

Pubblicato il 31/01/2022

N. 00639/2022 REG.PROV.COLL.
N. 03784/2021 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3784 del 2021, proposto da GPN S.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Marcello Anastasio Pugliese, con domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia del suo difensore;

contro

- MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DELLE MOBILITA' SOSTENIBILI – PROVVEDITORATO INTERREGIONALE OPERE PUBBLICHE CAMPANIA, MOLISE, PUGLIA E BASILICATA, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso la quale è domiciliato per legge in Napoli alla Via Diaz n. 11;

- COMUNE DI CALVIZZANO, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Nicola Galdiero, Paolo Giannarini e Raffaele Agliata, con domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia dei suoi difensori;

nei confronti

CONSORZIO RES, rappresentato e difeso dall'Avv. Luca Tozzi, con domicilio eletto in Napoli alla Via Toledo n. 323 presso lo studio legale Tozzi e con domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia del suo difensore;

per l'annullamento

a) del decreto dirigenziale del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania, Molise, Puglia e Basilicata (d'ora in seguito per brevità anche "Provveditorato") prot. n. 202 del 1° luglio 2021, recante l'aggiudicazione in favore del Consorzio RES del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani del Comune di Calvizzano;

b) degli atti di verifica dei requisiti di ordine generale e speciale dell'impresa aggiudicataria, effettuati dalla stazione appaltante;

c) di ogni altro atto premesso, connesso e/o consequenziale, comunque lesivo degli interessi della società ricorrente;

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, nonché per la condanna al risarcimento dei danni in forma specifica mediante il subentro nell'appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle amministrazioni resistenti e del consorzio controinteressato;

Visto il ricorso incidentale, come integrato dai motivi aggiunti;

Viste le memorie difensive;

Vista l'istanza di accesso endoprocessuale, depositata dal consorzio controinteressato in data 18 ottobre 2021;

Vista l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 6199 del 18 novembre 2021, con cui, in riforma dell'ordinanza di questo Tribunale n. 1781 del 20 ottobre 2021, è stata accolta l'istanza cautelare;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 c.p.a. sulla redazione della sentenza in forma semplificata nel rito appalti;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2021 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevata preliminarmente la complessità della presente controversia e della stesura della relativa sentenza;

Rilevato, altresì, che la pubblicazione del dispositivo, secondo una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 120, comma 9, c.p.a., presuppone l'espressa richiesta – mancante nella specie – delle parti o di almeno una di esse, in ragione della natura soggettiva del processo amministrativo e del suo carattere dispositivo;

Premesso che:

- la GPN S.r.l. partecipava alla procedura aperta, indetta dal Provveditorato in qualità di stazione unica appaltante, finalizzata all'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani del Comune di Calvizzano, collocandosi al secondo posto in graduatoria dopo l'aggiudicatario Consorzio RES;

- la medesima impugna con il ricorso principale il provvedimento di aggiudicazione intervenuto in favore del Consorzio RES, emesso con decreto dirigenziale del Provveditorato prot. n. 202 del 1° luglio 2021, nonché gli altri atti attinenti alle operazioni di gara indicati in epigrafe, adducendo che il consorzio aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura per la carenza del requisito di affidabilità professionale, riguardato sotto vari profili di indagine, e, comunque, imputando alla stazione appaltante l'omessa valutazione di alcune gravi violazioni di cui si sarebbe reso autore esso consorzio;

- all'impugnativa principale sono accluse le istanze di accertamento di inefficacia del contratto e di condanna al risarcimento dei danni in forma specifica, meglio individuate in epigrafe;

- il controinteressato Consorzio RES propone un ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, con cui sostiene, a sua volta, la doverosità dell'esclusione dalla gara della GPN per carenza dei requisiti di affidabilità economico-finanziaria e di onorabilità professionale, anche in relazione al

rispetto degli obblighi di legge esistenti in materia ambientale e di diritto del lavoro;

- lo stesso formula anche istanza di accesso endoprocessuale, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., con cui chiede di acquisire copia di una serie di documenti di gara, tra cui le offerte amministrativa, tecnica ed economica della GPN, tutti i verbali di gara, inclusi quelli relativi alla fase di verifica dell'anomalia, la determina di nomina della commissione giudicatrice, etc.;

Rilevato, in via preliminare, che:

- va dichiarata l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dell'istanza di accesso endoprocessuale, dal momento che, come rappresentato dallo stesso Consorzio RES nei motivi aggiunti al ricorso incidentale, il Provveditorato ha consentito in corso di giudizio di acquisire la documentazione richiesta con tale istanza;

- con riguardo ai rimanenti rimedi processuali oggetto di scrutinio, trattandosi di gravami incrociati entrambi escludenti, va data priorità di esame al ricorso principale, in adesione alla pronuncia del giudice comunitario (Corte di Giustizia UE, Sez. X, 5 settembre 2019 resa nella causa C-333/18), che richiede che siano vagliate innanzi al giudice nazionale tutte le impugnazioni in materia di appalti pubblici proposte in via principale ed incidentale al fine di ottenere la reciproca esclusione, a prescindere dal numero dei concorrenti partecipanti alla gara e dall'ordine di esame delle impugnazioni stesse, essendo meritevoli di tutela sia l'interesse legittimo finale ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, sia l'interesse legittimo strumentale alla partecipazione ad un'eventuale procedura selettiva rinnovata, e ciò in quanto la stazione appaltante potrebbe assumere la decisione di annullare tutti gli atti di gara e di avviare una nuova procedura di scelta del contraente. Ne deriva, nello specifico, che l'ordo questionum non può non articolarsi attraverso il prioritario scrutinio del ricorso principale, dal momento che mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale infondatezza

del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2020 n. 6151; TAR Lazio Roma, Sez. I, 2 agosto 2021 n. 9140);

- ebbene, con riferimento al ricorso principale, l'ambito della presente cognizione va ristretto al solo scrutinio del decreto dirigenziale di aggiudicazione, giacché sui rimanenti atti gravati, ossia sugli atti di verifica dei requisiti di ordine generale e speciale dell'impresa aggiudicataria, non può intervenire alcuna pronuncia di merito, essendo la relativa impugnativa inammissibile per carenza di interesse: si tratta, infatti, di meri atti endoprocedimentali destinati ad essere recepiti nel provvedimento finale di aggiudicazione e, quindi, di atti privi di autonoma lesività;

Rilevato nel merito, quanto al ricorso principale, che le censure formulate nel primo motivo possono essere così riassunte:

a) il Consorzio RES ha totalmente e parzialmente omesso, nel proprio documento di gara (DGUE), informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura, in quanto incidenti sull'apprezzamento della sua affidabilità professionale, e precisamente: i) con riguardo alle "informazioni completamente omesse, il DGUE non contiene alcuna indicazione rispetto al provvedimento di decadenza "dal titolo giuridico a sottoscrivere il contratto", prot. n. 1003 del 15 gennaio 2019, adottato dal Commissario ad acta del Comune di Calvi Risorta, e giustificato dalla mancata trasmissione, a seguito di innumerevoli richieste, della documentazione necessaria ai fini del rilascio dell'informativa antimafia nei confronti del Consorzio stesso. Peraltro, quel provvedimento risulta poi essere stato impugnato dinanzi al T.A.R. Campania, Napoli e confermato dalla Sezione remittente, che rigettava il ricorso con Sentenza dell'8 maggio 2020, n. 1687"; ii) con riferimento alle informazioni parzialmente omesse, nel DGUE è stata riportata notizia di un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione del servizio di igiene urbana, adottato nel marzo 2019 nei confronti del Consorzio RES dal Comune di

Canneto sull'Oglio per inadempienze riscontrate nell'esecuzione dell'appalto; in relazione a detto provvedimento e alle presupposte inadempienze si riferisce che sarebbero state intraprese, ad opera del consorzio, azioni giudiziarie pendenti presso la Sezione Specializzata in materia di imprese del Tribunale di Brescia. Ebbene, come si può agevolmente notare, il "Consorzio RES non ha indicato in alcun modo, pur potendo farlo tranquillamente, né il numero di protocollo del provvedimento di revoca dell'appalto e di risoluzione del rapporto contrattuale per grave inadempimento, né il numero di ruolo del giudizio incardinato presso il Tribunale di Brescia". Tali omissioni avrebbero dovuto comportare, in entrambi i casi, l'automatica esclusione del consorzio aggiudicatario dalla gara in ossequio al disposto dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), del d.lgs. n. 50/2016, "in quanto, la violazione degli obblighi informativi, determinata dalla parziale o totale omissione di circostanze rilevanti ai fini della valutazione sull'integrità e affidabilità dell'impresa aggiudicataria, costituisce essa stessa un grave illecito professionale";

b) il Consorzio RES avrebbe meritato l'estromissione dalla gara anche per aver falsamente dichiarato, barrando la relativa casella "No" presente nel DGUE, di non essersi reso colpevole di alcun illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, "pur essendo pienamente consapevole non solo della revoca dell'aggiudicazione presso il Comune di Canneto sull'Oglio (MN), su cui sono state fornite informazioni a dir poco parziali, ma anche del provvedimento di decadenza dal titolo giuridico a sottoscrivere il contratto emanato dal Commissario ad acta del Comune di Calvi Risorta";

c) "il Consorzio RES avrebbe dovuto essere escluso anche ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c ter), D.lgs. 50/2016, in quanto si è reso responsabile di significative o persistenti carenze nell'esecuzione dei contratti di appalto presso i Comuni di Canneto sull'Oglio e di Calvi Risorta, che hanno portato alla risoluzione per inadempimento o comunque alla revoca del servizio";

Considerato che le prefate censure non meritano condivisione per le ragioni di seguito esplicitate:

aa) le doglianze inerenti alla denunciata totale e parziale omissione di informazioni dovute ai fini del regolare espletamento della procedura selettiva trovano confutazione sia in termini di fatto che in termini di diritto. In punto di fatto e con riguardo al Comune di Calvi Risorta, si osserva che, come emerge dalla piana lettura dell'invocata sentenza di questo Tribunale n. 1687/2020, l'episodio dell'intervenuta decadenza "dal titolo giuridico a sottoscrivere il contratto", traducendosi in una sostanziale decadenza dall'aggiudicazione, non può essere propriamente ascritto alla categoria del grave illecito professionale, giacché non è attinente alla fase di esecuzione del servizio ma alla precedente fase di affidamento del medesimo, rispetto alla quale opera l'apposito ed autosufficiente sistema sanzionatorio delle esclusioni, volto a colpire tutte le irregolarità e le inadempienze commesse dalle imprese concorrenti nel corso della procedura di affidamento, la quale include sia il procedimento di gara in senso stretto sia il successivo segmento pubblicistico compreso tra aggiudicazione e stipula del contratto, in cui continuano ad essere presenti posizioni di interesse legittimo contrapposte al potere autoritativo di scelta del contraente (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 2 agosto 2019 n. 5498; TAR Campania Napoli, Sez. VIII, 23 novembre 2017 n. 5539; TAR Lazio, Roma, Sez. II Bis, 3 novembre 2015 n. 12400; TAR Veneto, Sez. I, 27 marzo 2017 n. 310). In definitiva, la disposta decadenza dall'aggiudicazione altro non è che l'esclusione dalla procedura comminata all'impresa selezionata per irregolarità e/o inadempienze riscontrate successivamente all'emissione del provvedimento di aggiudicazione. Ciò comporta l'applicazione nella specie del condiviso principio secondo il quale il partecipante ad una gara non è tenuto a dichiarare – e pertanto non incorre in omissione informativa rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), del d.lgs. n. 50/2016 – le esclusioni disposte nei suoi confronti in precedenti gare, poiché, al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti all'ANAC in

caso di dolo o colpa grave nel mendacio, la causa di esclusione che potrebbe dar luogo all'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura selettiva, si riferisce – e si conclude – all'interno della procedura di gara in cui è maturata, non avendo efficacia ultrattiva in altre procedure, pena, in caso contrario, l'inevitabile riproducibilità a strascico della medesima sanzione espulsiva (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 3 febbraio 2021 n. 1000, 27 settembre 2019 n. 6490 e 9 gennaio 2019 n. 196; nello stesso senso cfr. TAR Campania Napoli, Sez. II, 12 luglio 2021 n. 4806). Ne discende che sul Consorzio RES non incombeva alcun obbligo informativo inerente alla decadenza comminata dal Comune di Calvi Risorta. Sempre in punto di fatto e con riferimento al Comune di Canneto sull'Oglio, giova notare che le informazioni rese nel DGUE in merito al provvedimento di revoca dell'aggiudicazione – rectius al provvedimento di risoluzione contrattuale per grave inadempimento, trattandosi di inadempienze riscontrate nell'esecuzione dell'appalto, sebbene affidato sotto riserva – non erano affatto incomplete, poiché illustravano sufficientemente il fatto storico e la sua collocazione temporale (marzo 2019), potendo ogni ulteriore dettaglio – indipendentemente dalla mancata indicazione del numero di protocollo e del numero di ruolo – essere agevolmente acquisito dalla stazione appaltante, ai fini delle valutazioni del caso, direttamente all'Albo Pretorio del Comune e/o interpellando il competente ufficio di cancelleria del Tribunale di Brescia, senza contare, in alternativa, la sempre possibile attivazione del soccorso istruttorio nei confronti dello stesso consorzio partecipante. D'altronde, la parziale omissione informativa è smentita dallo stesso comportamento processuale assunto dalla ricorrente principale, la quale ha depositato in giudizio la determina dirigenziale del Comune di Canneto sull'Oglio n. 33 del 6 marzo 2019, recante la risoluzione contrattuale in questione, così dando conto dell'avvenuta agevole acquisizione del documento. Ad ogni modo, nell'inconcessa ipotesi che si tratti di totale e parziale omissione di informazioni rilevanti in tema di affidabilità professionale, la tesi attorea

dell'automatica doverosa esclusione del consorzio aggiudicatario non trova sostegno nelle risultanze di diritto positivo. Vale premettere, per un utile inquadramento della materia degli obblighi dichiarativi relativi all'ambito degli illeciti professionali, la condivisibile ricostruzione giuridica effettuata dal massimo giudice amministrativo, anche alla luce degli interventi legislativi che hanno di recente riformulato il testo del comma 5 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 e dei fondamentali approdi ermeneutici contenuti nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 28 agosto 2020: "Vale richiamare le puntuali riflessioni del giudice di appello (sez. V, 8 aprile 2021, n. 2838) in ordine alla distinta previsione, operata dal Codice, in termini di specifico, legittimo ed autonomo motivo di esclusione, che testimonia la sua attitudine a concretare, in sé, una forma di grave illecito professionale: nel qual caso, il necessario nesso di strumentalità rispetto alle valutazioni rimesse alla stazione appaltante finisce per dislocarsi dal piano del concreto apprezzamento delle circostanze di fatto, rimesso alla mediazione valutativa della stazione appaltante, al piano astratto di una illiceità meramente formale e presunta, operante de jure. Deve, a tal fine, distinguersi tra due vicende che il Codice ha cura di tenere distinte: a) l'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, che comprende anche la reticenza, cioè l'incompletezza, con conseguente facoltà della stazione appaltante di valutare la stessa ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico; b) la falsità delle dichiarazioni, ovvero la presentazione nella procedura di gara in corso di dichiarazioni non veritiere, rappresentative di una circostanza in fatto diversa dal vero, cui di regola consegue, per contro, l'automatica esclusione dalla procedura di gara, deponendo in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico (laddove, per l'appunto, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso). La distinzione va precisata con l'osservazione che l'ordito normativo –

peraltro frutto di vari interventi correttivi, integrativi e, nel caso della lettera c), anche diairetici stratificati nel tempo – fa variamente riferimento: a) alla falsità di “informazioni” fornite (lettera c-bis), di “dichiarazioni” rese e di “documentazione” presentata (lettere f-bis, f-ter e g, nonché il comma 12), talora, peraltro, dando rilevanza alla mera (ed obiettiva) “non veridicità”, talaltra ai profili di concreta “rilevanza o gravità” ovvero ai profili soggettivi di imputabilità (evocati dal riferimento alla negligenza, alla colpa, anche grave, o addirittura al dolo); b) alla attitudine “fuorviante” delle informazioni (intesa quale suscettibilità di influenzare il processo decisionale in ordine all’esito della fase di ammissione); c) alla mera “omissione” (di informazioni dovute). Inoltre, si distingue, con esclusivo riguardo alle falsità dichiarative e documentali, secondo che le stesse rimontino a condotte (attive od omissive), a loro volta poste in essere (cfr. comma 6), prima ovvero nel corso della procedura. In altri termini, è un dato positivo la distinzione tra dichiarazioni omesse (rilevanti in quanto abbiano inciso, in concreto, sulla correttezza del procedimento decisionale), fuorvianti (rilevanti nella loro attitudine decettiva, di “influenza indebita”) e propriamente false (rilevanti, per contro, in quanto tali). E se si considera che la reticenza corrisponde, in definitiva, alla c.d. mezza verità (la cui attitudine decettiva opera, quindi, in negativo, in relazione a ciò che viene taciuto, costituendo, quindi, una forma di omissione parziale), le informazioni fuorvianti sono quelle che manifestano attitudine decettiva in positivo, per il contenuto manipolatorio di dati reali: una sorta di mezza falsità). La distinzione è, già sul ridetto piano normativo, legata a diverse conseguenze: mentre le prime tre ipotesi (dichiarazioni omesse, reticenti e fuorvianti) hanno rilievo solo in quanto si manifestino nel corso della procedura, la falsità è più gravemente sanzionata dall’obbligo di segnalazione all’Anac gravante sulla stazione appaltante in forza del comma 12 dell’art. 80 e della possibile iscrizione (in presenza di comportamento doloso o gravemente colposo e subordinatamente ad un apprezzamento di rilevanza) destinata ad operare anche nelle successive procedure evidenziali, nei limiti del biennio

(lettere f-ter e g, quest'ultima riferita, peraltro, alla falsità commessa ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione). Con il che la falsità (informativa, dichiarativa ovvero documentale) ha attitudine espulsiva automatica oltreché (potenzialmente e temporaneamente) ultrattiva; laddove le informazioni semplicemente fuorvianti giustificano solo – trattandosi di modalità atta ad influenzare indebitamente il concreto processo decisionale in atto – l'estromissione dalla procedura nella quale si collocano. Risulta evidente che in siffatta prospettiva ermeneutica l'omissione e la reticenza dichiarativa si appalesano per definizione insuscettibili - a differenza della falsità e della manipolazione fuorviante, di per sé dimostrative di pregiudiziale inaffidabilità - di legittimare l'automatica esclusione dalla gara: dovendo sempre e comunque rimettersi all'apprezzamento di rilevanza della stazione appaltante, a fini della formulazione di prognosi in concreto sfavorevole sull'affidabilità del concorrente. Alla luce delle considerazioni che precedono, deve allora evidenziarsi, in coerenza alle puntualizzazioni offerte dall'Adunanza plenaria n. 16 del 2020: a) che la reticenza dichiarativa – seppure non legittimi di per sé l'attivazione di un automatismo espulsivo – può e deve essere apprezzata dalla stazione appaltante in quanto si riveli idonea ad occultare “informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”, ad “influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante” in ordine alle valutazioni “sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione” (art. 80, comma 5, lettera c-bis), d.lgs. n. 50 del 2016), risultando sintomaticamente, nella sua attitudine decettiva ed in relazione alla posizione dell'operatore economico, idonea a “rendere dubbia la sua integrità o affidabilità” (comma 5, lettera c); b) che l'ipotesi va, perciò, tenuta distinta dalla più grave falsità dichiarativa o documentale di cui alla lettera f-bis, correlata alla obiettiva (e perciò verificabile e sindacabile) non veridicità dei fatti allegati a supporto della domanda di partecipazione: che, in quanto espressiva di inaffidabilità in re ipsa, costituisce ragione di automatica esclusione, sottratta al concreto e motivato vaglio di rilevanza; c) che, sotto

distinto profilo, entrambe le ipotesi – in ogni caso riferite ad illeciti dichiarativi endoprocedimentali, vale a dire maturati “nella procedura di gara in corso” (comma 5, lettera f-bis) – vanno tenute separate dall’ulteriore fattispecie escludente di cui all’art. 80, comma 12 (in correlazione alle lettere f-ter e g del comma 5), che si riferisce alla eventualità – operante pro futuro ed in relazione a procedure diverse e successive a quelle in cui sia maturato l’illecito – che l’Anac, su segnalazione delle stazioni appaltanti, abbia accertato l’imputabilità soggettiva (in termini di “dolo o colpa grave”) e la concorrente gravità obiettiva dei fatti oggetto “di falsa dichiarazione o falsa documentazione”, procedendo alla “iscrizione nel casellario informatico”, di per sé obiettivamente ed automaticamente preclusiva, sia pure ad tempus e cioè “fino a due anni”, di ulteriori partecipazioni.” (così Consiglio di Stato, Sez. III, 1° giugno 2021 n. 4201). Orbene, si ricava dal superiore insegnamento che in tanto la violazione degli obblighi informativi discendenti dall’art. 80, comma 5, lett. c -bis), cit. – posta in essere attraverso l’omissione dichiarativa su possibili ipotesi di grave illecito professionale – può comportare l’esclusione del concorrente reticente, in quanto essa sia stata valutata dalla stazione appaltante in termini di incidenza sulla permanenza degli imprescindibili requisiti di integrità ed affidabilità del concorrente stesso. Ne discende che l’esclusione non è automatica, come pretende la ricorrente principale, ma è rimessa all’apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, la quale potrà adottare la misura espulsiva una volta appurato, indipendentemente dalle modalità di acquisizione dei relativi elementi di fatto, che l’omissione dichiarativa abbia intaccato l’attendibilità professionale del singolo operatore economico, minando la relazione di fiducia venutasi a creare a seguito della partecipazione alla gara: in ciò risiede, in effetti, l’essenza del grave illecito professionale endoprocedurale. In altri termini, una volta venuta a conoscenza della mancata informativa, la stazione appaltante potrà escludere dalla gara il concorrente reticente solo dopo aver accertato, mediante il discrezionale apprezzamento di tutte le circostanze del caso, che

l'omissione dichiarativa costituisca prova del fatto che "l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità" (cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 12 marzo 2020 n. 1774);

bb) la censura relativa alla barratura della casella "No" presente nel DGUE è innanzitutto inammissibile, avendo la GPN contrassegnato allo stesso modo il proprio DGUE pur in presenza di una dichiarazione relativa ad alcune fattispecie (penali applicate dal Comune di Sant'Anastasia) astrattamente riconducibili ad ipotesi di grave illecito professionale. Invero, il dovere di correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 c.c., alla luce del parametro di solidarietà, sancito dall'art. 2 Cost. e dalla CDFUE, si pone non più solo come criterio per valutare la condotta delle parti nell'ambito dei rapporti obbligatori, ma anche come canone per individuare un limite alle richieste e ai poteri dei titolari dei diritti, anche sul piano della loro tutela processuale. Espressione dell'abusivo esercizio di un potere, anche processuale, è quello di dedurre motivi di gravame, ovvero di formulare argomenti ed eccezioni, che si pongono in contraddizione con precedenti comportamenti tenuti dal medesimo soggetto deducente, come puntualmente avvenuto nella specie, in violazione del divieto generale di "venire contra factum proprium" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 3 maggio 2021 n. 3458; TAR Campania Napoli, Sez. VI, 5 maggio 2021 n. 2992; TAR Lazio Roma, Sez. II, 8 gennaio 2021 n. 257). In secondo luogo, la censura in parola si profila anche infondata, non costituendo l'operata barratura un caso di falsità dichiarativa comportante automatica estromissione dalla gara. Infatti, essa, oltre ad essere imputabile ad un evidente refuso dovuto alla personale convinzione del dichiarante di non essere incorso in alcun grave illecito professionale, è resa giuridicamente irrilevante dalla contestuale specificazione con cui è stata portata a conoscenza della stazione appaltante l'intervenuta risoluzione contrattuale deliberata dal Comune di Canneto sull'Oglio, la quale

costituisce il sostrato sostanziale dell'obbligo dichiarativo adempiuto dal Consorzio RES;

cc) infine, posta l'intrinseca irrilevanza, in termini di grave illecito professionale, della decadenza dall'aggiudicazione disposta dal Comune di Calvi Risorta, non determina automatico effetto espulsivo la risoluzione contrattuale operata dal Comune di Canneto sull'Oglio, per quanto la fattispecie rientri nell'ipotesi di grave illecito professionale tipizzata dall'art. 80, comma 5, lett. c-ter), del d.lgs. n. 50/2016 ("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 (...); su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa;"). Si osserva, al riguardo, che l'esclusione per grave illecito professionale, anche quando tale illecito assuma la suddetta veste tipizzata, richiede che la sussistenza dei presupposti in presenza dei quali deve essere disposta l'esclusione debba essere apprezzata dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità. Pertanto, l'invocata disposizione normativa, come anche quella generale di chiusura di cui alla precedente lett. c), non comporta una preclusione in via automatica, ma richiede una valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, alla quale, per quanto rileva in questa sede, parte ricorrente non può sostituirsi. Ne discende, quanto al caso di specie, che, in mancanza di apposita valutazione della stazione appaltante circa l'affidabilità professionale dell'impresa aggiudicataria (come meglio risulterà dal prosieguo della trattazione), non può operare la predetta causa di esclusione (cfr. TAR Lombardia Milano, Sez. I, 21 luglio 2021 n. 1775; TAR Campania Napoli, Sez. I, 1° luglio 2020 n. 2793);

Considerato, altresì, che:

- viceversa, si profila fondato il secondo motivo del ricorso principale, con cui, nel lamentare il difetto di istruttoria e di motivazione, si stigmatizza che la

stazione appaltante abbia “omesso qualsivoglia tipo di valutazione in ordine alle significative o persistenti carenze nell’esecuzione del servizio di igiene urbana nel Comune di Canneto sull’Oglio, che potevano ragionevolmente portare all’esclusione del Consorzio RES, per carenza del requisito dell’affidabilità professionale”;

- difatti, se si pone mente alle inadempienze contestate con il provvedimento di risoluzione contrattuale adottato dal Comune di Canneto sull’Oglio (determina dirigenziale n. 33 del 6 marzo 2019), ci si avvede che esse consistono in plurime inosservanze degli obblighi di servizio, anche con riguardo al rispetto delle condizioni di lavoro imposte dalla contrattazione collettiva e dalla normativa sulla sicurezza dei luoghi di lavoro, nonché all’assolvimento degli ineludibili obblighi assicurativi e previdenziali;

- tali inadempienze avrebbero richiesto una specifica e motivata valutazione da parte della stazione appaltante, che desse conto della sussistenza (o meno) del requisito di affidabilità professionale in capo al consorzio aggiudicatario, valorizzando, oltre al contesto fattuale, i parametri legislativi del tempo trascorso e della gravità delle violazioni (art. 80, comma 5, lettera c-ter), del d.lgs. n. 50/2016). Invece, la stazione appaltante si è limitata a dichiarare laconicamente, nel provvedimento di aggiudicazione, di aver verificato con esito positivo la “veridicità delle dichiarazioni sostitutive di certificazione presentate in sede di gara dall’aggiudicatario ed attestanti il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, richiesti dalla normativa vigente per l’assunzione dell’appalto in argomento”;

- si osserva, al riguardo, che è principio diffuso che la stazione appaltante, la quale non ritenga la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente incisiva della sua affidabilità professionale, non è tenuta ad esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l’ammissione alla gara dell’impresa, mentre è il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione di gravità tale da elidere l’affidabilità del

concorrente, a richiedere l'assolvimento di un particolare onere motivazionale: in sintesi, la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni e non anche le ammissioni, se su di esse non sussiste in gara contestazione (cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. V, 5 maggio 2020 n. 2850);

- tuttavia, va evidenziato che la suddetta regola è destinata a subire eccezione nel caso in cui, come nella fattispecie, la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente presenti una pregnanza tale, per la rilevanza qualitativa e la consistenza quantitativa delle violazioni addebitate, che la stazione appaltante non possa esimersi dal rendere esplicite le ragioni per le quali abbia comunque apprezzato l'impresa come affidabile (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 2021 n. 1500);

- per converso, va disattesa l'eccezione della difesa consortile, con cui si deduce essenzialmente che le inadempienze contestate dal Comune di Canneto sull'Oglio nel provvedimento di risoluzione contrattuale non avrebbero mai consentito l'adozione di un provvedimento di esclusione dalla gara, alla luce di una serie di circostanze dirimenti, quali il tempo trascorso dall'evento risolutorio, la mancata segnalazione della vicenda all'ANAC (con conseguente mancata iscrizione nel casellario informatico) e l'ininfluenza delle predette inadempienze sulla regolare prosecuzione del servizio di gestione rifiuti;

- infatti, è sufficiente rimarcare che l'incidenza delle inadempienze in questione sul mantenimento del requisito di affidabilità professionale da parte del consorzio aggiudicatario, anche al cospetto delle circostanze di fatto e di diritto che potrebbero attenuare detta incidenza, deve essere rimessa al prudente apprezzamento della stazione appaltante, la quale dovrà espressamente pronunciarsi in merito senza che la sua valutazione possa essere sostituita dal giudice amministrativo, pena la violazione del principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, c.p.a., a termini del quale il giudice non "può

pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati” (cfr. A.P. n. 16/2020 cit.);

- in definitiva, ribadite le suesposte considerazioni, il provvedimento di aggiudicazione della gara, reso con decreto dirigenziale del Provveditorato prot. n. 202 del 1° luglio 2021, è illegittimo per difetto di istruttoria e di motivazione e, pertanto, merita di essere rimosso dal mondo giuridico, dovendo la stazione appaltante riaprire il procedimento di gara e determinarsi espressamente e motivatamente sulla sussistenza del requisito di affidabilità professionale in capo al Consorzio RES, alla luce dei rilievi sopra formulati e in ossequio alla disposizione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c-ter), del d.lgs. n. 50/2016;

- invece, va rigettata la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, non essendo stata dimostrata la sua avvenuta stipula, con conseguente inammissibilità della connessa istanza risarcitoria in forma specifica per carenza della condizione dell’azione prevista dall’art. 124 c.p.a. La predetta istanza risarcitoria si presenta, a ben vedere, anche infondata, risolvendosi l’annullamento del provvedimento di aggiudicazione in un sostanziale remand alla stazione appaltante, che potrebbe anche confermare il Consorzio RES nella posizione di aggiudicatario del servizio;

Ritenuto, in conclusione, che:

- ferma l’improcedibilità dell’istanza di accesso endoprocessuale proposta dal Consorzio RES, il ricorso principale deve essere accolto nei limiti sopra precisati, con conseguente annullamento dell’impugnato provvedimento di aggiudicazione;

- proprio perché, come sopra accennato, il Consorzio RES potrebbe anche essere suscettivo di un rinnovato provvedimento di aggiudicazione, una volta motivatamente appurata la sua affidabilità professionale, il ricorso incidentale da questo proposto (come integrato dai motivi aggiunti), in ragione del limitato accoglimento della domanda impugnatoria formulata nel ricorso principale, va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di attuale

interesse, rimanendo esso consorzio ancora in gara quale primo classificato e profilandosi, al momento, indifferente per la sua posizione la contestuale permanenza in gara della società GPN;

- sussistono giusti e particolari motivi, attese la complessità delle questioni trattate e la novità della vicenda contenziosa, per disporre la compensazione tra le parti delle spese processuali, ad eccezione del contributo unificato versato dalla ricorrente principale, il cui importo deve essere rifuso alla medesima a cura del Provveditorato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così statuisce:

- dichiara improcedibile l'istanza di accesso endoprocessuale proposta dal Consorzio RES;

- accoglie il ricorso principale nei limiti precisati in motivazione e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento di aggiudicazione, reso con decreto dirigenziale del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania, Molise, Puglia e Basilicata prot. n. 202 del 1° luglio 2021;

- dichiara improcedibile il ricorso incidentale, come integrato dai motivi aggiunti.

Spese compensate, ad eccezione del contributo unificato versato dalla ricorrente principale GPN S.r.l., il cui importo deve essere rifuso alla medesima a cura del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania, Molise, Puglia e Basilicata.

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 21 dicembre 2021 e 7 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

Antonella Lariccia, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Carlo Dell'Olio

IL PRESIDENTE
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO