

Pubblicato il 07/02/2019

N. 00675/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00002/2019 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 della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2 del 2019, proposto da Security Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Falco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Melisurgo n. 4;

contro

A.N.M.- Azienda Napoletana Mobilità s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cosmopol s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Santa Lucia n. 15;

per l'annullamento

- del verbale del 12/11/2018 della Commissione della gara CIG 7547019D16 per l'affidamento dell'appalto dei "servizi di vigilanza e dei servizi fiduciari da eseguirsi su alcuni siti aziendali lotto unico" per conto dell'Azienda Napoletana Mobilità – A.N.M. s.p.a. – nella parte in cui ammette alla procedura la contro-interessata Cosmopol s.p.a.;

- di tutti gli atti connessi, ivi compresi il verbale del 26.9.2018 e gli atti istruttori del Rup.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cosmopol s.p.a. e di A.N.M.-Azienda Napoletana Mobilità s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2019 il dott. Michele Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ricorrente Security Service s.r.l. ha partecipato alla procedura di gara indetta dall'Azienda Napoletana di Mobilità s.p.a. (d'ora innanzi A.N.M.) per l'affidamento dei servizi di vigilanza e dei servizi fiduciari da eseguirsi su alcuni siti aziendali, per due anni prorogabili, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta più vantaggiosa.

1.1. La stazione appaltante ha proceduto alla preventiva verifica dei requisiti, conclusasi, a seguito di una composita articolazione procedimentale, per l'ammissione della società controinteressata Cosmopol s.p.a., avendo l'amministrazione escluso la sussistenza, a carico della stessa, di gravi illeciti professionali, integranti condizione ostativa alla aggiudicazione della gara ai sensi dell'art. 80, comma 5 lettera c) del D. Lgs. 50/2016.

1.2. Avverso l'esito fausto della verifica dei requisiti e della conseguente ammissione della concorrente Cosmopol, è stato proposto ricorso ai sensi dell'art. 120 comma 2 bis C.p.a., con cui sono rivolte le censure di difetto di motivazione, di falsa applicazione dell'art. 80, comma 5 lettera c) del D. Lgs.

50/2016 (sussistendo i presupposti per addebitare all'impresa un grave illecito professionale) e di mancata esclusione per falsità delle dichiarazioni comunque resa dalla Cosmopol s.p.a..

1.3. Si sono difesi l'Azienda del Comune di Napoli e la controinteressata, che insistono per la inammissibilità e per la reiezione dell'impugnazione.

1.4. All'udienza camerale di merito del 6 febbraio 2019 il ricorso è ritenuto in decisione.

DIRITTO

2. In limine litis, il Collegio evidenzia che la presente sentenza è redatta in forma semplificata, trattandosi di lite in materia di affidamenti di appalti, servizi e forniture (art. 120, comma 6, c.p.a.), con la precisazione che si è in presenza dei presupposti per celebrare il rito cd. super-accelerato di cui al comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., essendo la contestazione giurisdizionale inerente proprio alla fase della ammissioni dei concorrenti alla gara.

3. Il ricorso non merita accoglimento, onde può tralasciarsi la tematica della tempestività dell'impugnazione.

3.1. Per completezza è opportuno sottolineare in punto di fatto che la stazione appaltante ha pubblicato gli atti relativi alle ammissioni ed alle esclusione dei concorrenti sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici, in data 16 novembre 2018, a fronte della notifica del ricorso in data 26 dicembre 2018 (trenta giorni dopo che l'istanza di accesso agli atti è stata esitata dalla amministrazione).

L'eccezione di tardività, dunque, introduce il tema della incidenza di una conoscenza piena ed effettiva sul termine (speciale di trenta giorni) per l'impugnazione con il rito speciale di cui al comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a..

La questione, assai dibattuta, sembra trovare una direzione ermeneutica precisa a seguito della modifica dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici ad opera del secondo correttivo n. 56 del 2017, ed in particolare per effetto della introduzione di due periodi al comma 1 di tale articolo.

Anzitutto, si prevede che *“Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti.”*, previsione già contenuta nell'art. 76, comma 3, del codice dei contratti pubblici, con una riallocazione sistematica che è chiaro indice della valenza prescrittiva di tale dovere informativo ai fini della valutazione del dies a quo di decorrenza del termine di trenta giorni.

Ancora più significativo è l'altro periodo aggiunto dal decreto correttivo: *“Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione.”*, che sancisce senza alcun dubbio il collegamento fra la disciplina sostanziale (in tema di trasparenza ed accesso agli atti di gara) con quella processuale del rito super-accelerato.

Pertanto non appare sufficiente la mera pubblicazione degli atti di ammissione (ovvero di esclusione) sul profilo del committente, ma occorre che il soggetto che li intende contestare abbia la concreta disponibilità degli atti in base a i quali la decisione è stata assunta. Si tratta di una chiarificazione quanto mai opportuna in funzione della effettività del diritto di difesa in giudizio, specialmente quanto l'oggetto dello stesso sia un atto ampliativo (cioè ammissione di un concorrente) che, per principio costante, non richiede analitiche enunciazioni delle ragioni di fatto e di diritto che le sorreggono.

3.1. Venendo al merito, giova precisare che la stazione appaltante ha laconicamente motivato l'ammissione della Cosmopol alla gara, non considerando integrata la condizione ostativa del grave illecito professionale, desunta dalle dichiarazioni rese in gara dalla stessa partecipante (non confluite nel casellario Anac), ed in particolare:

- atto di risoluzione emesso da EAV in data 4 dicembre 2013 in relazione al contratto con Circumvesuviana s.p.a. per il servizio di ritiro, contazione,

custodia e consegna degli incassi, dichiarato illegittimo con ordinanza del 23.10.2017 resa ai sensi dell'art. 702 ter c.p.c. dal Tribunale di Avellino;

- risoluzione del contratto di cui alla lettera d'ordine del 14.11.2013 disposta da Napoli Holding, in relazione al contratto per il servizio di prelievo, trasporto, contazione, smaltimento e accredito presso banca di valori, conclusasi con un accordo transattivo poi gravato in sede giurisdizionale;

- risoluzione del contratto stipulato dal Comune di Brindisi per servizi di vigilanza armata, guardiania e portierato degli uffici giudiziari di Brindisi per il triennio 2014/2017, atto riferibile alla cedente Sveviapol e contestato in sede giurisdizionale.

3.2. Giova subito precisare, in punto di fatto, che la decisione di ammissione dalla gara è stata presa dalla stazione appaltante a seguito di una specifica valutazione degli elementi offerti dalla Cosmopol s.p.a. nella dichiarazione sostitutiva del 24.9.2018.

3.3. L'articolazione procedimentale sopra descritta, unitamente alla motivazione in essa contenuta, rendono priva di consistenza la censura con la quale la ricorrente denuncia l'assenza di motivazione del provvedimento di ammissione, in contrasto con il citato articolo 80 che prescrive una specifica valutazione in ordine al giudizio di inaffidabilità professionale; ed invero in caso di esito positivo di un procedimento di valutazione la motivazione del provvedimento è costituita dalla sostanziale adesione alle considerazioni offerte dal privato destinatario dell'atto, con la conseguenza che risulta intellegibile il percorso argomentativo giuridico e fattuale alla base dello stesso.

Pertanto occorre scrutinare la plausibilità delle giustificazioni addotte dalla controinteressata ammessa al prosieguo della gara, che si sintetizzano nella duplice circostanza che gli atti di contestazione di inadempienze contrattuali sono di lieve entità e comunque contestati in giudizio e che, nel caso del contratto con il Comune di Brindisi, gli ipotetici addebiti risalgono allo svolgimento del servizio da parte della società Sveviapol, che solo

successivamente ha ceduto il ramo di azienda (ed il connesso rapporto contrattuale) alla Cosmopol s.p.a..

3.4. Venendo al merito di tale giudizio, è bene precisare che l'articolo 80, comma 5 lettera c) del D. Lgs. 50/2016, *ratione temporis* applicabile, prevede che la stazione appaltante escluda l'operatore economico quando essa *“dimostrì 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”.*

Tale previsione ha una portata molto più ampia rispetto a quella contenuta nell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 in quanto, da un lato, non opera alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o con diversa stazione appaltante, dall'altro non fa riferimento solo alla negligenza o all'errore professionale, ma più in generale all'illecito professionale, che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, ma anche in fase di gara.

Per completezza va aggiunto che il d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 ha novellato la disposizione in esame, prevedendo che integrino distinte cause di esclusione le seguenti circostanze:

“c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa.”

Tale novella legislativa, seppure non applicabile al caso di specie, chiarisce bene che la valutazione di inidoneità professionale deriva da un apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, che non è necessariamente vincolata alla definitività degli addebiti relativi a pregressi inadempimenti contrattuali, fornendo così un valido criterio ermeneutico rispetto alla disciplina previgente, in cui vi era un acceso dibattito giurisprudenziale in relazione alla esaustività o meno delle fonti di prova delle condotte integranti grave illecito professionale.

