

Publicato il 18/01/2021

N. 00062/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00347/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 347 del 2020, proposto da Stebo Ambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Piccoli, Giuliana Dragogna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Pisa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppina Gigliotti, Sandra Ciaramelli, Giacomo Mannocci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Non Solo Arredo s.r.l., Holzhof s.r.l., Italian Garden s.r.l., Mediterranea Società Agricola s.r.l., Macagi s.r.l., Legnolandia s.r.l., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

1) del provvedimento di esclusione dell'impresa Stebo Ambiente S.r.l. dalla gara ad oggetto "Lavori di manutenzione straordinaria delle attrezzature

ludiche e realizzazione di nuove aree ludiche nei vari parchi cittadini (App. LLPP 12/19) (CUP: J59G19000770004 - CIG: 812969548B – CPV: 45236210-5)”, in Comunicazione ai sensi dell’art. 29 c. 1 e 76 c. 5 lett. b) del D. Lgs. 50/2016 dd. 21.02.2020;

2) dell’esito della seduta di gara dd. 21.01.2020 ID. 191096;

3) dell’esito della seduta di gara dd. 21.02.2020 ID. 1928242;

4) dell’esito della seduta di gara dd. 4.03.2020 ID. 1935054;

dei non conosciuti verbali delle sedute di gara di cui agli esiti sub 2), 3) 4), nonché di ogni atto correlato o consequenziale a quello di cui anzi ed in particolare, e per quanto occorrer debba, del 5) provvedimento di segnalazione alla ANAC tramite modello “A” dd.21.03.2020.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Pisa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2021 il consigliere Luigi Viola e uditi per le parti o dati per presenti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente partecipava alla procedura di gara indetta dal Comune di Pisa e relativa all’affidamento dei <<lavori di manutenzione straordinaria delle attrezzature ludiche e realizzazione di nuove aree ludiche nei vari parchi cittadini>> (CIG: 812969548B).

Alla prima seduta di gara di valutazione della documentazione amministrativa del 21 gennaio 2020, veniva sospesa dal vaglio di ammissione, per venire definitivamente esclusa dalla procedura nella successiva seduta del 21 febbraio 2020; la motivazione dell’esclusione era compiutamente esplicitata dalla comunicazione 21 febbraio 2020 prot. 19412 dell’Ufficio Gare del Comune di Pisa e consisteva sostanzialmente nell’omessa dichiarazione nel D.G.U.E. di una risoluzione anticipata di un precedente contratto per grave irregolarità

contrattuale disposta dal Comune di Buccinasco, desunta dalla relativa annotazione definitivamente inserita in data 16 gennaio 2020 nel casellario dell'A.N.A.C. (annotazione impugnata avanti al T.A.R. Lazio, Roma con il ricorso R.G. n. 2735/2000, poi dichiarato estinto dalla sentenza 10 settembre 2020 n. 9470 della I Sezione, a seguito della rinuncia presentata dalla ricorrente, dopo la contestazione *ex art. 73, 3° comma del c.p.a.* operata con l'ordinanza 11 giugno 2020 n. 6458, della possibile inammissibilità del ricorso, notificato all'Amministrazione presso la sede reale e non presso l'Avvocatura dello Stato territorialmente competente).

Gli atti meglio specificati in epigrafe erano impugnati dalla ricorrente sulla base di censure di: 1) violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost., artt. 1, 3 e 21-*octies* L. 241/1990, artt. 80, comma 5, lettera c-*ter* e lettera f-*bis*, 108 e 213, comma 10 d.lgs. 50/2016, art. 15 lettera b) disciplinare di gara, avendo la Presidente di gara disposto l'esclusione, qualificando falsa l'omessa dichiarazione sulla precedente risoluzione del contratto in cui era incorsa l'impresa ricorrente per irregolarità contrattuale in ragione della relativa annotazione pubblicata nel casellario della imprese presso l'ANAC in data 16.01.2020, senza contraddittorio e senza vaglio in ordine alla rilevanza del contenuto intrinseco della notizia sul giudizio di affidabilità e capacità del concorrente, violazione del principio di proporzionalità, trasparenza, legittimo affidamento e parità di trattamento, eccesso di potere per sviamento, motivazione carente, irragionevole ed erronea, carenza istruttoria e ingiustizia manifesta; 2) violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost., artt. 1, 3 e 21-*octies* L. 241/1990, artt. 80, comma 5, lettera c-*ter* e lettera f-*bis*, 108 e 213, comma 10 d.lgs. 50/2016, art. 15 lettera b) disciplinare di gara, avendo la Presidente di gara escluso la ricorrente impresa in via automatica, qualificando la pretesa omessa dichiarazione sulla precedente risoluzione contrattuale per irregolarità contrattuale annotata nel casellario della imprese presso l'ANAC in data 16.01.2020, senza contraddittorio e senza vaglio in ordine alla rilevanza del contenuto intrinseco della notizia sul giudizio di affidabilità e capacità del

concorrente, violazione del principio di proporzionalità, trasparenza, legittimo affidamento e parità di trattamento, eccesso di potere per sviamento, motivazione carente, irragionevole ed erronea, carenza istruttoria e ingiustizia manifesta.

Si costituiva in giudizio il Comune di Pisa, controdeducendo sul merito del ricorso.

Con ordinanza 22 aprile 2020, n. 275, la Sezione respingeva l'istanza cautelare proposta con il ricorso, sulla base della seguente motivazione: <<considerato: -che il termine per la partecipazione alla procedura di gara in questione risultava scadere in data 20 gennaio 2020 e che pertanto sussisteva la possibilità (e l'obbligo) per la ricorrente di integrare il proprio DGUE con l'annotazione nel Casellario A.N.A.C. intervenuta in data 15 gennaio 2020; - che pertanto risultano pienamente confermate le argomentazioni contenute nell'atto di esclusione impugnato in ordine al fatto che l'omessa dichiarazione dell'annotazione abbia concretizzato una violazione delle previsioni di cui all'art. 80, 5° comma lett. c) (sotto il profilo della completa impossibilità, per la Stazione appaltante, di verificare la rilevanza, ai fini dell'individuazione di un grave illecito professionale, dell'iscrizione) e *f-bis* del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; -che, a seguito dell'impugnazione proposta avanti al T.A.R. per il Lazio, non risulta documentato in giudizio l'intervento di un provvedimento di sospensione dell'annotazione nel casellario A.N.A.C. intervenuta in data 15 gennaio 2020 e che la stessa continua pertanto ad esplicitare pienamente i suoi effetti>>.

Con ordinanza 31 luglio 2020, n. 4560, la V Sezione del Consiglio di Stato respingeva poi l'appello cautelare proposto dalla ricorrente e confermava quindi il diniego di tutela cautelare, richiamando <<la data del provvedimento di risoluzione del precedente contratto di appalto, emesso prima del termine di scadenza della presentazione delle offerte nelle gara *de qua*>>.

All'udienza del 13 gennaio 2021, la Sezione ha sollecitato il contraddittorio delle parti *ex* art. 73, 3° comma c.p.a. in ordine ad una possibile

inammissibilità dell'impugnazione della segnalazione all'A.N.A.C. della (presunta) falsa dichiarazione posta in essere dalla ricorrente, ovvero della nota 21 marzo 2020 prot. n. 29786 dell'Ufficio Gare del Comune di Pisa (doc. n. 5 del deposito di parte ricorrente).

Ed in effetti, ponendosi nel solco della prevalente giurisprudenza (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 21 dicembre 2018, n. 7307; T.R.G.A. Trento, 2 agosto 2018, n. 175; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 31 maggio 2018, n. 1229), la giurisprudenza della Sezione ha già da tempo concluso per l'inammissibilità dell'impugnazione di una segnalazione che assume valore solo prodromico ed endoprocedimentale: <<come ripetutamente chiarito dalla giurisprudenza, la segnalazione alla suddetta autorità è un “atto prodromico ed endoprocedimentale e, come tale, non impugnabile, poiché esso non è dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali suoi vizi, unicamente in via derivata, impugnando il provvedimento finale dell'Autorità di vigilanza, unico atto avente natura provvedimentale e carattere autoritativo” (da ultimo, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 novembre 2017, n. 5331)>> (T.A.R. Toscana, sez. I, 26 febbraio 2018, n. 302, punto 7 della motivazione).

L'impugnazione della nota di segnalazione ad A.N.A.C. 21 marzo 2020 prot. n. 29786 dell'Ufficio Gare del Comune di Pisa deve pertanto essere dichiarata inammissibile per difetto di interesse.

Con riferimento alla residua parte dell'impugnazione, la Sezione deve poi rilevare, in via preliminare, come permanga l'interesse alla decisione del ricorso, non essendo documentato in giudizio l'intervento di ulteriori atti che abbiano disposto l'aggiudicazione della procedura di gara che ha originato la presente vicenda.

Nel merito, la conclusione in ordine alla sostanziale infondatezza delle censure proposte da parte ricorrente raggiunta con l'ordinanza 22 aprile 2020, n. 275 della Sezione (condivisa anche dall'ordinanza emessa dalla V Sezione del Consiglio di Stato in sede di appello cautelare) deve essere rivisitata alla luce del recente intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato

(Cons. Stato ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16) che ha affrontato la problematica posta a base del ricorso, concludendo per la non automaticità dell'esclusione dalla procedura di gara del concorrente che abbia reso dichiarazioni non rispondenti al vero in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (o abbia semplicemente omissso di dichiarare una circostanza potenzialmente idonea a determinarne l'esclusione dalla gara, come nel caso che ci occupa): <<la presentazione di dichiarazioni false o fuorvianti da parte degli operatori che partecipano a gare d'appalto non comporta automaticamente l'esclusione, ma solo laddove la stazione appaltante ritenga motivatamente che esse ne compromettano l'integrità e l'affidabilità. Analogamente, le informazioni dovute dai concorrenti in sede di gara a pena di esclusione, ulteriori rispetto a quelle espressamente previste dalla legge o dalla normativa di gara, sono solo quelle incidenti sulla relativa integrità e affidabilità>> (Cons. Stato ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16).

In primo luogo, il già citato intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha escluso ogni possibilità di riportare la (sola) omessa dichiarazione di una circostanza potenzialmente idonea a determinare l'esclusione dalla gara alla previsione di cui all'art. 80, 5° comma *f-bis*) del d.lgs. 18 aprile 2016.

Per effetto dell'applicazione alla problematica del principio di specialità di cui all'art. 15 delle preleggi, la sfera di operatività dell'art. 80, 5° comma *f-bis*) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (relativa all'<<operatore economico che ... (abbia presentato) nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere>>) deve, infatti, essere ristretta, <<diversamente da quanto finora affermato dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, alle ipotesi - di non agevole verifica - in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di

quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c)>> (Cons. Stato ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, punto 18 della motivazione); con tutta evidenza, si tratta pertanto di previsione manifestamente inapplicabile alla vicenda che ci occupa, non essendovi stata alcuna falsa dichiarazione, ma solo l'omessa dichiarazione di un precedente provvedimento di risoluzione anticipata del contratto intercorrente con il Comune di Buccinasco (e della corrispondente annotazione al casellario A.N.A.C.).

Con riferimento all'ulteriore ipotesi di esclusione di cui all'art. 80, 5° comma *c-bis*) del d.lgs. 18 aprile 2016 (inserito dall'art. 5, 1° comma del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, conv. in l. 11 febbraio 2019, n. 12) che prevede la possibile esclusione dalla procedura dell'operatore economico che <<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>>, il più recente intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha poi chiaramente concluso per una ricostruzione che esclude espressamente una qualche possibilità di ravvisare un qualche <<automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera *f-bis*). Infatti, tanto "il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione", quanto "l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione" sono considerati dalla lettera c) quali "gravi illeciti professionali" in grado di incidere sull'"integrità o affidabilità" dell'operatore economico. È pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla medesima lettera c) [ed ora articolate nelle lettere *c-bis*), *c-ter*) e *c-quater*), per effetto delle modifiche da

ultimo introdotte dalla legge decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32>> (Cons. Stato ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, punto 14 della motivazione).

La possibile esclusione da una procedura non può pertanto fermarsi alla rilevazione in ordine all'aver reso (o non reso) un'informazione fuorviante, ma dovrà pertanto necessariamente passare un vaglio ulteriore teso a stabilire <<se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Del pari (la Stazione appaltante) dovrà stabilire allo stesso scopo se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità>> (Cons. Stato ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, punto 14 della motivazione).

Con tutta evidenza, si tratta pertanto di valutazioni che non sono state operate dalla Stazione appaltante; il generico riferimento al fatto che, <<nel caso concreto, l'omessa dichiarazione in ordine alla risoluzione contrattuale comminata nei confronti del concorrente e annotata sul casellario informatico delle Imprese, ...(abbia) impedito alla stazione appaltante le valutazioni in merito alla affidabilità del concorrente stesso che ,come ... affermato dal Consiglio di Stato e dall'ANAC, rientrano nelle valutazioni discrezionali della stazione appaltante stessa>> (così la nota 21 febbraio 2020 prot. 19412 dell'Ufficio Gare del Comune di Pisa) viene, infatti, ad integrare un semplice arricchimento motivazionale della tesi (ormai superata) che concludeva per l'automaticità dell'esclusione dalla procedura e non può assolutamente surrogare quella valutazione in concreto della rilevanza del fatto non dichiarato richiesta dal punto 15 della motivazione di Cons. Stato ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16.

In sostanza vengono a cadere i riferimenti alle previsioni di cui all'art. 80, 5° comma lett. c, c-*bis* e f-*bis*) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 posti a base del provvedimento di esclusione e a nulla può valere l'ulteriore riferimento alla

previsione di cui alla lettera *c-ter* contenuto nella parte finale del provvedimento di esclusione e richiamato nella memoria di replica del 30 dicembre 2020 dell'Amministrazione comunale di Pisa che risulta già affrontato dal già citato punto 14 della motivazione di Cons. Stato ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16 ed accomunato alla già richiamata ricostruzione della fattispecie di cui all'art. 80, 5° comma lett. *c-bis* del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sopra richiamata.

In definitiva, la residua parte dell'azione di impugnazione deve essere accolta e, per l'effetto, deve essere disposto l'annullamento degli atti di esclusione impugnati ed in particolare, della nota 21 febbraio 2020 prot. 19412 dell'Ufficio Gare del Comune di Pisa; in applicazione di un principio generale richiamato anche dal punto 21 della motivazione di Cons. Stato ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, l'annullamento dell'esclusione dalla procedura non importa l'automatica ammissione della ricorrente alla procedura, ma solo l'obbligo della Stazione appaltante di <<rideterminarsi alla luce dei principi di diritto sopra affermati>> (Cons. Stato ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16) ed in contraddittorio con la ricorrente.

La palese evoluzione dell'elaborazione giurisprudenziale della materia intervenuta nelle more della decisione del ricorso, impone poi di procedere alla compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) dichiara inammissibile per difetto di interesse l'impugnazione della nota di segnalazione ad A.N.A.C. 21 marzo 2020 prot. n. 29786 dell'Ufficio Gare del Comune di Pisa;
- b) accoglie la residua parte dell'impugnazione e, per l'effetto dispone l'annullamento degli atti di esclusione impugnati ed in particolare della nota 21 febbraio 2020 prot. 19412 dell'Ufficio Gare del Comune di Pisa.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Firenze, a mezzo videoconferenza, nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Luigi Viola, Consigliere, Estensore

Raffaello Gisondi, Consigliere

L'ESTENSORE

Luigi Viola

IL PRESIDENTE

Manfredo Atzeni

IL SEGRETARIO