

Pubblicato il 05/03/2019

N. 00215/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00119/2019 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 per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 119 del 2019, proposto da
-OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avv. Dario Brin e Salvatore Zaza, con
domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia, e domicilio fisico
presso i medesimi legali in Napoli, via Toledo 323;

contro

-OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avv. Fabio Todarello e Giuseppe
Fuda, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia, e
domicilio fisico presso l'avv. Alfonso Tuttolomondo in Brescia, via Vittorio
Emanuele II 4;

COMUNE DI CREMONA, non costituitosi in giudizio;

per l'annullamento

- della nota del procuratore di -OMISSIS- (stazione appaltante) prot. n.
399/CA/PP di data 7 febbraio 2019, con la quale è stata comunicata
l'esclusione del consorzio ricorrente dalla procedura per l'affidamento del
servizio di raccolta RSU, ingombranti, spazzamento manuale, raccolte
differenziate nel Comune di Cremona;

- dei verbali di gara, e in particolare del verbale della seduta di data 4 febbraio 2019, nella quale è stata disposta l'esclusione del consorzio ricorrente;
- degli avvisi di trasparenza pubblicati ex art. 29 del Dlgs. 50/2016 nella sezione "Amministrazione Trasparente";
- del bando, del disciplinare di gara e del capitolato speciale, se interpretati nel senso voluto dalla stazione appaltante;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Visti gli atti della causa;

Visti gli art. 74 e 120 comma 10 cpa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2019 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato sulla GUUE del 18 dicembre 2018, la società - OMISSIS-, in qualità di stazione appaltante, ha indetto una procedura aperta, riservata alle cooperative sociali ex art. 112 del Dlgs. 18 aprile 2016 n. 50, per l'affidamento del servizio di raccolta RSU, ingombranti, spazzamento manuale, e raccolte differenziate nel Comune di Cremona. La durata del servizio è indicata in 12 mesi. L'importo è stimato in € 820.000,00 (Iva esclusa). Per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Il ricorrente -OMISSIS- ha partecipato alla procedura, sottoscrivendo in data 8 gennaio 2019 il modello con le dichiarazioni sostitutive, tra cui la seguente: “33. *[dichiara] di non aver subito la risoluzione anticipata dei contratti negli ultimi tre anni per inadempimento contrattuale e di non aver subito revoche di aggiudicazione per mancata esecuzione del servizio*”.

3. La commissione giudicatrice, nella seduta di data 4 febbraio 2019, ha disposto l'esclusione del consorzio ricorrente ai sensi dell'art. 80 comma 5-c/f-bis del Dlgs. 50/2016, giudicando falsa la predetta dichiarazione a causa delle informazioni omesse.

4. La circostanza fattuale non dichiarata consiste nella decadenza dall'aggiudicazione disposta dal Comune di Roccapiemonte nei confronti del consorzio ricorrente (che all'epoca aveva la denominazione di Consorzio Sinergie) con determinazione del responsabile dell'Area Tecnica n. 244 del 12 ottobre 2018. Si trattava di un servizio analogo a quello oggetto della procedura in esame (raccolta integrata dei rifiuti solidi urbani e servizi di igiene urbana). Il Comune di Roccapiemonte, nell'effettuare l'aggiudicazione a favore del consorzio ricorrente (v. determinazione del responsabile dell'Area Tecnica n. 177 del 12 luglio 2018, confermata con determinazione n. 223 del 13 settembre 2018), aveva disposto con assoluta urgenza l'avvio anticipato dell'esecuzione del servizio sotto le riserve di legge ai sensi dell'art. 32 commi 8 e 13 del Dlgs. n. 50/2016. Era previsto espressamente che in caso di mancato perfezionamento del contratto per causa imputabile alla ditta aggiudicataria sarebbero state recuperate le somme erogate, e l'importo dovuto sarebbe stato determinato ai sensi dell'art. 2041 c.c. sulla base dei prezzi di aggiudicazione, con applicazione dei ribassi offerti, e con un'ulteriore detrazione del 10%, oltre all'eventuale risarcimento del danno. Dopo aver effettivamente iniziato l'esecuzione anticipata del servizio (luglio 2018), il consorzio ricorrente non ha prodotto i documenti necessari per la stipula del contratto, chiesti dal Comune di Roccapiemonte con nota di data 17 settembre 2018. Mancavano, in particolare, la garanzia definitiva pari all'11% dell'importo contrattuale, una polizza di assicurazione per danni di esecuzione, responsabilità civile verso terzi e garanzia di manutenzione, una polizza di assicurazione per responsabilità civile verso i prestatori di lavoro, e il piano operativo di sicurezza. Di qui la decadenza dall'aggiudicazione ex art.

- 103 comma 3 del Dlgs. n. 50/2016, che non ha formato oggetto di impugnazione.
5. Confermando la decisione della commissione giudicatrice del 4 febbraio 2019, che aveva ritenuto non sanabile l'omessa dichiarazione della vicenda sopra sintetizzata, il procuratore di -OMISSIS-, con nota di data 7 febbraio 2019, ha comunicato al consorzio ricorrente l'esclusione dalla procedura in esame.
6. Contro l'esclusione, e contro gli atti presupposti, compresa la *lex specialis* se interpretata a favore dell'esclusione, il consorzio ricorrente ha presentato impugnazione, esponendo in sostanza due argomenti. Con il primo argomento il consorzio ricorrente ammette di non aver voluto sottoscrivere il contratto, e di aver quindi determinato il presupposto della decadenza dall'aggiudicazione (v. pag. 7), ma giustifica questa scelta presentandola come eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., in quanto, dopo l'avvio dell'esecuzione anticipata del servizio, il Comune di Roccapiemonte non avrebbe pagato i corrispettivi fatturati. Come prova viene allegato il ricorso per decreto ingiuntivo depositato presso il Tribunale di Nocera Inferiore il 15 gennaio 2019. Con il secondo argomento il consorzio ricorrente sostiene che, anche ammettendo la presenza di un grave illecito professionale ex art. 80 comma 5-c del Dlgs. 50/2016, tale illecito non sarebbe valutabile dalla stazione appaltante fino all'iscrizione nel Casellario Informativo dell'ANAC ex art. 213 comma 10 del Dlgs. 50/2016, circostanza che non si è ancora verificata.
7. A tutela del proprio buon nome, il consorzio ricorrente ha chiesto l'oscuramento dei dati identificativi nella sentenza e negli altri provvedimenti giurisdizionali (in entrambe le denominazioni, ossia come -OMISSIS- e come Consorzio Sinergie).
8. La società -OMISSIS- si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

9. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Sulla falsa dichiarazione

10. Il consorzio ricorrente è stato escluso dalla procedura in esame per aver reso una falsa dichiarazione, avendo omesso di riferire un episodio rilevante del proprio recente passato imprenditoriale. La stazione appaltante non ha effettuato una valutazione in concreto della gravità dell'illecito professionale quale indice di dubbia integrità o affidabilità, ma ha sanzionato il tentativo del consorzio ricorrente di tenere nascosto l'episodio.

11. In proposito, occorre stabilire se nella vigente disciplina dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 comma 5 del Dlgs. 50/2016 la falsità della dichiarazione (lett. f-*bis*), che certamente copre anche l'omissione di fatti veri, sia rilevante per sé, ossia automaticamente quando riguardi una qualsiasi delle informazioni inserite negli appositi moduli sottoscritti dai concorrenti, oppure solo quando abbia sottratto alla stazione appaltante elementi di valutazione su altre cause escludenti, ad esempio sull'esistenza di un grave illecito professionale (lett. c) o sulle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che abbiano condotto alla risoluzione dello stesso (lett. c-*ter*).

12. La tesi preferibile appare la seconda, perché sanzionare anche i falsi innocui restringerebbe la partecipazione alla gara senza rendere alcuna utilità alla stazione appaltante.

13. Il punto è però come si possa stabilire che una dichiarazione falsa non è innocua, o, in altri termini, quando si possa affermare che il comportamento sottostante si inquadra in uno degli altri motivi di esclusione. La stazione appaltante, infatti, non ha interesse a conoscere episodi che non potrebbe poi valutare autonomamente ai fini dell'esclusione. Per questi episodi, pertanto, non vale l'obbligo di dichiarazione. Tuttavia, non si può esigere che, una volta scoperta la falsità di una dichiarazione, la stazione appaltante applichi la sanzione dell'esclusione (lett. f-*bis*) solo dopo aver dimostrato che l'episodio

nascosto o rappresentato in modo non veritiero ricade in concreto in uno degli altri motivi di esclusione. Se così fosse, l'ipotesi sanzionatoria legata alla falsità della dichiarazione perderebbe la propria autonomia. L'equilibrio si può raggiungere escludendo la necessità di un approfondimento in concreto, e dunque applicando l'esclusione quando l'episodio nascosto o rappresentato in modo non veritiero possa apparire idoneo, in astratto, a incidere sul rapporto di fiducia con la stazione appaltante.

Sulla decadenza dall'aggiudicazione

14. In astratto, la decadenza dall'aggiudicazione per fatto dell'aggiudicatario si presta certamente a essere inquadrata nella nozione di grave illecito professionale (lett. c). Questa categoria è più ampia della risoluzione di precedenti contratti per inadempimento (lett. c-ter), e può includere anche il rifiuto di sottoscrivere il contratto, sia che tale rifiuto venga espresso direttamente, sia che si manifesti attraverso la mancata collaborazione nella predisposizione dei documenti necessari. L'imprenditore che non consente alla stazione appaltante di avviare il servizio oggetto della gara si pone in conflitto con i principi di correttezza e buona fede che regolano la fase precontrattuale. A maggior ragione, vi è grave illecito professionale quando sia stata avviata l'esecuzione anticipata del servizio, e, a causa della mancata sottoscrizione del contratto, la stazione appaltante si trovi in una situazione di incertezza sulle intenzioni dell'aggiudicatario e sulla prosecuzione del servizio.

15. Nei rapporti con l'amministrazione l'aggiudicatario non può utilizzare l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., opponendo il mancato pagamento delle fatture per giustificare la scelta di non proseguire nel rapporto o di non sottoscrivere il contratto. Questi atteggiamenti sono contrari alla buona fede, perché comportano il rischio di interruzione di un pubblico servizio, e costringono la stazione appaltante a sostituire il gestore a condizioni più onerose (se viene effettuato lo scorrimento della medesima graduatoria) o ad avviare una nuova procedura di gara con i conseguenti ritardi e disservizi. È quindi del tutto normale che la stazione appaltante

dubiti dell'affidabilità di un imprenditore, se quest'ultimo in passato ha utilizzato lo schermo dell'eccezione di inadempimento per liberarsi dagli obblighi assunti con la partecipazione alla gara.

16. Poi, naturalmente, è possibile che la situazione di fatto sia più complessa, e meritevole di approfondimenti, ma questa è appunto la ragione che impone ai concorrenti di dichiarare la pregressa decadenza dall'aggiudicazione, in modo da consentire alla stazione appaltante di svolgere una propria istruttoria.

17. Incidentalmente, si osserva che, in base alle informazioni esposte nel ricorso per decreto ingiuntivo depositato dal consorzio ricorrente presso il Tribunale di Nocera Inferiore, i mancati pagamenti del Comune di Roccapiemonte riguardano una fattura di data 1 settembre 2018 (pagata solo in parte), e poi unicamente fatture successive alla dichiarazione di decadenza (12 ottobre 2018). Lo sfasamento temporale non consente di ritenere provato che all'origine della decisione di non sottoscrivere il contratto vi sia un'inottemperanza del Comune. Oltretutto, come si è visto sopra, il provvedimento di aggiudicazione aveva precisato che in caso di mancato perfezionamento del contratto il compenso sarebbe stato determinato ai sensi dell'art. 2041 c.c., con eventuale compensazione del danno subito. Il Comune avrebbe quindi potuto rinviare prudenzialmente una parte dei pagamenti in attesa dell'evolversi della situazione.