3.4.1. In ogni caso vale osservare che, nel caso di specie, la stazione appaltante ha valorizzato in particolar modo la mancanza di annotazioni inserite nel casellario e la pregnanza delle contestazioni – anche giudiziali – evocati dalla Cosmopol s.p.a. in merito a ciascuno degli addebiti ad essa mossi, anche alla luce del recente scrutinio in sede giurisdizionale. Sul punto, la richiamata decisione resa dal Consiglio di Stato (n. 2063 del 2018) ha statuito che non sussistono a carico della Cosmopol s.p.a. gravi illeciti professionali, “perché il giudizio civile contro l'atto di risoluzione adottato dalla stazione appaltante rimane tuttora impregiudicato, mentre il parallelo contenzioso amministrativo contro lo stesso atto, come evidenziato dall'ordinanza cautelare di questa Sezione 6 ottobre 2017, n. 4306, non ha

nessun effetto, poiché nessun vincolo può derivare dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 747-2017, che si è limitata a dichiarare l'improcedibilità dell'appello e con esso, sia pure implicitamente, del ricorso di primo grado, per la sopravvenuta carenza di interesse derivante dalla mancata impugnazione della nuova aggiudicazione nelle more intervenuta".

In particolare la censura relativa alla vicenda relativa a Napoli Holding pacificamente sub iudice (secondo cui la inaffidabilità professionale sarebbe comunque rilevante in ragione di una transazione con cui Cosmopol avrebbe riconosciuto le proprie responsabilità, nonché per la presenza di sentenze del GA che avrebbero in tesi confermato i relativi inadempimenti a carico della deducente), è stata del pari giudicata infondata, poiché *“da un lato, l'accordo transattivo tra Cosmopol e Napoli Holding è di contenuto meramente patrimoniale e, dunque, non conferente; in ogni caso, la vicenda risolutoria è stata oggetto di un'azione avanti al Tribunale di Avellino con cui la deducente ha chiesto l'accertamento dell'inesistenza della risoluzione contrattuale e l'invalidità ed infondatezza dell'atto con cui le venivano ascritti pretesi inadempimenti contrattuali”*.

Quanto alle pronunce del GA invocate, le stesse avevano ad oggetto l'esclusione da altra procedura di gara discrezionalmente decretata dalla stessa Amministrazione coinvolta nelle vicende risolutive richiamate, e riguardante in ogni caso la diversa disciplina di cui all'art. 38, lett. f), d.lgs. n. 163-2006.

3.4.2. Sul punto la ricorrente non ha offerto seri e definitivi elementi da cui desumere, anche in via autonoma prima dal vaglio giurisdizionale, una complessiva inaffidabilità della società concorrente.

3.5. In relazione alla contestazione del corretto esercizio della discrezionalità riservata alla stazione appaltante, il sindacato giurisdizionale deve perimetrarsi nei limiti della illogicità intrinseca o irragionevolezza: la corretta acquisizione delle circostanze all'interno delle quali sono maturati i pregressi inadempimenti contrattuali, la specifica analisi di tali contestazioni, tenuto anche conto dello spessore dei fatti di inadempienza contestati, sono tutti elementi che hanno condotto verso una attività di valutazione dell'affidabilità professionale della società controinteressata che si sottare a censura.

4. Ciò posto, non coglie nel segno neanche la prospettata censura di mancata esclusione per omessa dichiarazione di dati e notizie rilevanti ai fini della valutazione dell'affidabilità dell'impresa, poiché la ricorrente fa riferimento ad esclusioni motivate in base a situazione di irregolarità formale in cui versava la Cosmopol s.p.a. al momento della partecipazione a tali procedure di gare, che non hanno alcuna connessione con la valutazione di affidabilità professionale; né sembra postulabile che, ove una concorrente abbia dichiarato in una procedura di gara circostanza non veritiere, la stessa debba inserire l'esclusione derivante da tale comportamento nelle dichiarazioni da rendere nelle successive gare, posto che, al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti all'Anac in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, tale causa di esclusione si riferisce – e si conchiude – all'interno della procedura di gara in cui è maturata.

In altri termini la condotta omissiva evocata nel ricorso non rientra nel perimetro delle circostanze *“false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione”* né delle omissioni di *“informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”* (art. 80, comma 5, lett. c del d.lgs. n. 50 del 2016).

5. In definitiva, perciò, il giudizio valutativo espresso dall'Amministrazione in termini di affidabilità professionale della società controinteressata va considerato immune da vizi ed il ricorso va respinto, mentre le spese di lite, in ragione della peculiarità della vicenda, anche sul piano processuale, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa le spese di giudizio, mentre il contributo unificato resta a carico della parte che lo ha anticipato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2019

con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Michele Buonauro, Consigliere, Estensore

Luca Cestaro, Consigliere

L'ESTENSORE
Michele Buonauro

IL PRESIDENTE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO