

Pubblicato il 18/06/2018

N. 00591/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00279/2018 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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 279 del 2018, proposto da Corel S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Avino Murgia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, via Carlo Zima, 3;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale degli Spedali Civili di Brescia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Dario Meini, Alberto Besuzio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Dario Meini in Brescia, borgo Pietro Wuhrer, n. 81;

Asst degli Spedali Civili di Brescia, Uoc Tecnico Patrimoniale, non costituita in giudizio;

nei confronti

Acquatica S.p.A e Unicom S.p.A non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento dell'ASST degli Spedali Civili di Brescia, prot. 0014836 del 27 febbraio 2018, in pari data comunicato, con cui è stata disposta l'esclusione della Corel Srl dalla “procedura aperta per la stipula di contratti di accordo quadro finalizzati alla fornitura di materiale elettrico, idraulico e filtri per U.t.A. della durata di 48 mesi in favore dell'ASST Spedali Civili di Brescia (n. 14 lotti);
- del provvedimento dell'ASST degli Spedali Civili di Brescia, prot. 0019493 del 13 marzo 2018, in pari data comunicato, con cui è stata confermata l'esclusione della Corel Srl dalla “procedura aperta per la stipula di contratti di accordo quadro finalizzati alla fornitura di materiale elettrico, idraulico e filtri per U.t.A. della durata di 48 mesi in favore dell'ASST Spedali Civili di Brescia (n. 14 lotti)”;
- ove occorrer possa, del Verbale di gara n. 4;
- del Verbale di gara n. 3;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, in quanto lesivi dei diritti e degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale degli Spedali Civili di Brescia;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, commi 9 e 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2018 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha partecipato alla procedura aperta per la stipula di contratti di accordo quadro finalizzati alla fornitura di materiale elettrico, idraulico e filtri per U.t.A. della durata di 48 mesi in favore dell'ASST Spedali Civili di Brescia, formulando offerta per tutti i quattordici lotti.

Il 9 febbraio 2018, la stazione appaltante ha chiesto delucidazioni circa la dichiarazione della Corel s.r.l. relativa alla sussistenza, a suo carico, di annotazioni nel Casellario Informatico dell'ANAC.

Tale società ha dato pronto riscontro alla richiesta, inviando, lo stesso giorno, una nota nella quale ha chiarito di aver subito due risoluzioni contrattuali: la prima a opera di AMG Energia Palermo, risalente a oltre tre anni prima (ottobre 2014, tant'è che i rapporti contrattuali sono poi ripresi con la stipula di un contratto d'appalto nel mese di ottobre 2017) e la seconda a opera di FER Srl, risalente al gennaio 2017, che ha comportato la condanna al risarcimento del danno.

Ciononostante, la stazione appaltante ha ravvisato i presupposti per disporre l'esclusione dalla gara della ricorrente, in ragione del fatto che, sottacendo un'ulteriore annotazione conseguente alla risoluzione contrattuale disposta da Acea s.p.a., la Corel avrebbe violato l'art. 80, comma 5 del d. lgs. 50/2016, fornendo informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni della stazione appaltante, ancorchè la risoluzione fosse contestata in giudizio e, dunque, *sub judice*.

A nulla è valso il tentativo di indurre la stazione appaltante a un riesame e, conseguentemente, la Corel s.r.l., ha notificato il ricorso in esame, nel quale il provvedimento di esclusione è censurato,

innanzitutto per violazione degli artt. 80, comma 5, lett. c) e 83 del D. lgs. 80/2016 e delle Linee Guida ANAC n. 6, nonché dei principi del *favor participationis* e proporzionalità e dei doveri di leale collaborazione. Secondo la ricorrente, la stazione appaltante avrebbe ommesso di considerare che i chiarimenti richiesti sono stati da questa forniti il 9 febbraio 2018 e, dunque, tre giorni prima che, il 12 febbraio 2018, ANAC le comunicasse l'avvenuta annotazione della risoluzione, con la conseguenza che non vi sarebbe stata alcuna falsa dichiarazione, in quanto in quel momento l'iscrizione non esisteva.

La censura non può, però, trovare accoglimento.

In primo luogo, sebbene l'annotazione sia intervenuta dopo l'immediata risposta alla richiesta di chiarimenti di Corel, ciò che risulta essere determinante è il fatto che tale società ha ommesso di dare conto che essa aveva subito un'ulteriore risoluzione contrattuale, oltre quelle già annotate.

A tale proposito si deve, preliminarmente, chiarire che - contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso e ribadito nella memoria depositata il 5 giugno 2018, nella quale ha sostenuto che sarebbe stato richiesto di chiarire la posizione solo rispetto alla risoluzioni già dichiarate e non contestate - la stazione appaltante ha formulato a Corel una richiesta di integrazione della documentazione utilizzando una formula ampia, quale la richiesta di produrre "tutti gli atti in possesso di codesto operatore economico che riguardano gli illeciti professionali così come dichiarati". Ciò facendo espresso riferimento alla Sezione C della Parte III del DGUE avente ad oggetto "Motivi legati a insolvenza, conflitto di interessi o illeciti professionali", nella quale risultava che il concorrente "si è reso

colpevole di gravi illeciti professionali di cui all'art. 80 comma 5, lettera c) del Codice”.

Tale parte del documento recava la seguente domanda: “L’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali di cui all’art. 80 comma 5 lett c) del Codice?”. La risposta è stata “sì”, ma, contrariamente a quanto previsto dal fac-simile, che, in caso affermativo, richiedeva di “fornire informazioni dettagliate, specificando la tipologia di illecito”, parte ricorrente si è limitata a dare conto di due annotazioni esistenti nel casellario, relative a altrettante risoluzioni contrattuali.

Essa ha, quindi, volontariamente omesso di dichiarare l’ulteriore risoluzione contrattuale, ancorché non definitiva.

Non può ritenersi, infatti, che, a fronte dell’obbligo di dichiarare tutte le situazioni che potrebbe incidere sul giudizio di affidabilità del concorrente da parte della stazione appaltante, il primo possa arbitrariamente scegliere di non dichiarare una risoluzione contrattuale solo perché non ancora annotata presso l’ANAC (formalità che ha mero effetto di pubblicità) o in quanto contestata.

Come chiaramente affermato dalla giurisprudenza, ancorché con riferimento all’articolo 38 del previgente Codice degli appalti, l’obbligo dichiarativo, che sussiste in capo al concorrente e che deve riguardare indistintamente ogni vicenda pregressa concernente fatti risolutivi, errori o altre negligenze comunque rilevanti ai fini della formazione del giudizio di affidabilità (cfr. sul punto, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2016, n. 5290 e 4 ottobre 2016, n. 4108) costituisce espressione dei generali principi di lealtà e affidabilità contrattuale, posti a presidio dell’elemento fiduciario nei rapporti contrattuali facenti capo alla pubblica amministrazione.

Conseguentemente, incorre nell'esclusione dalla gara il concorrente che renda una dichiarazione non veritiera e comunque incompleta – e ciò a prescindere dalla connotazione soggettiva della scelta, e dunque dalla colposità o dolosità della condotta, che non rilevano ai fini dell'estromissione dalla procedura selettiva –, in quanto una simile omissione non consente alla stazione appaltante di svolgere le dovute verifiche circa il possesso dei requisiti di integrità e affidabilità professionale e quindi di effettuare i dovuti approfondimenti prima di decretare l'esclusione.

Come già affermato nella sentenza del TAR Napoli, n. 3691/2018, da cui non si ravvisa ragione di discostarsi, tali coordinate ermeneutiche debbono essere ritenute tuttora valide, anche nella vigenza della nuova normativa di cui al citato art. 80 comma 5 lett. c) del nuovo codice, benché tracciate in relazione all'art. 38 comma 1 lett. f) del previgente codice degli appalti (*ex multis*, di recente, TAR Puglia Bari, sez. I, sent. 19/4/18 n. 593, TAR Sicilia, Catania, sez. I, sent. 6/4/18 n. 712).

Ne discende che la ricorrente, arbitrariamente scegliendo di omettere l'ulteriore risoluzione contrattuale, ad essa ben nota, è incorsa in una violazione dell'obbligo dichiarativo che la stazione appaltante non poteva omettere di valorizzare, facendo discendere l'esclusione dall'incompletezza della dichiarazione obbligatoria, in ragione della rilevanza dell'omissione in un'ottica di valutazione complessiva di affidabilità della concorrente.

Il Collegio non ignora un diverso orientamento giurisprudenziale (cfr, da ultimo, Cons. Stato, n. 2063/2018, secondo cui “nessun onere di segnalazione poteva dirsi sussistente in capo a Cosmopol rispetto ad un episodio risolutivo che, in quanto ancora sub iudice e

non avente dunque i connotati della definitività, per espressa previsione di legge non può costituire elemento idoneo a mettere in dubbio, nemmeno astrattamente, l'integrità o affidabilità dell'impresa concorrente”), ma ritiene di fare proprio quello opposto, sulla base delle puntuali riflessioni rinvenibili nella sentenza del Consiglio di Stato n. 1299/2018. Nessun elemento induce a ritenere, infatti, che, nonostante l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto dall'art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE agli Stati membri, facoltizzando gli stessi a prevedere le cause di esclusione da procedure di affidamento di contratti pubblici, senza porre a carico degli stessi alcun vincolo, il legislatore abbia inteso abbandonare i già ricordati principi fondamentali che hanno guidato l'applicazione del previgente art. 38 del d. lgs. 163/2016.

Deve, dunque, ritenersi che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti, contenuta nella lettera c) del comma 5 dell'art. 80, sia meramente esemplificativa, allo scopo di alleggerire l'onere della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione con <<mezzi adeguati>>: se, dunque, la risoluzione non sia contestata o sia stata confermata da una sentenza passata in giudicato, il grave illecito deve ritenersi in *re ipsa*, con automatico effetto escludente. Ciò, però, non preclude la possibilità di soppesare l'affidabilità del contraente in ragione di una risoluzione contestata, comunque suscettibile di una valutazione discrezionale in termini di qualificazione come “grave illecito professionale”.

Ciò anche alla luce del considerando 101 della citata direttiva, il quale fa riferimento alla possibilità di escludere dalla gara l'operatore economico in caso di "grave violazione dei doveri professionali", dimostrata dall'Amministrazione "con qualsiasi mezzo idoneo",

"prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori", e che ben può essere posto a fondamento di una lettura della nuova disposizione nello stesso senso operato dalla stazione appaltante resistente.

Essa, infatti, appare più conforme non solo alle indicazioni comunitarie, ma anche al complesso dei principi già elaborati dalla giurisprudenza con riferimento all'analoga disposizione previgente, che, come già detto, nulla induce a ritenere superati, né con riferimento al testo normativo, né alle considerazioni di sistema, correlate alla *ratio* perseguita.

Ne risulta che non può trovare spazio la tesi di parte ricorrente, secondo cui la mancata dichiarazione non potrebbe avere alcuna rilevanza, in quanto non sarebbe stato configurabile alcun obbligo di dichiarare l'ulteriore risoluzione contrattuale non definitiva perché contestata.

La dichiarazione, infatti, avrebbe dovuto essere completa e cioè estesa anche all'episodio più recente e contestato, così da consentire alla stazione appaltante di valutare la sussistenza dei presupposti dell'esclusione discrezionale per inaffidabilità del ricorrente, ancorché necessitante di adeguata motivazione.

Motivazione che, nel caso di specie, è stata ben articolata nel provvedimento impugnato, il quale ha disposto l'esclusione della ricorrente prendendo le mosse proprio dalla valutazione del comportamento omissivo tenuto da Corel, qualificabile come colposo proprio in ragione della formulazione della richiesta di chiarimenti rivolta all'offerente nei termini più sopra descritti.

Il ricorso non può trovare, dunque, positivo apprezzamento nella parte in cui deduce l'illegittimità dell'esclusione, in quanto

L'omissione dichiarativa non sarebbe imputabile a colpa della concorrente. La formula utilizzata nel modello (e più sopra riportata) non poteva lasciare dubbi circa la necessità di dichiarare ogni grave illecito professionale, a prescindere dal fatto che esso fosse stato definitivamente accertato o meno. Tanto più che la ricorrente ben avrebbe potuto, nella descrizione della tipologia di illecito, precisare come la risoluzione fosse stata contestata in giudizio.

Né può ritenersi che la richiesta di informazioni formulata dalla stazione appaltante sia qualificabile come una violazione del principio di non aggravamento del procedimento.

Al contrario deve ritenersi che, proprio perché rivolta in via prioritaria ad ottenere informazioni diverse e ulteriori rispetto a quelle che non erano (o non erano ancora) conoscibili dalle banche dati pubbliche, come, per l'appunto, una risoluzione contrattuale non ancora annotata dall'ANAC, fosse legittima e giustificata.

Non può ravvisarsi nemmeno l'eccesso di potere delineato nel secondo motivo di ricorso, atteso che, nell'ambito della valutazione discrezionale di affidabilità effettuata risultano essere stati correttamente considerati sia la risoluzione risalente al 2014, non così datata da essere irrilevante ai fini di comprovare la non affidabilità dell'impresa, che ha subito tre risoluzioni in poco più di tre anni, che la più recente, non ancora annotata presso il registro ANAC.

Anche il principio di proporzionalità risulta essere rispettato, dal momento che, contrariamente a quanto asserito, la decisione dell'esclusione risulta essere debitamente motivata, anche in considerazione della specificità degli illeciti contestati alla ricorrente, relativi a inadempimenti commessi in relazione a forniture analoghe

a quella richiesta, di primaria importanza per l'attività dei presidi medici serviti.

Dunque, considerata l'articolata difesa della stazione appaltante in tali termini, appare ragionevole e proporzionata la scelta di disporre l'esclusione dalla gara della ricorrente a causa della rilevanza del complesso delle risoluzioni contrattuali da essa subite in un arco di tempo limitato.

Così respinto il ricorso, le spese del giudizio debbono seguire l'ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida, a favore dell'ASST, in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre ad accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

Alessio Falferi, Consigliere

L'ESTENSORE
Mara Bertagnolli

IL PRESIDENTE
Alessandra Farina

IL SEGRETARIO