

Publicato il 04/02/2019

N. 00598/2019 REG.PROV.COLL.

N. 02817/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2817 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Consorzio Nazionale Cooperative Produzione Lavoro Ciro Menotti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Manlio Romano, con eletto presso il suo studio in Napoli, viale Antonio Gramsci 21;

contro

Autostrade per L'Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Gentile, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Nitto in Napoli, via Roberto Bracco n. 71;

nei confronti

Consorzio Stabile Arem, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Clemente Manzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad

opponendum:

Interporto Sud Europa S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, viale Gramsci n. 16;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione, comunicata ex art. 76 del d.lgs. n. 50/2016 con nota prot. 0012698 del 7 giugno 2018, notificata al ricorrente in data 12 giugno 2018, a favore del Consorzio Stabile A.R.E.M. Lavori S.C.AR.L., della gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo svincolo e stazione di Maddaloni al Km 4 100 dell'Autostrada A/30 Caserta – Salerno – Codice appalto n. 0025/A30 – Commessa 0G169;

- di tutti gli atti e verbali di gara nella parte in cui sono state valutate le offerte tecniche ed economiche delle società concorrenti, assegnati i relativi punteggi, nonché stilata la graduatoria provvisoria con relativa assegnazione della gara al Consorzio Stabile A.R.E.M. Lavori S.C.AR.L. e, segnatamente, dei verbali dal n. 1 del 29 maggio 2017 al n. 17 del 20 settembre 2017;

- di tutti gli atti successivi al verbale n. 17 del 20 settembre 2017 e segnatamente la nota prot. ASPI/RM/2018/0005288/EU del 5 marzo 2018 e la nota ASPI/RM/2018/0012659/EU del 7 giugno 2018, conosciuti

dall'odierno ricorrente in sede di accesso agli atti del 20 giugno 2018;

- ove occorre, del bando di gara, della lettera di invito e dell'Elaborato "CA_0025A30_Criteri_di Aggiudicazione_W_2016" allegato alla lettera di invito, nella misura in cui le disposizioni ivi previste hanno previsto criteri e parametri di valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica illegittimi per violazione e falsa applicazione di legge nonché per manifesta irragionevolezza e illogicità;

- di ogni atto presupposto, consequenziale o comunque connesso rispetto a quelli impugnati, nonché per il risarcimento del danno in forma specifica mediante conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto previa declaratoria di inefficacia del medesimo contratto eventualmente già sottoscritto ai sensi dell'art. 124 c.p.a. ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà quantificata in corso di causa.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrade per L'Italia S.p.A. e di Consorzio Stabile Arem;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2018 il dott. Maurizio Santise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea – Serie GU/S S189 – n. 338824 del 30 settembre 2016 e nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana – Serie 5° Speciale – n. 113 del 30 settembre 2016, Autostrade per l'Italia S.p.A. ha indetto una procedura ristretta, ai sensi dell'art. 61 del d.lgs. n. 50/2016, relativa all'appalto avente ad oggetto i lavori di realizzazione del nuovo svincolo e stazione di Maddaloni al Km 4+100 dell'Autostrada A/30 Caserta – Salerno, da aggiudicarsi, ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara hanno partecipato la società ricorrente e quella controinteressata che, con nota prot. n. 5288 del 5 marzo 2018, è risultata aggiudicataria della gara.

L'odierna ricorrente, con ricorso tempestivamente notificato all'amministrazione resistente e alla società controinteressata, e regolarmente depositato nella Segreteria del Tar, ha impugnato il predetto provvedimento, contestandone la legittimità per i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione di legge: art. 80, comma 5, lett. c) e f), comma 6 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; violazione e falsa applicazione delle linee guida Anac n. 6; eccesso di potere per violazione dei principi di trasparenza, correttezza e buona fede; eccesso di potere per ingiustizia grave e manifesta, disparità di trattamento e manifesta irragionevolezza; difetto di istruttoria e di motivazione;

2) Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 76, 77 e 94 del d.p.r. n. 207/2010; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, travisamento dei fatti, disparità di trattamento;

3) Violazione e falsa applicazione di legge: art. 95 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, travisamento dei fatti, disparità di trattamento.

