'Amministrazione comunale dopo il D.L. n. 90/2014, questione oggetto di non univoca interpretazione da parte della giurisprudenza amministrativa e dell'ANAC.

Il Tar Sardegna, delineato il quadro normativo in materia e richiamato, in particolare, l'art. 38, lett. f, del D.Lvo n. 163/2006, esamina i seguenti profili:

- a. la rilevanza e della gravità degli inadempimenti imputabili a chi partecipa alla procedura di evidenza pubblica, con riferimento al requisito dell'importanza – anche in senso civilistico - dell'inadempimento.
- b. l'ammissibilità del soccorso istruttorio a fronte di un'omessa o mendace dichiarazione.

Il Collegio, premesso che la mancata acquisizione di elementi essenziali in ordine alla valutazione della professionalità ed all'idoneità di un'impresa ad essere aggiudicataria impedisce l'esplicarsi di un giudizio tempestivo sull'affidabilità della stessa, rimarca la necessità che la stazione appaltante disponga *ex ante* degli elementi valutativi necessari, senza rimettere sostanzialmente solo agli altri concorrenti in gara l'avvio di indagini e controlli per poter stipulare il contratto con una controparte affidabile, e che si valorizzino, in un'ottica collaborativa, le decisioni già assunte da altre Amministrazioni, che abbiano già risolto altri contratti nell'interesse pubblico.

Ciò al duplice fine di evitare che si ripeta l'affidamento di appalti a professionisti inidonei e inaffidabili e di prevenire l'insorgere di (ulteriori) controversie.

Ne consegue che la pronuncia di risoluzione per inadempimento deve rivestire *ex se* una valenza di estrema gravità.

In merito all'importanza che deve assumere l'inadempimento per condurre alla risoluzione giudiziale del contratto, si richiama sia l'art. 1455 c.c. (che richiede una causa di scioglimento del rapporto contrattuale di notevole rilievo), sia l'art. 38, lett. f), del D.Lvo n. 163/2006, disposizione che delinea due possibili valutazioni della stazione appaltante:

- a) l'accertamento "in proprio" di elementi che possono costituire grave errore professionale (partendo cioè dal "fatto");
- b) l'accertamento "*per relationem*", valorizzando decisioni di altre PP.AA., che hanno utilizzato il grave strumento della risoluzione, che, per sua natura (civilmente), non può essere determinata da comportamenti non importanti.

In linea con quanto affermato dalla giurisprudenza civile, in tema di contratti sinallagmatici, alla gravità del rimedio risolutorio deve necessariamente corrispondere, simmetricamente, la gravità dell'inadempimento: infatti, il principio, sancito dall'art. 1455 c.c., va adeguato anche al criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale e la gravità dell'inadempimento di una delle parti contraenti non va commisurata all'entità del danno (che potrebbe anche mancare), ma alla rilevanza della violazione del contratto, desunta dalla volontà manifestata dai contraenti, dalla natura e dalla finalità del rapporto, nonché dal concreto interesse dell'altra parte all'esatta e tempestiva prestazione.

L'ulteriore profilo trattato dal Tar Sardegna riguarda la legittimità/doverosità del soccorso istruttorio dinanzi ad una dichiarazione negativa, diretta a negare l'esistenza di errori gravi, profilo che non è stato risolto in maniera uniforme dalla giurisprudenza e dall'ANAC.

L'interpretazione seguita dal Collegio in ordine al potere integrativo di soccorso istruttorio è

restrittiva nell'ipotesi in cui la parte privata, aspirante affidataria della commessa pubblica, si renda volontariamente responsabile di dichiarazioni "oscuratrici" di fatti e circostanze rilevanti sul piano della costituzione del futuro rapporto contrattuale.

La natura duplice di potere/dovere del soccorso istruttorio (e non di mera facoltà), se ammissibile, esige di definirne i margini con certezza, posto che il principio si correla anche alla "par condicio" fra i diversi partecipanti.

La posizione si intreccia fra due essenziali profili:

-rilevanza dell'omessa dichiarazione di risoluzioni per gravi inadempimenti (con esclusione automatica): in questo caso, occorre valutare se l' "omessa" dichiarazione sia direttamente escludente (parificandola quindi alla "falsa" dichiarazione); o se invece tale posizione possa/debba essere verificata, tramite l'attivazione del soccorso istruttorio.

-possibile (o doverosa) attivazione del "soccorso istruttorio" quando la PA abbia, *aliunde*, acquisito l'informazione che sussisterebbero dei potenziali impedimenti: in quest'ipotesi, l'analisi si concentra sull'attività espletata dall'Amministrazione per verificare/riscontrare uno o più profili di "gravità" nelle risoluzioni pronunciate dalle altre Amministrazioni, quali le risoluzioni per gravi inadempimenti, che si traducono in causa di esclusione dalla gara.

Il Collegio conclude nel senso dell'inapplicabilità del soccorso istruttorio al caso di dichiarazione mendace, perché si configurerebbe come una sostituzione dell'amministrazione nell'adempimento di un obbligo essenziale omesso dalla parte.

Fermo restando che l'intento del legislatore (con il D.L. n. 90/2014) è quello di tutelare l'ammissione e la partecipazione di un maggior numero di partecipanti comunque "idonei" all'esplicazione di un buon servizio e di evitare, quindi, esclusioni per carenze non così rilevanti da implicare una sanzione grave come l'estromissione dalla gara, il Tar Sardegna ammette che in caso di "omissioni" vi sia spazio per il soccorso.

Tuttavia, il limite, per la possibile attivazione del potere integrativo, resta sempre e comunque in caso di riscontro di "falsità" e non di mera "omissione" di dichiarazioni delle risoluzioni precedenti, in quanto la dichiarazione <negativa> è equiparata alla dichiarazione "falsa" e infedele, dovendo la parte consentire alla stazione appaltante la valutazione del precedente professionale negativo.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 190 del 2016, proposto da:

CICLAT TRASPORTI AMBIENTE SOC COOP, rappresentata e difesa dagli avv. Elena Zanni, Antonello Rossi, con domicilio eletto presso Antonello Rossi in Cagliari, Via Ada Negri, N. 32;

contro

COMUNE DI ALGHERO, rappresentato e difeso dall'avv. Vanessa Porqueddu, con domicilio eletto presso avv. Luisa Armandi in Cagliari, Via Cugia N.14;

nei confronti di

AMBIENTE 2.0 SCARL, Consorzio Stabile (AIMERI AMBIENTE Srl, consorziata; PIANETA AMBIENTE Coop Spa mandante), rappresentato e difeso dagli avv. Silvio Pinna, Fabio Elefante, con domicilio eletto presso Silvio Pinna in Cagliari, Via San Lucifero N.65;

per l'annullamento

- della determinazione n. 119 del 2.2.2016, con la quale il Dirigente del Settore IV - Pianificazione, Tutela e Governo del Territorio del Comune di Alghero ha aggiudicato definitivamente ad Ambiente 2.0. S.c.a.r.l. il "Servizio di Raccolta Integrata dei Rifiuti Urbani e Servizi Connessi nel Comune di Alghero" ;

- della determinazione n. 926 del 27.10.2015, adottata dal medesimo Dirigente, concernente l'aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata ;

- dei verbali di gara in seduta pubblica n. 1 del 19.1.2015, n. 2 del 9.2.2015, n. 3 del 18.2.2015 e n. 4 del 30.9.2015 , nella parte in cui hanno disposto l'ammissione alla gara, ovvero non escluso, Ambiente 2.0. S.c.a.r.l.;

- del medesimo verbale n. 4 del 30.9.2015, nella parte in cui dispone l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore della medesima Ambiente 2.0. S.c.a.r.l.;

- dei verbali di seduta riservata n. 13 del 29.5.2015, n.14 del 5.6.2015 e n. 15 del 17.6.2015 , nella parte in cui contribuiscono all'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata;

- della nota del R.u.p. prot. n. 0002619 del 18.1.2016 , con la quale "si è disposta l'archiviazione del procedimento di annullamento in autotutela nonchè l'esercizio del <soccorso istruttorio> ex art. 38, comma 2-bis, del Codice dei Contratti";

- del verbale di audizione del 22.1.2016 ;
- della relazione istruttoria del Rup in data 1.2.2016 , concernente proposta di aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs. n. 163/2006, dell'appalto per il servizio di raccolta integrata dei rifiuti urbani e servizi connessi nel Comune di Alghero ad Ambiente 2.0. S.c.a.r.l.;
- del disciplinare di gara (art.11 - paragrafo A1) ove interpretato nel senso di non richiedere ai concorrenti di indicare i <precedenti inadempimenti contrattuali>, ovvero di lasciare ai medesimi concorrenti la valutazione, ai fini dichiarativi, sulla "rilevanza o meno dell'errore professionale e/o della grave negligenza";
- di ogni atto presupposto, conseguente o, comunque, collegato, con riserva di motivi aggiunti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Alghero e del Consorzio aggiudicatario Ambiente 2.0 Scarl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2016 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Alghero ha indetto una gara per l'affidamento del servizio igiene urbana (per anni 7; base d'asta 58.240.847 globale; annuale 8.320.121) applicando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (70 punti per l'offerta tecnica; 30 per quella economica).

L'attuale gestore del servizio, in proroga, è Aimeri Ambiente, odierna controinteressata (Consorziata di Ambiente 2.0).

Hanno partecipato 9 imprese; sono state valutate 8 proposte tecniche.

A seguito di 6 esclusioni, compiute in applicazione della soglia minima di sbarramento (45 su 70), le imprese in gara sono rimaste in due:

-CICLAT che ha ottenuto una valutazione complessiva finale di 88,57;

-AMBIENTE 2.0 con 94,95.

CICLAT ha impugnato l'aggiudicazione ad Ambiente 2.0, con ricorso notificato e depositato nel marzo 2016, formulando le seguenti censure:

1) AIMERI AMBIENTE, Consorziata di Ambiente 2.0 ed esecutrice del servizio al 91%, <non ha dichiarato> molteplici risoluzioni contrattuali (12) intervenute in più Amministrazioni per "gravi errori professionali" compiuti in servizi analoghi – sussistenza dell'obbligo di dichiarazione esplicita già in fase di partecipazione (domanda) - falsa dichiarazione in ordine alla insussistenza di risoluzioni /gravi errori contrattuali – omessa dichiarazione di sussistenza di gravi errori professionali – avvenute risoluzioni per gravi inadempimenti dell'appaltatore - obbligo di esclusione di AIMERI ex art. 38 comma 1 lett. f) del Codice 163/2006;

violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1 lett. f), del Codice 163/2006 nonché dell'art. 11, paragrafo A1 del Disciplinare (pag. 6) – violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del DPR 445/2000 – conseguimento, con la dichiarazione, di un beneficio non dovuto - dichiarazione negativa compiuta in ordine a risoluzioni di contratti pubblici intervenute e non dichiarate - eccesso di potere per difetto di istruttoria, di motivazione, falsità del presupposto, travisamento dei fatti e sviamento;

2) anche qualora fossero state dichiarate e, quindi, anche se la stazione appaltante le avesse valutate (come in effetti è poi avvenuto, a seguito dell'esercizio del soccorso), le risoluzioni erano un chiaro indice di "inaffidabilità" dell'operatore, in quanto denotavano plurimi inadempimenti e servizi non resi come da contratto, con accumulo di rilevanti debiti, ritardi nei pagamenti dei dipendenti, omessa attivazione del servizio di raccolta differenziata (Grottaferrata), con, anche, 2 annotazioni al Casellario Anac (per Monopoli e Buccinasco) – gravissimi inadempimenti contrattuali confluiti nelle risoluzioni in danno o consensuali – reiterato inadeguato contegno professionale - errata "minimizzazione" dell'incidenza nella valutazione compiuta dal Comune di Alghero– oggettiva insussistenza dell' <elemento fiduciario> a seguito dei giudizi formulati da altre Amministrazioni per gravi negligenze - risoluzioni in danno avvenute in 9 casi su 12 – sufficienza delle valutazioni negative compiute dalla altre Amministrazioni ed attestate formalmente – comunque Aimeri Ambiente non ha il requisito professionale idoneo, come richiesto dall'art. 38 lett. f) Codice 163/2006;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1 lett. i), del Codice 163/2006 - eccesso di potere per difetto di istruttoria, di motivazione, falsità del presupposto, travisamento dei fatti e sviamento – DURC negativo al 1.7.2015 (per l'importo di 1.162.422), come risulta dalla sentenza del Tar Piemonte n. 52 del 20.1.2016 in relazione ad una controversia che coinvolgeva la stessa Aimeri;

4) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 e 46 del Codice 163/2006 - eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza – impossibilità di utilizzo del nuovo "potere istruttorio", a pagamento, da parte del Comune essendovi una dichiarazione "falsa/mendace", non configurabile come una semplice "omessa" dichiarazione, e come tale non emendabile -

difetto di istruttoria, di motivazione, falsità del presupposto, travisamento dei fatti.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Alghero e l'aggiudicataria Ambiente 2.0, sostenendo la piena legittimità dell'articolato procedimento che si è svolto e che si è concluso con l'aggiudicazione ad Ambiente 2.0, dopo l'espletamento della fase di soccorso e di istruttoria con esame approfondito dei documenti che sono stati prodotti in ordine, in particolare, alle 12 risoluzioni intervenute in altri contratti pubblici.

Alla Camera di consiglio del 23.3.2016 la domanda cautelare è stata riunita al merito, con l'accordo delle parti.

Dopo ulteriori scambi di corpose e plurime memorie all'udienza del 25 maggio 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di dover affrontare l'intricata questione che si è posta, anche a causa della tentennante e non univoca interpretazione offerta sia dalla giurisprudenza che dell'ANAC (formatasi, in particolare, in ordine alla definizione dei <margini di ammissibilità> del "nuovo" potere/dovere di soccorso, post DL 90/2014, da parte dell'Amministrazione comunale) esaminando congiuntamente i vizi 1, 2 e 4, strutturalmente collegati, in quanto attinenti a profili che si intrecciano e che svolgono, tutti e tre, in modo coordinato, ruoli congiunti e determinanti in ordine all'esito della controversia.

Il primo vizio (inerente la mancata dichiarazione di Aimeri di molteplici risoluzioni contrattuali -12- intervenute in più Amministrazioni per "errori professionali", da ritenersi non solo omessa ma anche falsa), il secondo (erronea valutazione dei precedenti professionali da parte della stazione appaltante) ed il quarto vizio (attinente l'utilizzo del nuovo "potere istruttorio", a pagamento, da parte del Comune in riferimento ad una dichiarazione "omessa/falsa/mendace") verranno quindi esaminati unitariamente.

1, 2 e 4) Occorre partire, inevitabilmente dalle norme.

Da un lato analizzando come l'obbligo di dichiarazioni di inadempimenti pregressi gravi sia stato strutturato dal legislatore; dall'altro come l'eventuale potere di soccorso possa o meno intervenire per sanare/integrare la dichiarazione compiuta (nel caso di specie del tutto negativa).

La lett. f) dell'art. 38 del Codice 163/2006 dispone l' <esclusione> (vincolante ed automatica) per coloro che "hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

E' indubbio che via sia, in ordine a tale aspetto, la sussistenza di un "obbligo dichiarativo" in capo alle imprese partecipanti in relazione alla propria capacità professionale, esplicitata in altri contratti pubblici, e che deve permettere, nella sua finalità, di ritenere il soggetto "affidabile" e in grado di ottenere l'affidamento di un nuovo (ingente) contratto nonchè di svolgere

adeguatamente e con indubbia capacità il corretto espletamento dei servizi aggiudicati, principali e connessi (attività oggetto del contratto, mezzi adeguati, sufficienti maestranze, trattamento dei dipendenti, puntuali pagamenti in riferimento ai servizi a proprio carico,....) .

La dichiarazione è caratterizzata da una peculiare natura: non ha parametri fissi ed oggettivi predeterminati.

I tre componenti del Consorzio Ambiente 2.0 hanno dichiarato, al punto 19 della domanda (come emerge da doc. n. 8 del Comune, pag. 4), che “l’impresa non ha commesso grave negligenza o malafede nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante, né ha commesso un errore grave nell’esercizio della loro attività professionale (accertabile con qualsiasi mezzo di prova dalla stazione appaltante)”.

Sussisteva un obbligo giuridico finalizzato a consentire all’Amministrazione una indagine sulla tipologia e sulla incidenza sulla moralità professionale delle “situazioni critiche” nelle quali l’appaltatore era incorso con altre Amministrazioni, in relazione all’espletamento di servizi del tutto analoghi.

Il partecipante non poteva, dunque, esimersi dal dichiarare tali importanti “criticità”, cristallizzate in vere e proprie “decisioni risolutive” e di scioglimento del rapporto (ancorchè in alcuni casi non definitive, in quanto contestate) fornendo i dati e gli elementi essenziali per consentire l’indagine e la valutazione da parte del nuovo potenziale appaltante.

Dichiarazioni, quindi, necessarie al fine di esplicitare quel legittimo giudizio di rilevanza e gravità, irrinunciabile per poter affidare serenamente l’ingente appalto ad un operatore “senza macchie” e che fosse in grado effettivamente di garantire (e con valutazione ex ante) l’espletamento di un buon servizio.

Trattasi , in sostanza, di acquisizione delle comuni referenze (non astruse, ma valide comunemente anche nel settore privato), che consentano di “avviare” un nuovo rapporto con tutte le caratteristiche necessarie per qualificare l’operatore affidabile e dotato di tutte le necessarie caratteristiche di professionalità (non solo “minime” , ma di livello).

E tali elementi di professionalità non possono che emergere da una condotta “cristallina”, apprezzabile tramite il riscontro di insussistenza di inadempimenti rilevanti, significativi e gravi nella condotta e nella gestione dei contratti con le altre PP.AA..

Ovviamente non tutti gli eventuali errori commessi possono integrare il riconoscimento dell’errore grave. Quelli minimali e non significativi non possono assumere rilievo escludente.

Occorre quindi valutare <chi> debba compiere la valutazione di rilevanza e di “gravità”.

Non certo l’operatore economico privato che partecipa alla gara e che ha tutto l’interesse ad “oscurare” i propri precedenti negativi, e che, in quella fase, non sono “in mano” e a conoscenza dell’Amministrazione appaltante (non essendo questa parte delle varie procedure, giudizi e controversie), e quindi oggettivamente indisponibili.

Nel “silenzio” dell’aspirante, che compie la dichiarazione negativa di gravi errori professionali compiuti in contratti con altre PP.AA., il Comune appaltante non dispone di nessun dato e, conseguentemente, non può e non ha alcuno spazio e margine per poterli analizzare e valutare.

Ciò crea un indubbio stato di mancata conoscenza del “profilo” professionale dell’aspirante appaltatore, rispetto al quale si profila l’affidamento di un importantissimo servizio per la comunità, e che coinvolge tutti i cittadini residenti e non.

L’operatore economico candidato aspira all’ affidamento di un delicatissimo servizio pubblico (per oltre 58 milioni di euro, spalmati su 7 anni), ma l’appaltante sostanzialmente non conosce la “fedina” amministrativa del partecipante, in ordine alla professionalità pregressa.

La grave mancata acquisizione di elementi essenziali in ordine alla valutazione della professionalità ed alla idoneità del soggetto ad ottenere l’aggiudicazione e a concludere il contratto, priva l’esplicazione di un giudizio sostanziale e tempestivo (cioè in forza dei dati forniti direttamente in domanda di partecipazione).

Infatti, (a prescindere dalla valutazione che poi l’Amministrazione abbia consentito di poter integrare i precedenti, col soccorso istruttorio) l’Amministrazione deve poter disporre <ex ante> della “materia prima” per poter valutare rilevanza, incidenza e gravità della condotta assunta in altri contratti pubblici.

L’acquisizione dei dati (12 <risoluzioni>) è intervenuta solo “grazie” all’intervento degli altri operatori partecipanti che hanno esibito in gara i precedenti negativi di Aimeri.

E già un “sistema” di procedura pubblica contrattuale che non si dota degli strumenti per poter valutare “autonomamente” le posizioni dei concorrenti in gara, aspiranti al contratto, denoterebbe una carenza normativa intollerabile.

Rimettere (sostanzialmente solo) agli altri concorrenti partecipanti l’avvio delle indagini e controlli per consentire la stipula o meno di un buon contratto con un operatore affidabile e all’altezza del compito, significherebbe abdicare alla funzione stessa dell’attività amministrativa e del principio di “autosufficienza”.

La dichiarazione negativa del partecipante è, quindi, già indice di mancata correttezza e violazione del principio di buona fede (sussistendo la norma a monte che ne impone l’obbligo, art. 38, ripreso dal Disciplinare di gara) del partecipante, che, con la sua condotta, ha voluto omettere elementi di estrema importanza, in questo caso oltretutto “diffusi” e, stante il numero, non certo episodici e/o marginali.

La norma del Codice appalti, 38 lett. f, ritiene sufficiente anche “un solo” errore grave; nel nostro caso il compito è oltremodo facilitato in quanto vi è la possibilità di valutare una condotta “complessiva” e che denota, indubbiamente, una diffusa e rilevante litigiosità, con risoluzioni subite e plurimi scioglimenti di rapporti contrattuale, che hanno impedito, oggettivamente, la prosecuzione del rapporto (come previsto negli atti ad evidenza pubblica

posti a monte) e l'esecuzione di servizi di buon livello; oltretutto per gli stessi servizi oggetto del contratto in esame.

E tale "storia" pregressa, e recente, dell'aspirante costituiva, pesantemente, un indice di "non affidabilità".

Se molte Amministrazioni italiane si sono sentite costrette a "liberarsi" dell'operatore economico Aimeri, ritenuto non idoneo ad espletare un servizio di qualità e conforme agli atti precostituiti, appare alquanto inappropriato e sconsigliabile che altra Amministrazione pubblica affidi il proprio servizio.

La disposizione escludente, per sua "ratio", è espressione dell'esigenza di non stipulare nuovi contratti con soggetti non professionalmente validi, proprio per evitare che possa ripetersi l'effettuazione non idonea dei servizi.

Inoltre, mira, anche, ad evitare l'insorgere di nuove ulteriori controversie che costringano, poi, la nuova Amministrazione appaltante ad affrontare lunghe e defatiganti liti amministrative e giudiziarie.

Sotto tale profilo vanno valutate e valorizzate le decisioni già assunte da altre Amministrazioni che hanno appaltato gli stessi servizi (igiene urbana):

nel caso di specie risulta che altre Amministrazioni italiane hanno rinvenuto la sussistenza (non certo maturata con superficialità) dei presupposti per poter/dover dichiarare, nell'interesse pubblico, la risoluzione di molti contratti.

E di tale esercizio di poteri (da parte di altre PP.AA.) deve essere compiuta, in un'ottica collaborativa, una decisa considerazione e "valorizzazione".

Ciò in quanto, da un lato, le decisioni pubbliche altrui, se confluite nella risoluzione e/o interruzione del rapporto, risultano specificamente "procedimentalizzate" e sono intervenute al termine di un iter ben documentato (e presumibilmente "sofferto"); dall'altro, un principio di economia dell'attività amministrativa (da non sottovalutare), deve poter assegnare all'attività compiuta da altre PP.AA., in relazione, lo si sottolinea, alla medesima tipologia di servizi, un valore "aggiunto", significativo, implicando tempi e impegno di risorse della macchina burocratica.

Richiedendo l'attività amministrativa costi e sviluppi temporali rilevanti, non è pensabile che i procedimenti sanzionatori svolti da altre PP.AA. non siano adeguatamente recepiti e valorizzati dall'Amministrazione che ha in corso il procedimento di nuovo affidamento del servizio.

La macchina amministrativa che, nel suo complesso, richiede snellimento, deve poter utilizzare, con una corsia preferenziale, i dati, le procedure e, soprattutto, (quando vi sono) le conclusioni pubbliche già esplicate ed esternate, di cui non può essere ignorata la valenza.

Il Codice 163/2006 ha voluto dare rilevanza agli inadempimenti importanti e già accertati da

altri soggetti pubblici o accertabili con qualsiasi mezzo; cioè ad errori che si sono avverati, ancorchè non siano ancora qualificabili come “definitivi”.

Quando vi sono “risoluzioni” siamo già ad una fase “ulteriore” di riscontro e accertamento, rispetto agli “elementi” sottesi, in quanto non si tratta di valutare solo “fatti”, ma in riferimento a tali fatti risultano “maturate” anche decisioni sanzionatorie, interruttrive del rapporto.

Vi sono, cioè, le valutazioni, di altre PP.AA., che ne hanno decretato la conclusione più grave:

la risoluzione e/o scioglimento del rapporto, ritenendo non più sussistenti le condizioni per poter proseguire nel servizio.

E l’esistenza di tale conclusione giuridica si pone oltre al “fatto concreto” che l’ha causata, risultando sotto tale profilo già “accertata”.

Diverso è il caso dell’inadempimento ancora in corso, con rapporto perdurante, rispetto al quale l’Amministrazione appaltante deve compiere una autonoma valutazione/accertamento.

Quando vi sia stata la pronuncia di risoluzioni per inadempimenti il riscontro assume, ex se, valenza di estrema gravità:

aver decretato il venir meno del rapporto, nel nostro caso per 12 volte, ritenuto non procrastinabile a causa dei comportamenti/inadempimenti del privato operatore e gestore del servizio, consente di valutare come profondamente inadeguate e non soddisfacenti le prestazioni, tanto da non poter tollerare la prosecuzione del contratto .

Nel caso di Aimeri, infatti, sono state pronunciate da ben 12 Amministrazioni le “risoluzioni” di altrettanti contratti.

Ci troviamo, cioè, come segnalato, in una fase già “avanzata” di accertamento dei comportamenti e degli inadempimenti commessi.

In ordine alla “gravità” degli errori compiuti (che la norma, 38 f, vuole come presupposto) occorre fare un cenno alla <qualificazione giuridica> dell’istituto della “risoluzione”, avendo questo profilo un carattere di grande rilievo ai fini del nostro iter interpretativo, favorevole all’obbligo di dichiarazione di queste risoluzioni.

E necessariamente occorre “incrociare” le norme amministrative con quelle civilistiche.

La pronuncia della <risoluzione contrattuale> presuppone, indubbiamente, il riscontro di un importante inadempimento, e ciò alla luce dell’ art. 1455 del codice civile riferito proprio all’ “importanza dell’inadempimento”.

Tale norma, infatti, consente di risolvere il contratto solo in determinati casi, che abbiano una significativa rilevanza nell’ambito del rapporto.

La disposizione civilistica dispone che:

“Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra”.

Nella risoluzione si rinviene quindi, “in re ipsa”, una (necessaria) causa dello scioglimento del contratto denotata da un considerevole rilievo.

Deve trattarsi, secondo il codice civile, di causa/inadempimento non marginali o secondari.

In sostanza la possibilità di avvalersi della risoluzione deve caratterizzarsi per “importanza” nell’economia del rapporto, sotto il profilo qualitativo e/o quantitativo.

E la norma del Codice appalti (art. 38) non richiede (come in altri casi invece ha prescritto, nell’ambito della medesima norma, c-g-i), su questo punto (lett. f) la definitività. E’ quindi compatibile che vi possano esservi contestazioni sulla risoluzione, ma in tal caso, comunque, la sua esistenza resta idonea a determinare la mancata stipula del contratto e l’esclusione dalla gara.

Due quindi sono le possibili valutazioni da parte della (nuova) stazione appaltante, in relazione all’art. 38 lett. f):

a) accertamento “in proprio” di elementi che possono costituire grave errore professionale (partendo cioè dal “fatto”);

b) anche “per relationem”, valorizzando decisioni di altre PP.AA., quando si rinvergono una, o più, pronunzie di “altre” stazioni appaltanti, che hanno “acclarato e accertato” la sussistenza di comportamento/i idonei ad assumere il grave strumento della risoluzione, che, per sua natura (civilmente), non può essere determinata da comportamenti non importanti.

Nel caso di specie gli inadempimenti risultano accertati (da altre stazioni appaltanti) e sono confluiti nel rimedio più grave della sorte del contratto (interruzione del rapporto).

Trattasi di 12 risoluzioni che rappresentano, oggettivamente, pesanti “precedenti” gravanti sull’aspirante Aimeri.

Presupposto della risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento è la sua gravità; e per stabilire se l’inadempimento è grave va valutato il comportamento di entrambe le parti nel quadro generale dell’esecuzione del contratto, e l’interesse che ha la parte all’esatto adempimento dell’obbligo contrattuale.

In tema di contratti, il principio, sancito dall’art. 1455 c.c., secondo cui il contratto non può essere risolto se l’inadempimento ha scarsa importanza in relazione all’interesse dell’altra parte, va adeguato anche ad un criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale. Pertanto, la gravità dell’inadempimento di una delle parti contraenti non va commisurata all’entità del danno, che potrebbe anche mancare, ma alla rilevanza della violazione del

contratto con riferimento alla volontà manifestata dai contraenti, alla natura e alla finalità del rapporto, nonché al concreto interesse dell'altra parte all'esatta e tempestiva prestazione (cfr. Corte di Cassazione n. 15363/2010).

E, come si sa, nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto (1453 c.c.)

Data la gravità del rimedio risolutorio, questo opera solo se l'inadempimento è, parimenti, grave.

L'inadempienza dalla quale può scaturire la risoluzione deve riferirsi ad obbligazioni che abbiano <rilevanza notevole> nell'economia del rapporto, avuto riguardo all'interesse dell'altra parte quale risulta dall'interpretazione del contratto. La sanzione dello scioglimento del contratto va ricondotta alla regola di proporzionalità, che non considera rilevante l'inadempienza ad obbligazioni qualificabili come accessorie.

Illuminante, in materia, è (evidentemente ai soli fini di connotazione di contorno, significativa, benchè non direttamente applicabile) la corrispondente definizione fornita dal nuovo Codice appalti, per la specifica causa di esclusione (art. 80, comma 5, lett. c):

“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. 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”.

In sostanza, nel nostro caso, per più ragioni sussisteva l'obbligo della parte privata alla dichiarazione delle risoluzioni di contratti stipulati con altre P.A, che erano intervenute e che dovevano esser offerte in visione al Comune, al fine di valutare rilevanza, incidenza, gravità.

Non poteva attribuirsi all'operatore la scelta su cosa dichiarare e cosa no, in relazione ad un proprio (e decisamente “di parte”) giudizio di gravità.

Il vaglio preventivo (di gravità) non poteva essere affidato all'interessato, come in effetti è accaduto in questo caso, ove la società ha ritenuto di compiere una dichiarazione “negativa” ritenendo (nella propria sfera di giudizio, che certo non poteva coincidere con quella dell'Amministrazione) che nessuna risoluzione denotava gravi errori/incapacità professionale.

Pur essendo connotata da elementi non vincolanti e unitari, la caratterizzazione “soggettiva” (in termini di rilevanza e gravità), doveva essere, specie in relazione alla tipologia analoga dei

contratti, affidata unicamente alla (nuova) stazione appaltante, la quale avrebbe dovuto disporre degli elementi essenziali per compiere l'analisi della professionalità pregressa dell'operatore. E questi avrebbero dovuto essere forniti dall'impresa già in sede di domanda di partecipazione, in applicazione della norma speciale (38 f) e del principio generale della buona fede che governa i rapporti contrattuali e precontrattuali (pena il mendacio).

Non avendo dichiarato i precedenti il Comune non è stato tempestivamente posto in grado di esaminarli.

Con grave distorsione del sistema valutativo in ordine alla selezione del futuro operatore, affidatario del servizio.

Avendo l'impresa tenuto nascosti (non dichiarandoli) gli elementi per valutare la correttezza professionale nell'esercizio dell'attività, in servizi analoghi, in favore di altre Amministrazioni, il Comune ha proseguito il procedimento (sulla base del contenuto della domanda di partecipazione).

Tale comportamento integra la "falsa dichiarazione". E sul punto si è pronunciato specificamente il Consiglio di Stato, con una recentissima pronuncia riferita proprio ad Ambiente 2.0-Aimeri (C.S., V, 26.2.2016 n. 802; che conferma Tar Calabria-Catanzaro II 803 8.5.2015), in relazione alle medesime "risoluzioni" oggetto della presente decisione.

L'attinenza del precedente giurisprudenziale è quindi totale ed il Collegio condivide tale impostazione, fondata sulla buona fede nei rapporti con la Pubblica Amministrazione.

In definitiva Aimeri avrebbe dovuto compiere la dichiarazione (multipla) in modo da consentire la valutazione da parte del Comune (di incidenza, rilevanza e gravità).

Certo non si ignora che sussisteva un panorama variegato di decisioni amministrative (anche ANAC) e di pronunzie giurisprudenziali, puntuali e di contrario avviso, in materia di definizione e qualificazione della "gravità" ai fini dell'obbligo di dichiarazione nonché di possibilità di applicazione del potere di soccorso.

Ma, a maggior ragione, Aimeri vi era tenuta, posto che la sua situazione non si riferiva ad un "unico" inadempimento (peraltro, se grave, già sufficiente a decretarne l'esclusione) avendo una situazione connotata da pesanti criticità, diffusa e carente in relazione a molti contratti pubblici, con i conseguenti effetti sul piano dichiarativo, qualora intendesse ottenere un nuovo ingentissimo contratto.

Cosa che non ha fatto, incorrendo così nell'esclusione di legge per avere reso una dichiarazione "non veritiera": dichiarazione di non aver precedenti gravi inadempimenti professionali.

A questo punto occorre però, per completezza, esaminare l'altro aspetto direttamente

connaturato, inerente l'ulteriore fase che il Comune ha esplicitato in applicazione del "soccorso istruttorio".

Va approfondita la legittimità/doverosità di tale iniziativa (ovviamente sollecitata dai controinteressati in gara) in ordine alla sollecitazione della produzione della documentazione concernente le risoluzioni, nonostante l'effettuata <dichiarazione negativa> di errori gravi; nonché la correttezza dell'analisi compiuta (positiva in favore di Aimeri dal Comune di Alghero) in ordine alla tipologia delle diverse risoluzioni nonché alle cause (esterne) che avrebbero contribuito a determinarle; risoluzioni che sono state ritenute in parte non addebitabili all'appaltatore, con qualificazione, in definitiva, come inadempimenti "non gravi", con conseguente ammissione alla gara e relativa aggiudicazione.

Inizialmente il RUP riteneva di avviare, nel dicembre 2015, il procedimento di autotutela, annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, in quanto riteneva che l'omissione della dichiarazione di risoluzioni contrattuali, non fosse suscettibile di soccorso istruttorio, e non consentisse al partecipante-aggiudicatario provvisorio di rimanere in gara.

Però, acquisite dettagliate controdeduzioni dalla parte, ha deciso, nel gennaio 2016, di archiviare il procedimento di ritiro dell'aggiudicazione provvisoria, chiedendo all'impresa di depositare la documentazione necessaria per valutare, in concreto, la gravità delle 12 risoluzioni.

Il Comune dopo aver valutato dettagliatamente tutte le risoluzioni documentate, non ritenendole influenti, ha aggiudicato definitivamente l'appalto al Consorzio Ambiente 2.0 (consorziata Aimeri), applicando la sanzione pecuniaria per aver dovuto attivare il potere di soccorso, stante la dichiarazione negativa nella domanda di partecipazione.

Dunque, in una prima fase, il Comune, a fronte delle rinvenute risoluzioni (su segnalazione degli altri partecipanti, in particolare la ricorrente) aveva, correttamente, avviato la fase di "autoannullamento".

Poi l'Amministrazione è stata, per così dire, "depistata" da giurisprudenza ampliativa e da un parere ANAC (orientamento che questo Collegio non condivide), che ammetteva il soccorso istruttorio in caso di dichiarazione negativa, tesi poi smentita da pronunzie più recenti (cfr. CS 1412 del 11.4.2016, specifica proprio per lo stesso caso Aimeri-Comune di Catanzaro).

Il Comune ha ritenuto così di poter/dover attivare il "soccorso istruttorio" per acquisire il "materiale" necessario per compiere la valutazione della sussistenza o meno del profilo di "gravità" negli errori professionali compiuti; ritenendo di dover analizzare e valutare le pronunzie risolutive adottate dalle altre Amministrazioni.

Per quanto concerne lo <spazio> riservato all'eventuale potere/dovere di soccorso istruttorio "a pagamento", nella sua nuova conformazione ampliativa, come da novella del DL 90/2014, ed esercitato dal Comune, acquisendo gli atti riferiti alle 12 risoluzioni/scioglimenti del vincolo contrattuale, il Collegio ritiene che tale <ampliamento> nella valutazione della sfera di professionalità dell'operatore non fosse ammissibile (in costanza di omessa dichiarazione

delle risoluzioni-dichiarazione negativa di errori gravi).

Sebbene il panorama sul punto sia stato connotato da giudizi e pareri (giurisprudenza e ANAC) ondivaghi e contrastanti, proprio in relazione all'ambito del nuovo ampliato istituto, si ritiene di dover esprimere una interpretazione restrittiva (in ordine al potere integrativo di soccorso) quando la parte privata aspirante al contratto si sia resa responsabile, volontariamente, di dichiarazioni "oscuratrici" di fatti e circostanze rilevanti sul piano della costituzione del futuro rapporto contrattuale.

Non occorre scomodare il distinguo fra "tesi sostanzialistica e tesi formalista", in quanto l'impresa compiendo una dichiarazione di "assenza di precedenti gravi" ha voluto apparire pienamente idonea a svolgere il servizio. Servizio rispetto al quale, in altre realtà, erano invece affiorati elementi critici, tanto rilevanti da determinati risoluzioni/interruzioni del rapporti contrattuali.

E' oggettivo che si erano concretizzati situazioni estremamente significative e gravi, tali da determinare il venir meno dei rapporti.

Ogni eventuale "giustificazione" (semmai necessariamente formulata in via preventiva), avrebbe potuto "accompagnare" la dichiarazione "positiva", in sede di domanda di partecipazione, dell'operatore economico in ordine alla sussistenza di precedenti (risoluzioni – scioglimenti contrattuali) , contemplando e fornendo, necessariamente, tutti dati e gli atti compiuti dalle Amministrazioni coinvolte.

Se fosse lasciata alla parte privata la libera "valutazione di rilevanza", l'Amministrazione si dovrebbe impegnare (inevitabilmente) a "ricercare" autonomamente situazioni escludenti (non solo con difficoltà, ma con vera e propria impossibilità in concreto), o acquisire (come in effetti qui è avvenuto) incidentalmente gli elementi potenzialmente impeditivi da parte di altri soggetti coinvolti nella procedura e che hanno ovviamente interesse a ricercare (e scovare), con canali propri, la sussistenza di <errori gravi> in generale ("genus", di cui le risoluzioni contrattuali fanno parte, come fattispecie particolare, aventi una caratterizzazione, per così dire, già "formata", in termini di "accertamento").

Occorre infatti non dimenticare che il soccorso istruttorio, se ammissibile, non è solo un "potere", ma determina l'insorgenza di un "dovere" da parte dell'Amministrazione; non costituisce cioè una mera facoltà.

Nello stesso tempo i margini di questo potere/dovere vanno definiti con certezza posto che il principio si correla anche alla "par condicio" fra i diversi partecipanti, esigenza irrinunciabile del sistema di selezione pubblica.

Costituisce, dunque, un elemento di estrema delicatezza nello sviluppo della procedura.

La posizione si intreccia fra due essenziali profili:

-rilevanza dell'omessa dichiarazione di risoluzioni per gravi inadempimenti (con esclusione

automatica);

-possibile (o doverosa) attivazione del “soccorso istruttorio” quando la PA abbia, aliunde, acquisito l’informazione che sussisterebbero dei potenziali impedimenti (nel caso di specie risoluzioni, da parte di soggetti controinteressati, già pronunziate da altre Amministrazioni).

Nel primo caso occorre valutare se l’ “omessa” dichiarazione sia direttamente escludente (parificandola quindi alla “falsa” dichiarazione); o se invece tale posizione possa/debba essere verificata, tramite l’attivazione del soccorso istruttorio.

Nel secondo caso l’ analisi si concentra sull’attività espletata dall’Amministrazione al fine di verificare/riscontrare uno o più profili di “gravità” nelle risoluzioni pronunziate da altre Amministrazioni, diverse rispetto a quella appaltante.

Il riscontro di fatti gravi (risoluzioni “per gravi inadempimenti” nei confronti di altre PP.AA.) divengono causa di esclusione dalla gara (in sede di verifica dei requisiti professionali, richiesti dal legislatore e dal bando stesso).

L’Amministrazione, in questo caso, dopo aver inizialmente ritenuto di orientarsi per l’esclusione di Aimeri, approfondita la tematica, ha ritenuto di dover ammettere il soccorso istruttorio.

Ciò sulla base della considerazione che mentre alcune dichiarazioni dell’art. 38 avrebbero una certezza ed oggettività (ad es. sussistenza di precedenti penali), mentre altre, come quella oggi in discussione, sono caratterizzate da “soggettività” (errori gravi compiuti) e non sarebbero valutabili con chiarezza a priori.

Gli errori rilevanti, in termini escludenti, sono quelli connotati da “gravità” (non ogni tipo di errore commesso determina l’esclusione).

Il Collegio ritiene che il potere istruttorio non poteva essere attivato, in quanto qui si configura come una forma di “sostituzione” di un obbligo essenziale omesso dalla parte.

E’ vero che non è più applicabile la vecchia logica che connotava il previgente potere di soccorso, finalizzata ad acquisire solo eventuali ulteriori elementi ricostruttivi e chiarificatori; mentre non erano ammesse integrazioni di carenze sostanziali.

Diversamente oggi con la novella introdotta in materia dal DL 90/2014 l’ambito è stato molto esteso, applicando la possibilità di <apportare> in senso proprio nuovi “elementi e dichiarazioni” (prima non prodotti), in modo da evitare che vengano attuate (questo è l’intento del legislatore) esclusioni per carenze ritenute (benchè essenziali) non così rilevanti da giustificare la sanzione escludente; e ciò a tutela dell’ammissione e della partecipazione di un maggior numero di partecipanti comunque “idonei” all’esplicazione di un buon servizio.

Dunque in caso di “omissioni” vi è spazio per il soccorso; ma il limite, per la possibile attivazione del potere integrativo, resta sempre e comunque in caso di riscontro di “falsità” e

non di mera “omissione” di dichiarazioni.

Ne consegue l'impossibilità di attivazione del soccorso istruttorio, anche nella nuova versione (introdotta dall'art. 39 comma 1 DL 90/2014) in caso di “omessa” dichiarazione delle risoluzioni gravi (cfr. CS 11.4.2016 n. 1412 oltretutto controversia riferita proprio alla stessa società Aimeri e alle medesime risoluzioni impeditive), in quanto la dichiarazione <negativa> va assimilata alla dichiarazione “falsa” e infedele, dovendo la parte consentire, come si è già osservato, alla stazione appaltante la valutazione del precedente professionale negativo.

Dunque in caso di dichiarazione mendace (come quella che è rinvenibile nella fattispecie) non è applicabile il soccorso istruttorio.

Ci si discosta, quindi, dall'orientamento (allora diffuso), a cui il Comune ha aderito, espresso da parere ANAC 15.7.2015; C.S., IV, 2589 del 25.5.2015; Tar Campania Salerno 1066/2015; Tar FVG 571/2015.

La sussistenza di 12 risoluzioni (ancorchè differenziate fra loro, sia per tipologia che per cause) implicano e rappresentano la sussistenza di inadempimenti rilevanti e, come tali, significativi ai fini dell'individuazione della non idonea professionalità del soggetto. Con conseguente obbligo di dichiarazione, pena la carenza di un passaggio essenziale del sistema, posto che la richiesta istruttoria implica, quanto meno, la conoscenza dell' esistenza di vizi/errori.

In definitiva occorre, come si è già evidenziato, <valorizzare> i giudizi delle altre Amministrazioni, anche per rendere il procedimento più snello; celerità che costituisce un valore che deve essere anch'esso considerato, al pari della tutela del concorrente.

L'obiettivo che l'Amministrazione deve perseguire è e resta comunque l'attenzione prima per consentire la nascita di un buon contratto di lunga durata (7 anni, per ingenti corrispettivi, oltre 58 milioni), con un soggetto pienamente affidabile e capace.

Il sistema di selezione del contraente deve garantire il valore della “stabilità” e del buon livello delle prestazioni . La nascita del rapporto deve essere caratterizzata da alta professionalità e da una organizzazione strutturale ed economica di livello tale da soddisfare le diverse prestazioni.

Non solo, quindi, il quadro progettuale proposto ha rilievo (in sede di offerta economicamente più vantaggiosa, quindi prospettata come attuazione futura), ma devono sussistere le capacità in concreto e riferite al passato, come emergono dai rapporti costituiti con altre Pubbliche Amministrazioni.

Le procedure impegnative e articolate devono determinare la selezione del concorrente maggiormente titolato, con doverosa analisi e riscontro di tutti i requisiti, primi fra tutti la professionalità, la fiducia e l'affidabilità.

L'Amministrazione non poteva, dunque, recepire acriticamente quanto falsamente dichiarato

da Aimeri.

Oltretutto il riscontro e la sussistenza di diffusi e reiterati inadempimenti contrattuali, sintomatici di errori professionali molto significativi e qualificabili come importanti e gravi, emergenti dai rapporti contrattuali in materia di servizi di igiene urbana che erano stati costituiti, assumevano rilievo fondamentale e “freno” nell’ammissione e nella costituzione di un nuovo rapporto, “debole” fin dal suo sorgere.

Conclusivamente Aimeri-Ambiente 2.0 andava esclusa dalla gara sia per l’omessa dichiarazione, sia per la sussistenza, in concreto, di elementi acquisiti che integrano l’ipotesi escludente di cui all’art. 38 lett. f) del Codice 163/2006; elementi esibiti, solo in una seconda fase, in applicazione impropria del potere di soccorso.

Si ritiene, comunque , di analizzare, al fine di valutare comunque tutte le questioni controverse, anche il profilo inerente le valutazioni compiute dal Comune sulle risoluzioni di Aimeri con altre PP.AA..

Dopo l’ esplicazione della fase di soccorso istruttorio, acquisiti gli atti e le “difese” del privato, il Comune ha ritenuto che i precedenti non delineassero, nel loro complesso, una condotta grave dell’operatore.

Nel caso di specie il Comune ha ritenuto, nel merito, che delle 12 risoluzioni solo 3 rientrerebbero propriamente nella categorie delle risoluzioni per inadempimento , e di queste, oltretutto, 2 sarebbero in contestazione (Comune di San Cesareo e Joniambiente; non così per AAMPS).

Tutte le altre si caratterizzerebbero in modo diverso (risoluzioni consensuali, accordi bonari, scioglimenti consensuali del vincolo contrattuale) e come tali non potrebbero essere considerate rilevanti (in termini escludenti) ai fini dell’affidamento del nuovo appalto.

Inoltre solamente 2 risoluzioni erano state oggetto di iscrizione Casellario Anac.

In particolare il Comune considerava come rilevanti una serie di elementi:

-AAMPS di Livorno aveva un debito di 640.766, ammessa poi nel marzo 2016 a concordato preventivo in continuità aziendale; la risoluzione del contratto prevedeva una penalità di soli 4.000 euro per Aimeri;

-S. Cesareo risoluzione per inadempimento contestata civilmente, con anche denuncia penale;

-Joniambiente , procedimento pendente con azione di imputabilità dell’inadempimento all’Amministrazione;

-5 transazioni consensuali onerose per le stazioni appaltanti (con arrotondamenti): Comune di

Guidonia Montecelio (27.000), Grottaferrata (800.000), Iren Emilia/Enia Parma (966.000), Monopoli, Buccinasco;

-3 risoluzioni fin dall'origine consensuali (Comune di Carpiano, Castellanza, Unione dei Comuni della Lunigiana);

-Comune di Buddusò risoluzione anticipata richiesta dalla capogruppo per eccessiva antieconomicità .

La valutazione che in concreto è stata compiuta dall'Amministrazione si è conclusa in termini di "non gravità", <giustificando>, con motivazioni diverse e dettagliate (in adesione al concorrente), il venir meno dei rapporti (congiuntura economica avversa, mancati pagamenti da parte delle stesse Amministrazioni, inadempimenti lievi).

L'operatore, in sostanza, è stato ritenuto affidabile anche in presenza delle risoluzioni, per riscontrata insussistenza di gravi errori.

Inoltre sia l'aggiudicataria che il Comune attestano che gli importi oggetto dei contratti risolti rappresenterebbero solo una percentuale minima rispetto al fatturato globale dell'impresa.

In sintesi le pendenze implicherebbero un quadro complessivo di reciproca debenza di somme e reciproche richieste di pagamento fra le parti; il che non consentirebbe di "addebitare" alla parte privata la risoluzione dei contratti, per inadempimenti gravi.

Ma va sottolineato che, per molti casi, il mancato pagamento da parte dei Comuni all'operatore (che Aimeri ritiene essere stata la causa principale delle risoluzioni) erano, in realtà, la conseguenza degli inadempimenti contestati.

Dal complesso delle risoluzioni emerge che Aimeri sostanzialmente non è stata in grado di svolgere un buon servizio, determinando un ampio ed articolato contenzioso (anche con 3 iscrizioni al Casellario informatico), con cessazione di molteplici rapporti di gestione del medesimo servizio posto in gara (solo alcune sub iudice , molte altre no).

L'esclusione di Ambiente 2.0.Aimeri andava pronunciata , con annullamento dell'aggiudicazione decretata in suo favore.

Con l'annullamento dell'aggiudicazione (e dell'ammissione) in favore di Ambiente 2.0 l'ulteriore censura di esclusione formulata in merito al DURC negativo (peraltro non riferito a questa gara -dato emerso da sentenza Tar Piemonte 52/2016, impugnata in CS) non assume più rilievo e può essere assorbita.

Opportuna è comunque una breve considerazione:

i due DURC acquisiti in questa gara, regolari e insindacabili, del 30.7.2015 e del 27.11.2015,

rappresentavano un dato sufficiente per ritenere in regola l'aggiudicataria (irrilevante era il DURC citato nella sentenza del Tar Piemonte n. 52/2016, riferito al 1.7.2015).

Il DURC, infatti, è una certificazione di scienza, assistita da pubblica fede, fino a querela di falso, insindacabile e riferita ad una rapporto obbligatorio sotteso di debito/credito, concernente posizioni di diritto soggettivo (riservate al giudice ordinario, nell'ambito del rapporto contributivo previdenziale).

Oltretutto nel sistema attuale dei DURC, non è possibile acquisire un DURC "storico", con conseguente impossibilità di vagliare la questione posta con la sentenza Tar Piemonte (di cui non era parte il Comune di Alghero, quindi con evidente mancata conoscenza/conoscibilità dei relativi atti processuali), peraltro impugnata in appello, ed esibita nel procedimento dalle parti controinteressate che miravano all'esclusione di Aimeri.

Presumibilmente la differenziazione emersa era connessa ad una questione di sussistenza di un credito (in particolare credito verso l'erario a favore di Aimeri) che avrebbe dovuto condurre ad un DURC positivo ex art. 13 bis DL 52/2012 conv. L. 94/2012.

Tale profilo sarebbe dunque risultato irrilevante (per questo aspetto l'ammissione era regolare).

In conclusione, in accoglimento del ricorso CICLAT, l'ammissione e l'aggiudicazione di AMBIENTE 2.0-AIMERI AMBIENTE vanno annullate.

Si dispone la trasmissione della presente pronunzia ad ANAC ai fini dell'attivazione del procedimento, ex art. 38 1 ter 163/2006 e art. 80 comma 12 del nuovo Codice 50/2016, di iscrizione al Casellario.

Le spese e gli onorari di giudizio, specie in considerazione della incertezza giurisprudenziale sussistente in ordine alle questioni controverse, possono essere integralmente compensati fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di Ambiente 2.0-Aimeri Ambiente.

Spese compensate.

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



Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2016