

Pubblicato il 15/06/2020

N. 02376/2020 REG.PROV.COLL.

N. 03383/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3383 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla [REDACTED] S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. [REDACTED] e [REDACTED] e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

[REDACTED] S.p.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. [REDACTED] e con domicilio eletto presso lo studio [REDACTED] in Napoli, piazza Carità, 32;

nei confronti

[REDACTED] S.p.A. in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio; [REDACTED] S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Ausiello e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo,

del provvedimento di aggiudicazione gara del 18/2/2019 Bidding N. 5100001355, dei Verbali di Gara conosciuti e non, delle valutazioni delle Commissioni di Gara e Tecnica e di ogni altro provvedimento antecedente, connesso e/o consequenziale;

per quanto riguarda i motivi aggiunti,

del provvedimento del 18.2.2019 adottato da ██████████ S.p.a. avente ad oggetto l'aggiudicazione della gara relativa alla Gestione degli impianti idrici nell'ambito territoriale dell'Unità di ██████████ per i Comuni di Caserta, Casaluce, Baia e Latina, Galluccio e Roccaromana (Bidding n. 5100001355) in favore di ██████████ Servizi; dei verbali tutti redatti dalla Commissione di Gara, conosciuti e non, nella parte in cui non hanno escluso dalla procedura la ██████████ S.p.a.; dei provvedimenti di valutazione della Commissione di Gara e della Commissione tecnica relative all'assegnazione dei punteggi e, ancor prima, a quelli di verifica dei requisiti di gara, conosciuti e non; della nota del 26.09.2019 con la quale la ██████████ S.p.a., avendo ██████████ Servizi adempiuto alla richiesta istruttoria della Stazione Appaltante, veniva comunicata la chiusura del procedimento istruttorio; di tutti gli atti connessi alla stessa in preordine e conseguenza.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista la costituzione con successiva memoria di ██████████

Vista la memoria di ██████████

Visti i motivi aggiunti avverso il provvedimento del 18.2.2019 adottato da Italgas Acqua Spa;

Vista la memoria di ██████████

Vista la memoria di ██████████

Vista l'ordinanza di questo Tribunale n.1827 del 2019 di rigetto della domanda di sospensione;

Viste le memorie di parte ricorrente;

Vista la memoria di ██████████

Vista la memoria di ██████████

Viste le note di udienza di ██████████

Dato atto della presenza dell'avv. Antonio Ausiello ai sensi dell'art. 4, comma 1, penultimo periodo, del D.L. 30.4.2020, n.28;

Visto l'art.35 c.p.a.;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il dott. Gabriele Nunziata alla udienza pubblica del 10 giugno 2020, e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art.84, comma 5, del D.L. 17.3.2020, n.18, convertito in Legge 24.4.2020, n.27 come modificato dall'art.4 del D.L. 30.4.2020, n.28, e del Decreto Presidenziale n.22/2020/Sede;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in esame, notificato il 2/8/2019 e depositato l'8/8/2019, parte ricorrente – premesso di aver partecipato alla procedura ristretta indetta da [REDACTED] per l'affidamento dell'attività di gestione degli impianti idrici nell'ambito territoriale dei Comuni di Caserta, Casaluce, Baia e Latina, Galluccio e Roccaromana; di essersi classificata seconda e di aver solo in seguito all'accesso agli atti constatato i molteplici errori commessi da [REDACTED] nell'ambito della gara– impugna l'illegittima aggiudicazione alla controinteressata [REDACTED] Srl (impresa cessionaria risultante dal conferimento del ramo d'azienda della [REDACTED]) per mancata esclusione di quest'ultima impresa dalla procedura in questione in ragione della circostanza che il sig. Pietro [REDACTED] indicato dalla stessa quale operatore esterno così come richiesto dalla lex specialis di gara (pagina 7 della lettera del 28.8.2018 recante specificazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, lettera b) curriculum personale qualificato per l'esecuzione delle attività richieste sugli impianti), non avrebbe fornito all'aggiudicataria la disponibilità a prestare la propria opera. Si specifica, altresì, di agire in riassunzione di giudizio già instaurato presso il TAR Piemonte che ha declinato la competenza.

Avverso il provvedimento impugnato è insorta la ricorrente chiedendone l'annullamento siccome illegittimo rassegnando le seguenti censure:

1.1 VIOLAZIONE DELL'ART.97 COST, DELL'ART.80 CO.5 E DELL'ART.95 DEL D. LGS. N.163/2006, DEGLI ARTT.4, 4.9 E 4.10 DELLE CONDIZIONI GENERALI DI GARA. TRAVISAMENTO, INGIUSTIZIA MANIFESTA E ECCESSO DI POTERE

In sintesi l'aggiudicataria avrebbe reso una dichiarazione non veritiera, il che ne avrebbe giustificato l'esclusione dalla gara, eppoi sarebbe mancata l'esibizione di contratti di avvalimento relativi all'officina attrezzata e all'autogru di proprietà dell'Aliante società Cooperativa Gela e di collaborazione di due unità di personale specializzato esterno, mentre l'offerta economica della [REDACTED] Spa di € 978.286,00 è notevolmente inferiore ai costi reali occorrenti per l'esecuzione del servizio pari a € 1.266.626,00.