Sull'accertamento e sulla pubblicità dell'illecito professionale

18. Affinché l'illecito professionale rilevi come motivo diretto di esclusione (lett. c/c-ter) o come motivo indiretto per falsità della dichiarazione (lett. f-bis) non è necessario che si sia formato un giudicato, come si poteva invece ritenere in base alla previgente versione dell'art. 80 comma 5-c del Dlgs. 50/2016. Pertanto, fino al giudicato (e in mancanza di sentenze esecutive favorevoli al concorrente) la valutazione del comportamento tenuto in appalti o concessioni precedenti spetta soltanto alla stazione appaltante, la quale deve essere lealmente informata di ogni episodio astrattamente rilevante.

19. Nello specifico, la decadenza dall'aggiudicazione non è stata impugnata, e dunque è un fatto storico che ogni stazione appaltante successivamente intervenuta può autonomamente qualificare, mentre la controversia sulle fatture non pagate è ancora nella fase iniziale, e non pone alcun vincolo. Anche sotto questo profilo, pertanto, la decadenza dall'aggiudicazione rappresentava un'informazione rilevante, da indicare al momento della partecipazione alla gara.

20. Parimenti, il fatto che la decadenza dall'aggiudicazione non sia stata ancora iscritta nel Casellario Informatico dell'ANAC ai sensi dell'art. 213 comma 10 del Dlgs. 50/2016 non comporta né l'irrilevanza né l'inutilizzabilità dell'informazione. La pubblicità del Casellario Informatico non è costitutiva, e non è neppure vincolante per quanto riguarda le modalità con cui il fatto viene descritto. Se un grave illecito professionale, o comunque un episodio della vita professionale, viene inserito nel Casellario Informatico, le stazioni appaltanti non possono ignorarlo, ma sono autonome nel valutarne la rilevanza nelle gare di loro competenza. In mancanza di iscrizione, le stazioni appaltanti possono procurarsi con altri mezzi le informazioni sulla vita professionale dei concorrenti, o effettuare approfondimenti su segnalazioni provenienti da terzi. L'interesse pubblico alla trasparenza delle gare e all'espulsione dal mercato degli imprenditori inaffidabili consente che a un controllo centralizzato presso l'ANAC si affianchi un controllo decentrato presso le singole stazioni appaltanti.

21. L'unico effetto che la mancata iscrizione nel Casellario Informatico può produrre consiste nella tutela del buon nome dell'imprenditore nei giudizi che riguardano gravi illeciti professionali, o le conseguenze derivanti dalla falsità delle dichiarazioni relative ai suddetti illeciti. Poiché si tratta di circostanze non ancora rese pubbliche nella comunità delle stazioni appaltanti e dei soggetti economici interessati alle gare, può essere accolta la domanda di oscuramento dei dati identificativi dell'imprenditore nelle sentenze e negli altri provvedimenti giurisdizionali. Peraltro, questo non interferisce con il potere

dell'ANAC (ove estranea al giudizio) di gestire il Casellario Informativo secondo le finalità stabilite dall'art. 213 comma 10 del Dlgs. 50/2016.

Conclusioni

22. Il ricorso deve quindi essere respinto.

23. Le spese di giudizio seguono la soccombenza, e sono liquidate in € 3.000, oltre agli oneri di legge, a favore della controparte costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando:

(a) respinge il ricorso;

(b) condanna il consorzio ricorrente a versare alla società -OMISSIS-, a titolo di spese di giudizio, l'importo di € 3.000, oltre agli oneri di legge.

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

Vista la richiesta dell'interessato, e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52 comma 1 del Dlgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo a identificare il consorzio ricorrente.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

L'ESTENSORE
Mauro Pedron

IL PRESIDENTE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.