La società ricorrente ha proposto, altresì, domanda di risarcimento danni in forma specifica mediante conseguimento dell'aggiudicazione e conseguente stipula del contratto, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente già sottoscritto ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. e, solo in via subordinata, ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente.

Con ricorso per motivi aggiunti notificato in data 6 ottobre 2018 la società ricorrente ha articolato ulteriori motivi di ricorso:

1) Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 84 e 48 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; violazione e falsa applicazione di legge: artt. 76, 77 e 94 del d.p.r. n. 207/2010; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, travisamento dei fatti, disparità di trattamento; violazione della par condicio tra i concorrenti; eccesso di potere per violazione dei principi di trasparenza, correttezza e buona fede. violazione e falsa applicazione di legge: art. 80 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Autostrade per l'Italia S.p.A. e il Consorzio Stabile Arem si sono costituiti regolarmente in giudizio, contestando l'avverso ricorso e chiedendone il rigetto.

L'amministrazione resistente ha, in particolare, eccepito, in via preliminare, l'irricevibilità del ricorso in relazione ai primi due motivi del ricorso principale.

L'Interporto Sud Europa S.p.A. è intervenuta *ad opponendum* nel presente giudizio, contestando l'avverso ricorso e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza n. 1262/2018 è stata respinta la domanda cautelare.

Alla pubblica udienza del 19 dicembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. In via preliminare va esaminata l'eccezione di irricevibilità sollevata dall'amministrazione resistente, secondo cui, ai sensi di quanto previsto dal combinato disposto degli articoli 29 del D.Lgs. n. 50/2016 e 120, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 104/2010, il ricorso sarebbe tardivo, perché notificato ben oltre il termine di 30 giorni decorrente dalla conoscenza del provvedimento di ammissione del Consorzio AREM, pubblicato sul sito di Autostrade in data 22 settembre 2017.

L'eccezione è infondata.

L'art. 120 comma 2 bis del cp.a. impone l'impugnazione del provvedimento che determina le ammissioni alla gara (oltre che delle esclusioni) all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali, entro trenta giorni decorrenti dalla pubblicazione del citato

provvedimento sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 29 d.lgs. 50/2016.

Nel caso di specie, non vi è stato alcun provvedimento espresso di ammissione alla gara della controinteressata e, pertanto, non è possibile applicare la norma citata che, come ha peraltro chiarito l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 4/2018), rappresenta un'eccezione al regime ordinario del processo in tema di appalti e, quindi, le norme ivi contenute devono essere di stretta interpretazione.

In ogni caso, il consorzio ricorrente non disponeva degli elementi essenziali per presentare il ricorso, in quanto la sanzione interdittiva comminata nei confronti dell'aggiudicatario è stata iscritta nel casellario informatico dell'ANAC in data 29 dicembre 2017, successivamente, dunque, al citato verbale di gara pubblicato sul sito di Autostrade in data 22 settembre 2017.

Ne consegue, dunque, che l'eccezione sollevata dall'amministrazione resistente è infondata e va, pertanto, respinta.

3. Tanto premesso, ritiene il Collegio che, *re melius perpensa* rispetto a quanto deciso in sede cautelare, il ricorso sia fondato nei limiti di seguito specificati.

Secondo la ricorrente, l'aggiudicazione disposta a favore del Consorzio A.R.E.M. Lavori sarebbe illegittima, in quanto l'aggiudicataria, nel corso del procedimento, avrebbe violato i doveri di correttezza e buona fede, nonché gli obblighi informativi posti a carico dei partecipanti alle gare pubbliche

dalla normativa vigente e, in specie, dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

Dal casellario informatico dell'ANAC è, infatti, emerso che il Consorzio Stabile A.R.E.M Lavori, in data 29 dicembre 2017, e quindi durante la procedura di gara, è stato sanzionato con l'interdizione per due mesi dalla partecipazione alle procedure di gara. L'aggiudicataria non ha comunicato tale sanzione alla stazione appaltante.

