

Pubblicato il 01/08/2017

N. 01011/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00475/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 475 del 2017, proposto da:
Realizzazioni e Montaggi – REM S.r.l., in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gaetano
Carmelo Tafuri, domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del
T.A.R. Toscana in Firenze, via Ricasoli 40;

contro

Centro Servizi Ambiente Impianti – CSAI S.p.a., in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ilaria
Cappelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via F. Crispi
9;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione dalla pubblica gara di appalto
riguardante il completamento delle opere di capping definitivo della
prima fase di ampliamento e la realizzazione delle opere di scavo e di
impermeabilizzazione dei moduli della terza fase di ampliamento (GIG
6807574BC5), emesso dalla CSAI in danno della ricorrente con nota prot.
n. 1045/17 datata 7 Marzo 2017, con tutto il procedimento;
nonché, occorrendo, della precedente nota prot. n. 574/17 datata 6
Febbraio 2017, di tutti i verbali di gara, delle note prot. n. 253/17 del 19
Gennaio e prot. n. 840/17 del 22 Febbraio 2017, e, ove esistente, del
provvedimento di aggiudicazione della gara;
e ancora, in subordine, del bando e del disciplinare di gara e di tutti gli
atti presupposti, consequenziali e connessi, nonché per la declaratoria
d'inefficacia e/o annullamento del relativo contratto di appalto qualora già
stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Centro Servizi Ambiente
Impianti S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 2-bis, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 giugno 2017 il dott.
Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente Realizzazioni e Montaggi (REM) S.r.l. ha partecipato alla gara indetta dalla Centro Servizi Ambiente Impianti (CSAI) S.p.a. – società mista operante nel ciclo integrato dei rifiuti e nella produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili – per l'affidamento delle opere di ampliamento dell'impianto di discarica di Casa Rota (completamento delle opere di capping definitivo della prima fase di ampliamento e la realizzazione delle opere di scavo ed impermeabilizzazione dei moduli della terza fase di ampliamento, per l'importo a base d'asta di euro 1.735.227,92: bando pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 7 ottobre 2016). Con ricorso proposto ai sensi dell'art. 120 co. 2-bis c.p.a., essa chiede l'annullamento dell'esclusione disposta nei suoi confronti e motivata con riferimento all'esistenza di un pregresso grave illecito professionale, emersa dalle dichiarazioni rese dalla stessa ricorrente ai fini della partecipazione alla gara. L'esclusione è stata confermata dalla stazione appaltante all'esito del riesame sollecitato dall'interessata.

1.1. Successivamente alla notifica del ricorso, la gara è stata aggiudicata ad altra impresa. Della circostanza dà atto la stessa REM S.r.l., la quale dichiara di non avere interesse a impugnare l'aggiudicazione, conservando tuttavia quello a vedere accertata l'illegittimità della propria esclusione onde scongiurare le potenziali conseguenze negative che tale atto potrebbe arrecarle in occasione della futura partecipazione a nuove gare per l'affidamento di contratti pubblici (la stazione appaltante si sarebbe espressamente riservata di segnalare l'esclusione alle autorità competenti).

1.2. Per resistere al ricorso, si è costituita in giudizio la società Centro Servizi Ambiente Impianti.

1.3. La causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella camera di consiglio del 28 giugno 2017, preceduta dal deposito di documenti, memorie difensive e repliche.

2. La mancata impugnativa della sopravvenuta aggiudicazione della procedura non determina l'improcedibilità del ricorso, apparendo meritevole di tutela il residuo interesse della società ricorrente a vedere comunque accertata l'illegittimità dell'esclusione ed evitare che quest'ultima, ovvero le ragioni poste a suo fondamento, possano a loro volta costituire motivo di esclusione dalle procedure di affidamento cui REM S.r.l. dovesse in futuro partecipare (in termini, cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955).

3. Nel merito.

L'art. 80 co. 5 del d.lgs. n. 50/2016 prevede, alla lettera c), che un operatore economico deve essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto qualora la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che esso si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da mettere in dubbio la sua integrità e affidabilità. Tra i gravi illeciti espressamente contemplati dalla norma rientrano, per quel che qui rileva, "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".

Partecipando alla gara per cui è causa, la ricorrente REM ha dichiarato di aver ricevuto, nel marzo 2016, la comunicazione di risoluzione anticipata per inadempimento di un contratto di appalto da essa stipulato, in veste di mandante di un raggruppamento temporaneo con altre imprese, con la stazione appaltante S.A.C. (Società Aeroporto Catania) S.p.a..

Nella seduta del 2 febbraio 2017, la commissione di gara ha ritenuto che la mancanza di una contestazione giudiziale o arbitrale nei confronti della predetta S.A.C. non consentisse di dimostrare l'inesistenza del grave illecito professionale dichiarato dalla concorrente, ed ha proposto l'esclusione di REM S.r.l. dalla gara. La proposta è stata fatta propria dal R.U.P. con la successiva nota del 6 febbraio 2017.

Con nota del 7 marzo 2017, all'esito del rinnovato contraddittorio procedimentale fra le parti, l'esclusione è stata confermata, ancora una volta sul presupposto della mancata impugnazione giudiziale dell'atto con cui la S.A.C. aveva contestato alla ricorrente la risoluzione per inadempimento del contratto di appalto fra loro in essere.

Con l'unico motivo di gravame, la ricorrente – premesso di detenere una quota di partecipazione ridottissima (14%) nel R.T.I. aggiudicatario dell'appalto a suo tempo affidato da S.A.C. S.p.a., e di essere rimasta estranea alle lavorazioni contestate da quella stazione appaltante – sostiene che la Centro Servizi Ambiente Impianti avrebbe errato nel ricavare automaticamente l'esistenza di una causa di esclusione dal solo fatto della mancata impugnazione in giudizio di quella risoluzione contrattuale. L'art. 80 co. 5 lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 andrebbe infatti interpretato nel senso che, pur a fronte di significative carenze commesse durante l'esecuzione di precedenti contratti di appalto, tali da determinarne la risoluzione anticipata, occorrerebbe comunque una compiuta e concreta valutazione della stazione appaltante circa la gravità e rilevanza dell'inadempimento contrattuale pregresso rispetto alla persistenza del rapporto di fiducia.

3.1. Il motivo è fondato.

3.1.1. Si è visto che l'art. 80 co. 5 lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 identifica il grave illecito professionale, ostativo alla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici, con le significative carenze commesse nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione. Come autorevolmente osservato, la norma contiene anche un indice di riconoscimento delle "significative carenze" ancorato agli effetti giuridici che le stesse hanno prodotto, vale a dire la risoluzione anticipata del contratto, divenuta definitiva perché non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio: il legislatore ha così inteso perseguire finalità di semplificazione probatoria, in quanto la mancata produzione di tali effetti tipicizzati (cui si aggiungono la condanna al risarcimento del danno o l'applicazione di altre sanzioni) rende ben più complesso fornire la prova incontestabile che il pregresso inadempimento è stato significativo, secondo una scelta che appare in linea con gli orientamenti della giurisprudenza eurolunitaria (cfr. Cons. Stato, Commissione speciale, parere 3 novembre 2016, n. 2286, reso sulle linee-guida ANAC recanti l'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto d'appalto, in attuazione del comma 13 dello stesso art. 80 cit. Sulle linee guida, v. anche infra).

Ricordato che è la stazione appaltante a essere gravata dell'onere di dimostrare l'inaffidabilità del concorrente e non quest'ultimo a dover dimostrare la propria affidabilità, la condizione minima perché possa configurarsi il presupposto per l'esclusione dalla gara è, dunque, che la risoluzione contrattuale contestata al concorrente abbia assunto carattere di definitività a seguito di verifica giurisdizionale in ordine alla effettiva sussistenza dei comportamenti contestati al concorrente medesimo. Un tale accertamento manca nella fattispecie in esame, né può sostenersi che l'odierna ricorrente abbia fatto acquiescenza alle contestazioni mosse nei suoi riguardi dalla stazione appaltante S.A.C.. Con nota del 26 marzo 2016 la società consortile Fontanarossa, costituita dalle imprese del raggruppamento aggiudicatario dell'appalto cui si riferisce la dichiarazione resa dalla ricorrente ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. c) d.lgs. n. 50/2016, ha contestato di essere responsabile del ritardo nell'esecuzione delle opere; quindi, con diffida notificata il 19 settembre 2016, l'impresa mandataria del raggruppamento in questione ha contestato a S.A.C. la responsabilità dei ritardi nell'esecuzione delle opere oggetto di appalto e la strumentalità del recesso dal contratto esercitato dalla stessa S.A.C., e il contenzioso è ulteriormente proseguito in sede stragiudiziale con la nota della società Fontanarossa del 26 gennaio 2017, contenente un invito alla composizione bonaria della vertenza.

La non definitività della risoluzione contrattuale autodichiarata dalla ricorrente, non avendo formato oggetto di alcun accertamento giudiziale e non potendo considerarsi altrimenti consolidata, impedisce di valutare come "significative" le supposte carenze commesse dall'appaltatore nell'esecuzione dell'appalto a suo tempo affidato da S.A.C.. Ne risulta pregiudicato, di conseguenza, l'intero ordito motivazionale del provvedimento impugnato, che si incentra in modo pressoché esclusivo proprio sulla mancata impugnativa dell'atto di risoluzione in danno adottato dalla stazione appaltante S.p.a. nei confronti della società Fontanarossa, costituita (anche) da REM S.r.l..

3.1.2. Alle considerazioni esposte, deve aggiungersi che il rilievo di "significative carenze" nell'esecuzione di un precedente appalto, pur se riscontrato dalla definitiva risoluzione del sottostante rapporto contrattuale, non è di per sé sufficiente a dimostrare l'inaffidabilità dell'operatore economico.

L'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, al comma 13, demanda all'ANAC di precisare – mediante l'adozione di specifiche linee guida volte a garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti – quali mezzi di prova debbano considerarsi adeguati, ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del precedente comma 5, lett. c).

Con le linee guida n. 6, pubblicate il 20 dicembre 2016 ed entrate in vigore il 3 gennaio 2017, l'ANAC ha indicato a titolo esemplificativo una serie di comportamenti che, ove abbiano comportato la risoluzione del precedente contratto di appalto, costituiscono gravi illeciti professionali (l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattuali; le carenze del prodotto o servizio fornito, tali da renderlo inutilizzabile per lo scopo previsto; l'adozione di comportamenti scorretti; il ritardo nell'adempimento; l'errore professionale nell'esecuzione della

prestazione; l'aver indotto in errore l'amministrazione circa la fortuità dell'evento che dà luogo al ripristino dell'opera danneggiata per caso fortuito interamente a spese dell'amministrazione stessa; qualunque omissione o errore di progettazione imputabile all'esecutore che abbia determinato una modifica o variante; qualunque omissione o errore di progettazione imputabile al progettista, che abbia determinato, nel successivo appalto di lavori, una modifica o variante).

L'Autorità ha altresì chiarito che i comportamenti gravi e significativi accertati a carico dei concorrenti debbono essere valutati dalla stazione appaltante "ai fini dell'eventuale esclusione", e ha dettato i criteri cui le stazioni appaltanti debbono attenersi nell'effettuare detta valutazione.

In particolare, il paragrafo VI delle linee guida stabilisce che la rilevanza delle situazioni accertate ai fini dell'esclusione deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità, assicurando: che le determinazioni adottate dalla stazione appaltante perseguano l'obiettivo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità; che l'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare; che l'esclusione non sia tale da gravare in maniera eccessiva sull'interessato e sia disposta all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata. La gravità del comportamento deve essere valutata con riferimento all'idoneità dell'azione a incidere sull'interesse della stazione appaltante a contrattare con l'operatore economico interessato, alla stregua di un giudizio discrezionale che deve tenere conto delle circostanze di fatto, della tipologia di violazione, delle conseguenze sanzionatorie, del tempo trascorso e delle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto. Il provvedimento di esclusione deve essere adeguatamente motivato con riferimento agli elementi indicati.

Pur affermando di aver tenuto conto delle linee guida n. 6 nel deliberare l'esclusione di REM dalla procedura (si veda la nota del 6 febbraio 2017), la resistente CSAI ha frontalmente disatteso le indicazioni dell'ANAC, limitandosi a desumere la sussistenza del grave illecito professionale dal mancato promovimento di iniziative giurisdizionali (o in sede arbitrale) a seguito della anticipata risoluzione dell'appalto conferito dalla S.A.C.. L'illegittimità degli atti impugnati, beninteso, risiede nel contrasto con la superiore norma di legge, prima ancora che con le linee guida, non vincolanti. Nella parte in cui escludono l'esistenza di automatismi espulsivi, le linee guida – per definizione prive di autonomo contenuto normativo – muovono infatti da una lettura del tutto condivisibile dell'art. 80 co. 5 lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, improntata ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità cui il legislatore è tenuto a conformarsi, in modo da limitare l'esclusione dalle gare ai soli casi in cui sia dimostrato in concreto, con riferimento alle specifiche esigenze della singola procedura di gara, il nesso causale tra il pregresso illecito professionale e l'esclusione fondata sul giudizio discrezionale di inaffidabilità del concorrente.

In altri termini, non ogni inadempimento pregresso, per quanto grave e tale da aver condotto alla risoluzione di un precedente contratto d'appalto,

giustifica l'esclusione dalla partecipazione a gare successive, in assenza di una esplicita valutazione prognostica della stazione appaltante circa la capacità del concorrente di eseguire in maniera corretta le prestazioni oggetto del nuovo affidamento (questo potrebbe presentare contenuti del tutto differenti da quello non correttamente adempiuto, così come i comportamenti a suo tempo addebitati al concorrente potrebbero apparire irrilevanti ai fini della stipula di un nuovo contratto, o costituire un'eccezione isolata nell'ambito di un curriculum altrimenti immacolato dell'operatore economico).

Ne discende, in ultima analisi, la correttezza di una interpretazione dell'art. 80 co. 5 lett. c) che si pone in linea con gli orientamenti giurisprudenziali formatisi sull'art. 38 co. 1 lett. f) dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006 (per tutte, cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2017, n. 3288; id., 20 febbraio 2017, n. 742). La diversa formulazione letterale delle due norme (l'art. 38 co. 1 lett. f) rinviava alla "motivata valutazione della stazione appaltante") è superabile senza difficoltà, ritenendo che la "dimostrazione con mezzi adeguati" oggi richiesta riguardi non solo gli illeciti professionali commessi in passato, ma anche e soprattutto l'idoneità degli illeciti stessi a mettere in dubbio l'integrità o affidabilità del concorrente: conclusione imposta dalla necessità di leggere in senso costituzionalmente orientato la nuova disciplina.

Sul piano procedimentale, correlativamente, le linee guida n. 6 non fanno altro che esprimere una ovvia esigenza di rispetto delle regole generali che governano l'esercizio della discrezionalità amministrativa, a partire dall'obbligo di motivazione sancito dall'art. 3 della legge n. 241/1990. Di contro, lo si è detto, gli atti impugnati non espongono alcuna valutazione concreta in ordine alla pretesa inaffidabilità della società ricorrente, riferita alle prestazioni oggetto dell'affidamento. Né la valutazione mancante può dirsi supplita dal generico riferimento della nota CSAI in data 7 marzo 2017 alla "specificata attività" da svolgere "in esecuzione del contratto da affidare".

4. In forza di tutto quanto precede, il ricorso deve essere accolto. L'esclusione disposta a carico della società ricorrente va pertanto dichiarata illegittima e annullata, nei già chiariti limiti dell'utilità residua dell'annullamento.

4.1. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso ai sensi e per gli effetti di cui in parte motiva.

Condanna la resistente C.S.A.I. S.p.a. alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 3.000,00, oltre agli accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 28 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi,	Presidente
Gianluca Bellucci,	Consigliere
Pierpaolo Grauso,	Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Armando Pozzi