

APPALTI: Lavori pubblici - Procedure di affidamento - In genere - Esclusione - Omissione delle informazioni - Art. 80, comma 5, lett. c) - Applicabilità - Conseguenze - Automatismo espulsivo - Esclusione

Tar Lombardia - Milano, Sez. IV, 9 dicembre 2020, n. 2456

- in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1, 2021, pag. 269.

“[...] l’art. 80 comma 5 lettera “c” citata (oggi lettera “c-bis” dopo le modifiche introdotte dal decreto legge n. 135/2018 convertito con legge n. 12/2019), consente alle stazioni appaltanti di desumere il comportamento di gravi illeciti da ogni pregressa vicenda professionale dell’operatore economico; da ciò consegue l’onere per l’operatore di portare a conoscenza dell’amministrazione le informazioni relative alla propria attività, per consentire all’amministrazione stessa una ponderata valutazione dell’integrità e dell’affidabilità di ogni partecipante alla gara [...].

Spetterà poi all’amministrazione, nell’esercizio della propria discrezionalità, apprezzare le vicende professionali dell’impresa partecipante, per individuare il punto di rottura dell’affidamento del futuro contraente [...].”

FATTO

Il Comune di Nova Milanese (MB), per conto della propria azienda speciale denominata Azienda Comunale Servizi (ACS), indiceva una gara d’appalto con procedura aperta per l’affidamento del servizio di ristorazione scolastica ed ad altri utenti, a ridotto impatto ambientale.

Per lo svolgimento e la gestione della gara era delegata la Provincia di Monza e della Brianza (di seguito, anche solo “Provincia”), in qualità di centrale unica di committenza (CUC).

La gara era svolta con modalità telematiche, attraverso la piattaforma della Regione Lombardia denominata “Sintel”.

Il criterio di aggiudicazione era quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, con l’attribuzione di 70 punti massimi all’offerta tecnica e di 30 punti massimi a quella economica.

Al termine della procedura risultava aggiudicataria la società -OMISSIS-, la cui offerta era sottoposta a verifica di congruità, ai sensi dell’art. 97 del D.Lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo “codice”), conclusasi positivamente.

L’impresa seconda classificata, vale a dire la società cooperativa a responsabilità limitata -OMISSIS- (di seguito, anche solo “-OMISSIS-”), proponeva di conseguenza il ricorso principale in epigrafe, con domanda di sospensiva.

Si costituivano in giudizio il Comune, la Provincia e la società -OMISSIS-, che notificava a sua volta un ricorso incidentale avente carattere escludente, dove evidenziava che -OMISSIS- non

doveva essere ammessa alla gara, giacché non aveva rappresentato all'amministrazione una vicenda concretizzante un grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettera c) del codice.

A fronte dell'impugnazione incidentale, la Provincia, con determinazione -OMISSIS- del 24.1.2020, revocava l'ammissione alla gara di -OMISSIS-, in asserita applicazione del citato art. 80. Contro il provvedimento di revoca era proposto ricorso per motivi aggiunti, anch'esso con domanda di sospensiva.

All'esito dell'udienza in camera di consiglio del 19.2.2020, l'istanza cautelare di -OMISSIS- era respinta con ordinanza della scrivente sezione -OMISSIS-

Alla successiva udienza di merito del 25.11.2020 la causa era trattenuta in decisione.

Preme altresì evidenziare, per completezza espositiva, che -OMISSIS- presentava anche istanza di accesso agli atti di gara, che era però accolta solo parzialmente, sicché contro il diniego parziale era proposto davanti a questa stessa sezione un autonomo ricorso ex art. 116 del c.p.a. (numero di ruolo RG -OMISSIS-).

Il suindicato gravame era definito con sentenza della scrivente sezione n. -OMISSIS-, che accoglieva in parte il ricorso ex art. 116 citato, mentre per la restante parte era pronunciata una declaratoria sia di rigetto sia di cessata materia del contendere.

DIRITTO

L'infondatezza del ricorso principale e dei successivi motivi aggiunti, per le ragioni che si esporranno, esime il collegio dalla trattazione delle eccezioni pregiudiziali sollevate dalle parti intimare.

1.1 Il gravame principale è diretto contro la determinazione comunale -OMISSIS-del 2019 (cfr. il doc. 1 della ricorrente), che dispone l'aggiudicazione definitiva dell'appalto di cui è causa a -OMISSIS-.

Nel primo motivo viene lamentata la presunta violazione degli articoli 59 ed 83 del codice, oltre che dell'art. 8.3.3 del disciplinare di gara, in quanto -OMISSIS- avrebbe rilasciato una dichiarazione incompleta con riguardo al requisito di partecipazione previsto a pena di esclusione dalla citata disposizione del disciplinare.

Si tratta, in particolare (cfr. il doc. 17 della ricorrente, pag. 7 di 29), del requisito sullo svolgimento nel triennio 2016/2018 di servizi analoghi a quelli dell'appalto, con importo contrattuale, ciascuno, pari o superiore ad euro 1.250.000,00, di cui almeno un servizio di ristorazione presso asili nido, scuole dell'infanzia, scuole primarie e secondarie di primo grado, di durata non inferiore a trenta mesi continuativi, per almeno 1.500 utenti giornalieri.

Inoltre, continua l'art. 8.3.3, il partecipante deve fornire l'elenco dei servizi resi, suddivisi per anno scolastico, il nominativo delle strutture, l'importo netto fatturato per ogni servizio, il numero dei pasti forniti e lo svolgimento degli stessi in modo soddisfacente e senza contenzioso.

A detta della ricorrente, -OMISSIS- avrebbe reso una dichiarazione laconica ed incompleta in relazione al citato requisito di capacità professionale (cfr. il doc. 10 della ricorrente) ed allegando al DGUE una tabella che non rispetterebbe l'art. 8.3.3, in quanto i servizi sono divisi per anno solare e non per anno scolastico (cfr. il doc. 12 della ricorrente).

Inoltre, continua -OMISSIS-, -OMISSIS- non avrebbe provato lo svolgimento soddisfacente e senza contenzioso del servizio reso.

La censura appare infondata, per le ragioni che seguono.

Innanzitutto deve rilevarsi che, in ordine al citato requisito dell'art. 8.3.3, la CUC aveva fornito una serie di indicazioni interpretative attraverso le FAQ del 29.7.2019 (cfr. il doc. 3 di -OMISSIS-), specificando (vedi quesiti n. 1 e n. 2), che era sufficiente indicare la sola tipologia di istituto e che era altresì sufficiente dichiarare l'avvenuto svolgimento del servizio presso le scuole di durata non inferiore a 30 mesi continuativi, per almeno 1.500 utenti giornalieri, anche se non riferito al triennio 2016-2018.

-OMISSIS- ha allegato al DUGE una scheda dalla quale risulta che la prova del requisito è stata offerta mediante i servizi analoghi svolti a favore di Roma Capitale - VII Municipio, scheda riportante altresì il numero dei pasti ed il fatturato suddiviso per anno, con l'indicazione dell'inizio e della fine del servizio (cfr. il doc. 1 di -OMISSIS-).

Si badi che si tratta di un fatturato ampiamente superiore al minimo previsto dalla legge di gara, considerato che quest'ultimo è pari ad euro 1.250.000,00, mentre quello dichiarato dall'aggiudicataria per il triennio supera la cifra di 12 milioni di euro, sicché da tale punto di vista l'indicazione per anno solare anziché per anno scolastico non appare dirimente, non potendosi in ogni modo escludere sotto tale profilo l'esistenza del requisito.

Non può, quindi, sostenersi che non sia stata resa alcuna dichiarazione in ordine al requisito, né l'art. 8.3.3 esige – addirittura a pena di esclusione, come vorrebbe l'esponente – che la partecipante dichiari espressamente che il servizio è stato svolto in maniera soddisfacente ma, più semplicemente, impone solo che sia provato lo svolgimento soddisfacente del servizio.

Tale prova è stata acquisita, posto che lo stesso Municipio VII di Roma Capitale ha trasmesso una nota in data 6.3.2019 (cfr. il doc. 3 di -OMISSIS-), nella quale ha attestato lo svolgimento del servizio nel triennio richiesto dal disciplinare, evidenziando altresì che “il servizio di Refezione Scolastica risulta regolarmente svolto”.

-OMISSIS- risulta, pertanto, avere provato il requisito richiesto, per cui eventuali incompletezze della dichiarazione (ammesso che possano ravvisarsi nel caso di specie), assurgono tutt'al più a mere irregolarità, non suscettibili certo di condurre addirittura all'esclusione dalla procedura di gara.

Del resto l'art. 16 del disciplinare (cfr. il doc. 17 della ricorrente, pag. 14), ammette il soccorso istruttorio in caso di dichiarazioni irregolari o incomplete, purché non vi sia una "carezza sostanziale del requisito", carezza che deve escludersi nella presente fattispecie, per le ragioni suesposte.

In conclusione, il primo motivo deve rigettarsi.

1.2 Nel secondo mezzo del gravame principale, -OMISSIS- lamenta la presunta violazione dell'art. 80 comma 5 lettera "c" del codice, con riguardo alla dichiarazione resa sul punto da -OMISSIS-, sostenendo che si tratterebbe di una dichiarazione generica e soprattutto priva degli allegati che dovrebbero dimostrare l'esistenza o meno di illeciti professionali ostativi alla partecipazione alla gara.

Nella dichiarazione succitata (cfr. il doc. 13 della ricorrente), -OMISSIS- sostiene che, nell'ambito dei numerosi contratti (circa 130), che essa gestisce sul territorio nazionale, sono state sollevate contestazioni, cui la società ha peraltro puntualmente replicato, reputandole infondate.

In una serie di casi – ammette -OMISSIS- – sono state applicate penali contrattuali, che non hanno però superato singolarmente l'1% dell'importo contrattuale.

Infine, -OMISSIS- attesta che tali penali non hanno mai dato luogo alla risoluzione del contratto e che le stesse non vengono dichiarate in quanto irrilevanti, in conformità a quanto può desumersi dalla determinazione adottata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) nelle proprie Linee Guida n. 6, paragrafo 2.2.1.3.

La società esponente contesta la suddetta dichiarazione, anche se in termini generici, non individuando in maniera compiuta eventuali e specifici vizi dell'attività posta in essere dall'amministrazione a seguito del controllo della dichiarazione stessa.

D'altronde, neppure dopo l'avvenuto accesso agli atti di gara (si veda ancora la sentenza della scrivente sezione n. -OMISSIS-), -OMISSIS- ha ritenuto di integrare le proprie difese, eventualmente con motivi aggiunti.

La difesa della CUC, dal canto suo, evidenzia che le verifiche effettuate da quest'ultima sulla piattaforma ANAC non hanno portato a risultati rilevanti, sicché l'azione amministrativa della Provincia non può essere reputata illegittima.

Ne consegue il rigetto del secondo mezzo e quindi dell'intero ricorso principale.

2. Il ricorso per motivi aggiunti di -OMISSIS- è rivolto contro la determinazione della Provincia-CUC n. 94 del 2020 (cfr. il doc. 1 allegato ai motivi aggiunti ed il doc. 18 della Provincia), con la quale, in asserita applicazione dell'art. 80 comma 5 lettera "c" del codice, la CUC revocava l'ammissione della società esponente, con conseguente esclusione della medesima dalla procedura. La Provincia, in particolare, tenendo conto di quanto rappresentato da -OMISSIS- nella propria impugnazione incidentale, evidenziava come -OMISSIS- sarebbe incorsa in un grave illecito professionale, durante l'esecuzione del servizio di ristorazione scolastica presso la scuola primaria del Comune di Castelvetro Piacentino (PC).

In data 26.3.2019, presso la citata scuola primaria, diversi bambini e due insegnanti dovevano rivolgersi al pronto soccorso di Piacenza e di Cremona per una intossicazione alimentare, a seguito della quale l'autorità sanitaria locale di Piacenza notificava a -OMISSIS- verbale di segnalazione per violazione del regolamento CE n. 852/2004.

La Provincia evidenziava, altresì, che tale grave vicenda non era stata oggetto di dichiarazione in sede di partecipazione alla gara da parte di -OMISSIS- e che tale omissione, unitamente alla rilevanza dell'accaduto, giustificava l'esclusione della ricorrente principale, essendo venuto meno il necessario affidamento dell'amministrazione sull'integrità dell'impresa appaltatrice, sempre secondo il citato comma 5 lettera "c" dell'art. 80.

Secondo -OMISSIS-, non vi sarebbe in realtà alcuna prova che la stessa sia incorsa in un grave illecito professionale, tale da giustificare l'esclusione dalla procedura di gara.

I motivi aggiunti, caratterizzati da una sola censura, non sono fondati.

Come noto, l'art. 80 comma 5 lettera "c" citata (oggi lettera "c-bis" dopo le modifiche introdotte dal decreto legge n. 135/2018 convertito con legge n. 12/2019), consente alle stazioni appaltanti di desumere il comportamento di gravi illeciti da ogni pregressa vicenda professionale dell'operatore economico; da ciò consegue l'onere per l'operatore di portare a conoscenza dell'amministrazione le informazioni relative alla propria attività, per consentire all'amministrazione stessa una ponderata valutazione dell'integrità e dell'affidabilità di ogni partecipante alla gara (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 6615/2020, oltre a sez. III n. 6530/2020 e sez. VI, n. 6743/2020; fra la numerose decisioni di primo grado, preme citare TAR Lombardia, Brescia, sez. I, sentenza n. 806/2020 e TAR Lombardia, Milano, sez. I, sentenza n. 1881/2020).

Spetterà poi all'amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, apprezzare le vicende professionali dell'impresa partecipante, per individuare il punto di rottura dell'affidamento del futuro contraente (sul punto preme rinviare altresì alla sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 16/2020).

Inoltre, l'art. 80 comma 6 del codice consente alle stazioni appaltanti di escludere in qualsiasi momento un operatore che si trova in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5, a causa di atti compiuti prima o nel corso della procedura.

Orbene, con riguardo al citato episodio attinente alla gestione del servizio di ristorazione nel Comune di Castelvetro Piacentino, risulta dai documenti versati in giudizio che:

- a fronte dell'intossicazione alimentare avvenuta nella scuola ed alle contestazioni mosse a -OMISSIS-, il Comune, con nota del 10.9.2019 respingeva le giustificazioni dell'impresa, reputandola in ogni caso responsabile dell'accaduto ed applicandole di conseguenza una penale contrattuale di euro 12.000,00 (cfr. il doc. 7 di -OMISSIS-);
- la Giunta comunale di Castelvetro Piacentino, con deliberazione -OMISSIS-del 14.9.2019, in accoglimento del parere del proprio avvocato, accettava una soluzione transattiva della controversia, allo scopo di pervenire alla risoluzione anticipata del rapporto in essere, vista la "frattura del rapporto fiduciario" (così testualmente nella delibera), e per evitare un contenzioso comunque problematico (cfr. il doc. 5 di -OMISSIS-);
- il contratto di transazione fra -OMISSIS- ed il Comune era poi stipulato secondo lo schema del 6.9.2019 (cfr. il doc. 8 di -OMISSIS-).

Di tale vicenda, nonostante si trattasse di un episodio molto recente rispetto allo svolgimento della gara di cui è causa e ad onta dell'oggettiva rilevanza dell'avvenuta intossicazione nella scuola, non vi è traccia nelle dichiarazioni rese dall'esponente ai fini della partecipazione alla presente procedura concorsuale (cfr. per un estratto del DGUE di -OMISSIS-, il doc. 4 della controinteressata, dove non vi è alcun riferimento a quanto sopra esposto).

La Provincia, pertanto, nel provvedimento di revoca dell'ammissione, rilevava non solo la totale omissione della dichiarazione sulla vicenda di Castelvetro Piacentino, ma anche la sua oggettiva gravità (intossicazione di bambini durante il servizio di refezione scolastica), oltre che l'avvenuta applicazione di una penale superiore all'1% dell'importo contrattuale (cfr. ancora il doc. 18 della Provincia).

La determinazione della CUC appare al collegio adeguatamente motivata, né l'amministrazione pare avere esercitato in maniera palesemente erronea o arbitraria il potere discrezionale ad essa attribuito dall'art. 80 comma 5 sopra menzionato.

A diversa conclusione non induce la lettura di taluni documenti versati in giudizio dall'esponente, il primo dei quali è costituito dalla nota inviata ad ANAC dal Comune di Castelvetro Piacentino il 20.12.2019 (cfr. il doc. 3 allegato ai motivi aggiunti).

In tale nota, infatti, il funzionario comunale ricorda dapprima che la penale applicata di euro 12.000,00 supera la misura dell'1% del valore del contratto, con ciò stesso ammettendo implicitamente la rilevanza della penale e quindi del relativo inadempimento.

Nella lettera, il Comune segnala altresì ad ANAC che la documentazione in atti, compreso il contratto di transazione, non riporta mai il termine “grave illecito professionale” di cui all’art. 80 comma 5 del codice.

Tale circostanza è assolutamente irrilevante nel caso di specie, considerato che la stazione appaltante valuta i fatti accaduti nell’esercizio del proprio autonomo potere discrezionale, onde potere qualificare i fatti stessi come “grave illecito professionale”, indipendentemente dalla terminologia utilizzata dalle parti.

Nel caso di specie, poi, non appare strano che il contratto di transazione non contenga la citata espressione (“grave illecito professionale”).

La transazione, infatti, è un contratto con il quale le parti si fanno reciproche concessioni allo scopo di definire una lite (cfr. gli articoli 1965 e seguenti del codice civile), e non sembra anomalo che una delle parti della transazione (l’impresa gestore del servizio, in questo caso), eviti di inserire nel testo del contratto taluni termini (“grave illecito professionale”), che potrebbero avere conseguenze negative nei futuri rapporti contrattuali con altre amministrazioni.

Neppure rileva la circostanza che ANAC, dopo la lettura della citata nota comunale del 20.12.2019, abbia disposto l’archiviazione della segnalazione a carico di -OMISSIS- (cfr. il doc. 2 della ricorrente depositato il 24.3.2020).

Il provvedimento di archiviazione di cui sopra si caratterizza, infatti, per la sua estrema laconicità, fermo restando – giova ribadirlo – che la stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella valutazione delle circostanze di cui all’art. 80 comma 5 e non può certo reputarsi vincolata alle determinazioni di ANAC.

Da ultimo, preme rilevare che non sussiste neppure la lamentata violazione dell’art. 7 della legge n. 241/1990 in quanto, come del resto sopra esposto, la Provincia ha dato la prova che il contenuto del proprio atto non poteva essere diverso, ai sensi dell’art. 21 *octies* della medesima legge n. 241/1990. Si conferma, in conclusione, la reiezione dei motivi aggiunti.

3. Considerata la complessiva infondatezza del ricorso principale e dei connessi motivi aggiunti, il gravame incidentale deve reputarsi improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse all’impugnazione, ai sensi dell’art. 35 del c.p.a., posto che dall’accoglimento del medesimo non deriverebbe alcuna concreta utilità alla controinteressata.

4. Le spese della presente fase seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a favore della Provincia e di -OMISSIS-, mentre sussistono giuste ragioni per compensarle nei confronti del Comune, attesa la particolare posizione processuale di quest'ultimo, posto che le doglianze espresse da -OMISSIS- attengono all'attività svolta dalla CUC e non dal Comune, che si è di conseguenza astenuto da ogni difesa nel merito della controversia.

Peraltro l'amministrazione di Nova Milanese non può essere ritenuta priva di legittimazione passiva nel presente giudizio, come chiesto invece nella propria comparsa di risposta, in quanto l'atto impugnato in via principale (vale a dire il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto), è stato adottato con determinazione del Comune, che deve quindi reputarsi parte resistente ai sensi dell'art. 41 comma 2 del c.p.a. («...il ricorso deve essere notificato ... alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato...»).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti,

- respinge il ricorso principale ed i motivi aggiunti;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di lite, che così liquida:

- euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge (IVA e CPA se dovuti e spese generali nella misura del 15%) a favore della Provincia di Monza e della Brianza;
- euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) a favore di -OMISSIS-.

Compensa per il resto.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la società ricorrente e la società -OMISSIS-.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2020 svoltasi da remoto con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Alberto Di Mario, Consigliere