La stazione appaltante avrebbe dovuto, quindi, escludere l'aggiudicataria per violazione degli obblighi informativi.

Va, tuttavia, chiarito che, nel caso di specie, la società ricorrente è stata destinataria di una sanzione pari a 2 (due) mesi di interdizione dalla *partecipazione alle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto* comminata, però, dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte ed esauritasi prima dell'aggiudicazione; quest'ultima è infatti intervenuta successivamente allo scadere dei due mesi di interdizione, in data 5 marzo 2018, a distanza di circa sei mesi dalle conclusioni delle operazioni della Commissione di gara.

La graduatoria di gara è stata, infatti, predisposta dalla Commissione nella seduta pubblica del 20 settembre 2017 e, dunque, quando il provvedimento dell'ANAC (delibera del Consiglio ANAC del 6.12.2017, con decorrenza dalla data di pubblicazione nel casellario informatico, avvenuta in data 29.12.2017) non era ancora stato emesso.

La citata misura interdittiva è stata disposta dall'Anac perché il Comune di Pisa, con comunicazioni acquisite al protocollo

dell'Autorità al n. 22296 del 10.02.2017 e prot. n. 22553 del 13.02.2017, ha segnalato gli operatori economici “Consorzio Stabile A.R.E.M. Lavori”, e “R.S.C. Appalti Sud S.r.l.s.”, nell'ambito della gara per l'affidamento dei “Lavori di ripristino e consolidamento statico del canale dei Navicelli” – Lotto 4 – CIG: 5336137F8A”, per il sussistere di situazioni di collegamento sostanziale, di cui all'art. 38, comma 1, lettera m-quater), del d.lgs 163/2006.

Secondo l'amministrazione resistente e la controinteressata, non emergerebbe alcun obbligo dichiarativo in capo alla aggiudicataria, in quanto tali obblighi di dichiarazione cesserebbero all'atto della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione e, nel caso di specie, la sanzione interdittiva, come visto, è intervenuta dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte. Inoltre, l'omessa comunicazione della sanzione Anac non ha avuto alcuna incidenza sull'aggiudicazione che è intervenuta solo dopo che l'efficacia della sanzione era venuta meno.

4. Ritiene il Collegio che il ricorso sia fondato nei limiti di seguito specificati e che la ricostruzione offerta dall'amministrazione resistente e dalla controinteressata non possa essere condivisa, in quanto è, da un lato, eccessivamente formalistica e, dall'altro, non in linea con le ragioni ispiratrici dell'art. 80 d.lgs.50/2016 e dei connessi obblighi dichiarativi.

Quest'ultima norma prevede cause di esclusione dalla gara, obbligatorie o facoltative, fondate sul presupposto che l'operatore economico non dichiari, o dichiari falsamente,

alcune condizioni o presupposti specificamente indicati ai commi 1, 2, 4 e 5.

La previsione della cause di esclusione per mancata dichiarazione (o falsa dichiarazione) presuppone, dunque, l'emersione, in capo all'operatore economico, di determinati obblighi dichiarativi, il cui contenuto si definisce e si modella alla luce proprio delle citate cause di esclusione.

Il legislatore pretende, dunque, dall'operatore economico che partecipa ad un gara pubblica una serie di informazioni per valutarne l'affidabilità morale e professionale.

Si tratta di un'applicazione dei principi di buona fede e correttezza che da tempo sono entrati nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico (cfr., Cass., 18/09/2009 n. 20106) e che fanno dell'obbligo di buona fede oggettiva un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462).

La giurisprudenza ha, peraltro, chiarito che il principio di buona fede informa tutte le fasi della procedura di gara al punto che, in tema di responsabilità precontrattuale della p.a., l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 5/2018) ha affermato, superando il contrario prevalente orientamento, che la responsabilità precontrattuale della p.a. possa perfezionarsi anche prima dell'aggiudicazione, perché la p.a. è tenuta al dovere di buona fede in tutte la fasi della procedura di gara.

La latitudine applicativa del principio di buona fede nelle gare pubbliche è tale che è pacifica anche la sua rilevanza bilaterale: opera nei confronti della p.a., così come nei confronti dei partecipanti alle gare pubbliche.

Del resto, la Relazione ministeriale al codice civile, sul punto, evidenziava che il principio di correttezza e buona fede “richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore”, operando, quindi, come un criterio di reciprocità.

Ne consegue, dunque, che, così come la stazione appaltante deve comportarsi secondo buona fede in tutte le fasi della procedura di gara, così devono fare anche i partecipanti alle gare pubbliche che devono fornire all'amministrazione tutte le informazioni necessarie affinché questa possa scegliere nel modo più consapevole possibile l'impresa più affidabile.

Nel caso di specie, l'aggiudicataria ha omesso un'informazione avente ad oggetto una misura limitativa emessa dall'Anac che ha comportato l'interdizione dalla partecipazione alle gare pubbliche; misura che, dunque, ha comportato un congelamento, una sospensione, della capacità di partecipare alle gare indette dalla p.a.

L'art. 80, comma 5, lett. f), dispone, peraltro, che le stazioni appaltanti escludono un operatore economico che sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o *ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica*

amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81.

La sanzione Anac in parola, comportando l'interdizione dalla partecipazione alle gare pubbliche, comporta, come effetto automatico, l'incapacità a contrarre con la p.a. nel periodo temporale di efficacia della sanzione.

5. Né è possibile ritenere tale misura applicabile solo se interviene entro la scadenza del termine di presentazione delle offerte e reputarla, invece, irrilevante se emessa successivamente.

Il Consiglio di Stato ha, infatti, chiarito che l'interdizione dalla partecipazione alle gare pubbliche rappresenta “una misura restrittiva che riguarda non il micro-mercato della singola gara e del figurato conseguente contratto, dove l'omissione è avvenuta (e rispetto alla quale già l'esclusione disposta dalla stazione appaltante ha raggiunto l'effetto impeditivo), bensì il ben più ampio mercato generale di tutte le gare per contratti pubblici”. Tale misura ha un effetto dirompente “sulla capacità settoriale di agire dell'impresa, perché comunque presunta sospettabile di inaffidabilità morale in tema di gare pubbliche”. E', quindi, una “seria misura di prevenzione settoriale e generale de futuro, non già – malgrado l'invalso uso del termine - una vera e propria “sanzione” che va comminata dall'Anac nel rigoroso rispetto del principio di proporzionalità, proprio in considerazione degli effetti restrittivi che produce sulla capacità dell'impresa.

“Si tratta, dunque, di applicare una misura restrittiva che riguarda non il micro-mercato della singola gara e del figurato conseguente contratto, dove l’omissione è avvenuta (e rispetto alla quale già l’esclusione disposta dalla stazione appaltante ha raggiunto l’effetto impeditivo), bensì il ben più ampio mercato generale di tutte le gare per contratti pubblici, *in atto* o future e per quel certo stabilito tempo (cfr., Cons. Stato, 23 luglio 2018 n.4427).

Tale misura restrittiva operando, quindi, per tutte le gare per contratti pubblici anche in atto, trova immediata applicazione anche nel caso di specie, senza che abbia rilevanza la circostanza che siano scaduti i termini per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Qualora si ritenesse, come fa la controinteressata, che l’obbligo dichiarativo opererebbe solo entro la scadenza dei termini per la presentazione della domanda, si limiterebbe ingiustamente l’operatività, comunque, del principio di buona fede, legittimando condotte anche opportunistiche che, comunque, potrebbero condurre la stazione appaltante a scegliere un operatore economico non pienamente affidabile.

Conferma di tale impostazione deriva, oltre che dalla applicazione rigorosa del principio di buona fede alle gare pubbliche, anche dall’art. 80, comma 6, secondo cui le “stazioni appaltanti escludono un operatore economico *in qualunque momento della procedura*, qualora risulti che l’operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai

commi 1, 2, 4 e 5". Nel comma 5, lett. f), come visto, è richiamata, quale causa di esclusione, "altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione".

Ne consegue, dunque, che qualunque operatore economico è tenuto a informare la stazione appaltante dell'intervenuta emanazione di una sanzione Anc avente ad oggetto l'incapacità a partecipare alle gare pubbliche anche se intervenuta successivamente alla scadenza determini per la presentazione dell'offerta.

Nel caso di specie, contrariamente a quanto sostiene la controinteressata, non è emerso che la stazione appaltante fosse venuta, comunque, a conoscenza dell'esistenza della sanzione Anac e avesse deciso, comunque, di aggiudicare la gara alla aggiudicataria.

Ne consegue, dunque, che l'omessa dichiarazione del consorzio controinteressato avrebbe dovuto comportare l'esclusione dello stesso dalla gara.

6. A identica soluzione, peraltro, si giunge anche in considerazione del fatto che la sanzione Anac ha comportato, sia pur temporaneamente, la perdita dei requisiti di partecipazione, così violando il principio, secondo cui i partecipanti alle gare pubbliche devono possedere i requisiti di partecipazione lungo tutto l'arco della procedura di gara. In tal senso, sin dall'Adunanza Plenaria n. 8/2015, è stato ripetutamente affermato che i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dagli offerenti, senza soluzione di

continuità, dal giorno di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla gara, per tutta la durata di questa, fino all'aggiudicazione definitiva, alla stipula del contratto, nonché durante la sua esecuzione (cfr. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 25/09/2017, n. 4470).

Nel caso di specie, la sanzione Anac ha comportato, comunque, il venir meno, per un determinato periodo temporale, dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicataria.

Ne consegue, pertanto, che il ricorso va accolto anche sotto tale profilo.

7. Non può, invece, essere accolta la domanda di risarcimento del danno in forma specifica, in quanto l'amministrazione resistente ha evidenziato che l'offerta della ricorrente è stata, comunque, ritenuta anomala e, pertanto, non vi è la certezza che il consorzio ricorrente diventi aggiudicatario della gara, in quanto l'amministrazione dovrà, comunque, effettuare la valutazione della congruità dell'offerta. Il Consorzio ricorrente non ha, peraltro, replicato a tale affermazione dell'amministrazione resistente (contenuta a pag. 13 della memoria dell'amministrazione depositata in data 10.9.2018).

Né è possibile accogliere allo stato la domanda di risarcimento del danno per equivalente, neanche per perdita di chance, in quanto non è escluso che il Consorzio ricorrente possa divenire aggiudicatario della gara e così ottenere in forma specifica il bene della vita agognato.

8. Le ragioni che hanno condotto alla presente decisione, unitamente alla novità della questione, giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

In relazione a quest'ultimo punto il Consorzio ricorrente ha chiesto di essere dispensato dal pagamento dell'ulteriore contributo unificato con riguardo al ricorso per motivi aggiunti.

Sul punto la Corte di Giustizia dell'UE ha evidenziato che il giudice nazionale, se accerta che l'oggetto del ricorso introduttivo e di quello per motivi aggiunti, non sono effettivamente distinti o non costituiscono un ampliamento considerevole dell'oggetto della controversia già pendente, è tenuto a dispensare l'amministrato dall'obbligo di pagamento di tributi giudiziari cumulativi.

Nel caso di specie, il Consorzio ricorrente, con il ricorso per motivi aggiunti si è limitato semplicemente a puntualizzare motivi di ricorso già contenuti nel ricorso introduttivo, senza quindi ampliare considerevolmente l'oggetto della controversia.

Il Consorzio ricorrente può, quindi, essere dispensato dal pagamento dell'ulteriore contributo unificato con riguardo al ricorso per motivi aggiunti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li accoglie e annulla i provvedimenti impugnati;

Respinge la domanda di risarcimento dei danni proposta dalla
ricorrente;

Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 19
dicembre 2018 e 23 gennaio 2019 con l'intervento dei
magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Maurizio Santise, Primo Referendario, Estensore

Domenico De Falco, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Maurizio Santise

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano