

Requisiti di partecipazione e facoltà di scelta

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 1-3-2017

La mancanza di tipizzazione da parte dell'ordinamento delle fattispecie rilevanti, non attribuisce alcun filtro sugli episodi di "errore grave" all'impresa partecipante, la quale è tenuta a portare a conoscenza della stazione appaltante ogni episodio di risoluzione o rescissione contrattuale anche non giudiziale, quand'anche transatto, essendo rimessa alla stazione appaltante la valutazione in relazione al nuovo appalto da affidare.

Pertanto, non sussiste per l'impresa partecipante ad una gara la facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo al contrario l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, spettando alla stazione appaltante il momento valutativo.

Ne consegue che non sussiste alcuna discrezionalità o filtro valutativo del dichiarante il quale è tenuto a portare a conoscenza della stazione appaltante di tutti gli episodi relativi a risoluzioni o rescissioni intervenute nei rapporti contrattuali con Pubbliche Amministrazioni.

La mancanza di tipizzazione da parte dell'ordinamento delle fattispecie rilevanti, non attribuisce alcun filtro sugli episodi di "errore grave" all'impresa partecipante, la quale è tenuta a portare a conoscenza della stazione appaltante ogni episodio di risoluzione o rescissione contrattuale anche non giudiziale, quand'anche transatto, essendo rimessa alla stazione appaltante la valutazione in relazione al nuovo appalto da affidare.

Pertanto, non sussiste per l'impresa partecipante ad una gara la facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo al contrario l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, spettando alla stazione appaltante il momento valutativo.

Ne consegue che non sussiste alcuna discrezionalità o filtro valutativo del dichiarante il quale è tenuto a portare a conoscenza della stazione appaltante di tutti gli episodi relativi a risoluzioni o rescissioni intervenute nei rapporti contrattuali con Pubbliche Amministrazioni.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5899 del 2016, proposto da:

Ambiente 2.0 Scarl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Elefante C.F. LFNFBA74C26H703E e Silvio Pinna C.F. PNNSLV62T22B354J, con domicilio eletto presso Fabio Elefante in Roma, via dei Due Macelli, 66;

contro

Ciclat Trasporti Soc Coop, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Elena Zanni C.F. ZNNLNE62M69H223S e Antonello Rossi C.F. RSSNNL67D03G113C, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

nei confronti di

Comune di Alghero, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Costantino Tassarolo C.F. TSSCTN39B16H501V, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Cola di Rienzo, 271;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I n. 00529/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di raccolta integrata dei rifiuti urbani e servizi connessi nel comune di Alghero.

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sez. I, con la sentenza 25 giugno 2016, n. 529, ha accolto il ricorso proposto dall'attuale parte appellata Ciclat Trasporti Ambiente Soc. Coop, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore dell'attuale appellante Ambiente 2.0-Aimeri Ambiente.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- I tre componenti del Consorzio Ambiente 2.0 hanno dichiarato, al punto 19 della domanda, 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”;

- 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 (ancorché 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;

- 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, art. 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 contrattuali, che hanno impedito, oggettivamente, la prosecuzione del rapporto e l'esecuzione di servizi di buon livello; oltretutto per gli stessi servizi oggetto del contratto in esame;

- 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 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;

- 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”;

- Il potere istruttorio non poteva essere attivato, in quanto qui si configura come una forma di “sostituzione” di un obbligo essenziale omesso dalla parte;
- La sussistenza di 12 risoluzioni (ancorché 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;
- 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 non assume più rilievo e può essere assorbita.

L’appellante contestava la sentenza del TAR, deducendone l’erroneità per i seguenti motivi:

- Violazione di legge per falsa applicazione dell’art. 38, lett. e), d.lgs. n. 163-2006;
- Violazione di legge per falsa applicazione dell’art. 38, comma 2-bis, e dell’art. 46, comma 1-ter, d.lgs. n. 163-2006;
- Violazione di legge per falsa applicazione dell’art. 45 della Direttiva CE 2004-14

Con l’appello in esame chiedeva, quindi, la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva la parte controinteressata chiedendo la reiezione dell’appello.

Si costituiva anche il Comune convenuto chiedendo l’accoglimento dell’appello.

All’udienza pubblica del 16 febbraio 2017 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Osserva il Collegio, preliminarmente, che questo Consiglio (ex multis, sentenza del 5 ottobre 2016, n. 4108 e del 3 febbraio 2016, n. 404) ha ribadito che il mancato cenno alle risoluzioni contrattuali disposte è una ragione autonoma per disporre l’esclusione dell’appellante dalla

procedura, poiché il combinato disposto della lett. d) del primo comma dell'art. 38 con il comma secondo del medesimo art. 38 milita nel senso dell'obbligatorietà per i concorrenti di dichiarare a pena di esclusione la sussistenza di tutti i propri precedenti professionali dai quali la stazione appaltante può discrezionalmente desumere la loro inaffidabilità.

Pertanto, questo Consiglio ha già affermato che la dichiarazione mendace su di un requisito di importanza vitale non poteva che comportare l'esclusione della concorrente la quale, celando tale importante precedente, si è così posta al di fuori della disciplina della gara con l'impedire alla stazione appaltante un'indagine adeguata e a tutto campo.

Le conclusioni del giudice di primo grado sono in linea con tale giurisprudenza, da considerarsi assolutamente prevalente.

Inoltre, la falsa dichiarazione resa su un dato sconosciuto alla P.A., come nel caso di specie, impedisce il c.d. soccorso istruttorio, anche nella versione post D.L. n. 90-2014, posto che la dichiarazione contestata non può ritenersi incompleta, ma contrastante con un dato reale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3375).

In una simile ipotesi, quindi, si attiva il disposto dell'art. 75, d.P.R. n. 445-2000, mentre non può operare il soccorso istruttorio dal momento che non è contestata la mancanza o l'incompletezza della dichiarazione, ma l'aver reso dichiarazione non veritiera.

Infatti, la circostanza che la disposizione dell'art. 38 in esame stabilisca che la Stazione Appaltante possa accertare "con qualunque mezzo" l'errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale se rimette alla discrezionalità dell'Amministrazione la valutazione circa l'inaffidabilità dell'impresa attribuendo alla stazione appaltante la facoltà di valutare in rapporto alle esigenze del contratto che si andrà a stipulare, l'effettiva valenza dell'errore professionale precedentemente commesso dall'impresa, implica l'obbligo di dichiarazione da parte dell'impresa partecipante degli errori commessi nell'esercizio dell'attività professionale.

In tale prospettiva viene in evidenza che la ratio della norma risiede nell'esigenza di assicurare l'affidabilità di chi si propone quale contraente, requisito che si ritiene effettivamente garantito solo se si allarga il panorama delle informazioni, comprendendo anche le evenienze patologiche contestate da altri committenti.

In tale contesto, la mancanza di tipizzazione da parte dell'ordinamento delle fattispecie rilevanti, non attribuisce alcun filtro sugli episodi di "errore grave" all'impresa partecipante, la quale è tenuta a portare a conoscenza della stazione appaltante ogni episodio di risoluzione o rescissione contrattuale anche non giudiziale, quand'anche transatto, essendo rimessa alla stazione appaltante la valutazione in relazione al nuovo appalto da affidare.

Pertanto, non sussiste per l'impresa partecipante ad una gara la facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo al contrario l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, spettando alla stazione appaltante il momento valutativo.

Ne consegue che non sussiste alcuna discrezionalità o filtro valutativo del dichiarante il quale è

tenuto a portare a conoscenza della stazione appaltante di tutti gli episodi relativi a risoluzioni o rescissioni intervenute nei rapporti contrattuali con Pubbliche Amministrazioni.

Ma anche a prescindere dall'adesione di questo Collegio alla tesi della soccorribilità dell'eventuale dichiarazione che, come nella specie, non contenga alcun riferimento a pregresse risoluzioni contrattuali, si deve comunque evidenziare, che il numero e la tipologia di risoluzioni cui è incorsa l'attuale appellante in tempi recenti rendono evidente e lampante la sua inaffidabilità e, per conseguenza, manifestamente irragionevole il giudizio di ammissione effettuato dall'Amministrazione.

2. Sotto il profilo da ultimo evidenziato, nessuna violazione dei limiti del sindacato giurisdizionale, può attribuirsi al TAR, che anzi ha fatto buon uso del proprio potere, evidenziando l'illogicità e l'irragionevolezza (manifeste) della valutazione compiuta dal Comune di Alghero circa la non gravità dei molteplici pregressi errori professionali commessi da Aimeri Ambiente s.r.l.

Nelle gare pubbliche, infatti, la valutazione anche in ordine alla gravità degli inadempimenti del concorrente (che li abbia dichiarati, diversamente da quanto comunque accaduto nella vicenda per cui è causa), pur essendo espressione di discrezionalità c.d. tecnica della Stazione Appaltante, è sempre suscettibile di sindacato esterno da parte del Giudice Amministrativo nei profili dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà.

Il TAR, accogliendo lo specifico motivo di ricorso proposto dall'appellata Ciclat in primo grado, ha valutato gli elementi e i documenti introdotti in giudizio che, sul piano sintomatico, in modo pregnante e decisivo, rendevano significativo il vizio di eccesso di potere in cui era incorso il Comune di Alghero nel ritenere non connotati da gravità ex art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163-2006 i pregressi errori professionali in capo all'appellante Aimeri Ambiente s.r.l.

Infatti, nel valutare "non gravi" i molteplici errori professionali e le gravi negligenze di Aimeri Ambiente, il Comune di Alghero ha motivato in modo, irragionevole ed illogico, senza tenere conto degli elementi di fatto a sua disposizione: la determinazione di aggiudicazione, contraddistinta da una motivazione per relationem che recepisce integralmente le risultanze e le conclusioni della relazione istruttoria RUP del 1°.2.2016), è palesemente generica e, a fronte dei molteplici inadempimenti contestati, che hanno dato luogo 12 risoluzioni contrattuali, il Comune ha ritenuto di non doversi soffermare a considerare la gravità del singolo inadempimento, ma di poter effettuare (del tutto incongruamente) una valutazione generale.

E la relativa motivazione si fonda sui seguenti presupposti palesemente incongrui: - il sommario riferimento alla crisi economica quale causa delle inadempienze;

- i mancati pagamenti e scioperi di massa come origine di talune risoluzioni (generiche e comunque incongrue);

- le reciproche debenze che emergerebbero dalle carte processuali (indimostrate);

- la mancata iscrizione delle risoluzioni contrattuali nel casellario ANAC, "eccezion fatta per n. 2 ipotesi", per le quali non si comprende la ragione della non gravità;
- il numero e gli importi delle risoluzioni a fronte del complesso dei fatturati di Aimeri Ambiente (che non sono indicati e che, comunque non sono significativi rispetto all'importanza e alla gravità dell'inadempimento per la P.A, non certo per l'inadempiente);
- le giustificazioni addotte da quest'ultima (che rimangono incomprensibili).

È evidente che tali stringate ragioni, che esauriscono la motivazione, sono del tutto generiche, fondate su elementi meramente eventuali e possibili e prive di un minimo riscontro probatorio.

Detta motivazione è, pertanto, illegittima e conseguentemente, il provvedimento doveva essere annullato come correttamente ha disposto il TAR.

3. L'istanza di rinvio alla Corte di Giustizia è del tutto pretestuosa.

L'art. 45, par. 2, della Direttiva n. 18-2004 stabilisce che "può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice".

Sotto questo profilo, dunque, non sussiste alcun contrasto della normativa interna con quella europea.

Né sussiste contrasto con l'art. 57 par. 4, della vigente Direttiva n. 24-2014 che prevede che le Amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere, dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in determinate situazioni, tra cui nell'ipotesi di falsa dichiarazione (quale è quella presentata da Aimeri Ambiente ai sensi dell'art. 38 lett. f), d.lgs. n. 163-2016), che sarebbe stata doverosa anche a norma dell'art. 80 d.lgs. n. 50-2016, allorché "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 specifico, lettera i) dell'art. 57 par. 4, della vigente Direttiva n. 24-2014 stabilisce l'esclusione "se l'operatore economico ha tentato di influenzare indebitamente il procedimento decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice, ha tentato di ottenere informazioni confidenziali che possono conferirgli vantaggi indebiti rispetto alla procedura di aggiudicazione

dell'appalto, oppure ha fornito per negligenza informazioni fuorvianti che possono avere un'influenza notevole sulle decisioni riguardanti l'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione", ipotesi quest'ultima che ricorre a pieno titolo nel caso in esame.

4. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

Definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe indicato, lo respinge.

Condanna la società appellante e il Comune convenuto, in solido tra loro, al pagamento delle spese del presente grado di giudizio in favore della parte appellata Ciclat Trasporti Soc Coop, spese che liquida in euro 5.000,00, oltre accessori di legge.

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

Guida alla lettura

Il combinato disposto dei **commi 1 e 2 dell'art. 38 D.lgs. 163/2006** delinea un vero e proprio **obbligo per i concorrenti ad una gara pubblica di dichiarare tutti i propri precedenti professionali, pena l'esclusione dalla gara, atteso che le predette informazioni costituiscono elementi essenziali nella valutazione discrezionale posta in essere dalla stazione appaltante circa l'affidabilità delle imprese partecipanti.**

Tale considerazione porta a concludere per la logica esclusione della concorrente macchiatasi di una dichiarazione mendace in tal senso, **l'omissione di un'importante precedente avendo di fatto impedito alla stazione appaltante un'indagine adeguata circa la sussistenza dei requisiti di partecipazione, così come previsti dal legislatore** (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2016, n. 4108).

Il Collegio giudicante provvede poi ad evidenziare come la falsa dichiarazione su un dato sconosciuto alla P.A. impedisce l'operatività dello strumento del soccorso istruttorio, posto che la dichiarazione viziata non può considerarsi incompleta, bensì contrastante con un dato reale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3375).

Pertanto, nelle ipotesi assimilabili alla fattispecie sottoposta all'attenzione del Supremo

Consesso amministrativo trova applicazione la disciplina contenuta nell'art. 75 D.P.R. 445/2000.

Alla luce del percorso argomentativo appena enucleato non può revocarsi in dubbio l'insussistenza in capo all'impresa partecipante di un "potere di filtro" sugli episodi di errore grave, la stessa essendo tenuta a comunicare alla stazione appaltante ogni episodio di risoluzione o rescissione contrattuale anche non giudiziale, quand'anche transatto, **essendo solo la stazione appaltante la titolare del potere valutativo circa l'incidenza della predetta informazione sull'affidabilità del concorrente.**

Si delinea così un vero e proprio obbligo di onnicomprensività della dichiarazione.

La pronuncia in commento segue di solo qualche mese la precedente decisione della IV sezione del Consiglio di Stato, n. 5419 del 17 novembre 2016, con cui i Giudici di Palazzo Spada hanno sancito che *"sussiste in capo al concorrente il dovere di dichiarare tutte le vicende pregresse, concernenti fatti risolutivi, errori o altre negligenze, comunque rilevanti ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f), occorse in precedenti rapporti contrattuali con pubbliche amministrazioni diverse dalla stazione appaltante"*.

L'esposto principio, ribadito dalla decisione in commento si fonda sulla considerazione per cui **una siffatta dichiarazione risulta rispettosa dei principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono ai rapporti tra partecipanti e stazione appaltante.**

Ne consegue che **ai diversi partecipanti non è attribuito il potere di scegliere quali delle vicende dichiarare sulla base di un soggettivo giudizio di gravità, competendo quest'ultimo soltanto all'amministrazione committente.**

Alla luce di quanto esposto, dunque, la stazione appaltante risulta dotata di un'ampia discrezionalità nel valutare l'incidenza che eventuali pregresse vicende professionali negative del soggetto concorrente possono in concreto avere sull'affidabilità dell'impresa partecipante ad una procedura di evidenza pubblica.

Ad abundantiam va precisato come **l'obbligo informativo investe tutti i precedenti professionali negativi, anche non segnalati dall'A.N.A.C. o oggetto di procedimenti giurisdizionali ancora pendenti innanzi al giudice ordinario.**

L'inosservanza di tale onere dichiarativo, pertanto, comporta quale inevitabile conseguenza **l'esclusione dalla gara, senza alcuna possibilità di ricorso al soccorso istruttorio**, com'è noto inidoneo a sopperire la mancanza di dichiarazioni o documenti essenziali ai fini dell'ammissione.