1.2 Con motivi aggiunti sono stati poi impugnati il provvedimento del 18.2.2019 di aggiudicazione della gara in favore di [REDACTED] Servizi, nonché la nota del 26.09.2019 con la quale la [REDACTED] S.p.a. ha ritenuto chiuso il procedimento istruttorio, rassegnando le seguenti censure:

VIOLAZIONE DEGLI ARTT.50 E 83, CO.9 DEL D. LGS. N.50/2016, ILLEGITTIMITA' DEL RICORSO AL SOCCORSO ISTRUTTORIO. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DEI PRESUPPOSTI E SVIAMENTO D POTERE

In sintesi solo in fase successiva, in esito ad un'intensa corrispondenza, l'aggiudicataria avrebbe fornito certificazione per il sig. [REDACTED] ma non per le altre figure professionali, laddove il soccorso istruttorio non consentirebbe di colmare le lacune del contratto di avvalimento.

2. Resiste in giudizio [REDACTED] per dedurre la tardività del ricorso introduttivo e l'infondatezza in quanto la Stazione Appaltante non reputava necessaria la produzione dei contratti di avvalimento, replicando ai singoli motivi di censura; quanto ai motivi aggiunti, si è eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo rispetto alla fase procedimentale successiva alla stipulazione del contratto riconducibile, per giurisprudenza pacifica, alla giurisdizione ordinaria e ciò tenuto conto che l'istruttoria interna era finalizzata alla risoluzione del contratto ex art. 1456 c.c. già stipulato ed alla revoca della qualificazione dell'aggiudicataria, nonché dedotto circa l'inammissibilità per carenza d'interesse e l'infondatezza per ammissibilità del soccorso istruttorio a

comprova del possesso dei requisiti. ██████████ ha dedotto la tardività del ricorso introduttivo- proposto ad oltre quattro mesi dalla data di pubblicazione e comunicazione del provvedimento di aggiudicazione risalente al 18 febbraio 2019, l'infondatezza per avvenuta presentazione da parte del sig. ██████ di quanto richiesto dalla Stazione Appaltante ma comunque non previsto nella lettera di invito e, comunque, l'inammissibilità per genericità; quanto ai motivi aggiunti, sarebbero improcedibili per tardività del ricorso introduttivo e, comunque, infondati come dedotto previa replica alle singole censure.

3. Con ordinanza del 15/11/2019, n.1827 veniva sfavorevolmente esitata l'istanza cautelare proposta con i motivi aggiunti con la seguente motivazione:

“Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

che il contenzioso in esame, così come esposto nel ricorso introduttivo, integrato con motivi aggiunti, in estrema sintesi origina dalle doglianze attoree della ██████████ S.r.l. intese a rimarcare l'illegittima aggiudicazione da parte di ██████████ S.p.a. della gara per l'assegnazione di attività di gestione degli impianti idrici alla controinteressata ██████████ S.r.l. (impresa cessionaria risultante dal conferimento del ramo d'azienda della ██████████ S.p.a) per mancata esclusione di quest'ultima impresa dalla procedura in questione in ragione della circostanza che il sig. Pietro ██████ – indicato dalla stessa quale operatore esterno così come richiesto dalla lex specialis di gara (pagina 7 della lettera del 28.8.2018 recante specificazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, lettera b) curriculum personale qualificato per l'esecuzione delle attività richieste sugli impianti) - non avrebbe fornito all'aggiudicataria la disponibilità a prestare la propria opera;

che, l'██████████ S.p.a, sulla scorta delle doglianze rassegnate dalla ricorrente avviava un'istruttoria intesa alla verifica di quanto lamentato, all'esito della quale, con la nota del 26.9.2019, ritenuta l'insussistenza di elementi utili, si è determinata alla chiusura del procedimento istruttorio senza l'adozione di ulteriori provvedimenti;

che avverso il provvedimento in questione, impugnato con i motivi aggiunti, in trattazione alla odierna camera di consiglio, è insorta la ricorrente lamentando sostanzialmente l'illegittimo ricorso al soccorso istruttorio e riproponendo le doglianze già articolate con il ricorso principale;

che, le parti costituite in resistenza hanno controdedotto alle articolate censure, ribadendo la tardività del ricorso introduttivo - proposto ad oltre quattro mesi dalla data di pubblicazione e comunicazione del provvedimento di aggiudicazione risalente al 18 febbraio 2019; a più di tre mesi dalla stipulazione del contratto, sottoscritto in data 28 marzo 2019; a più di due mesi dal riscontro documentale della fase di accesso – peraltro, con istanza cautelare rinunciata alla camera di consiglio del 12 settembre 2019; deducendo, altresì : il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo rispetto alla fase procedimentale successiva alla stipulazione del contratto riconducibile, per giurisprudenza pacifica, alla giurisdizione ordinaria e ciò tenuto conto che l'istruttoria interna era finalizzata alla risoluzione del contratto ex art. 1456 c.c. già stipulato ed alla revoca della qualificazione dell'aggiudicataria; l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti per carenza d'interesse a ricorrere; l'ammissibilità del soccorso istruttorio a comprova del possesso dei requisiti; l'insussistenza di una specifica previsione intesa alla esibizione di un contratto di avvalimento, bensì soltanto una dichiarazione sostitutiva;

che l'istanza cautelare così come rappresentata nei motivi aggiunti (“...la definitiva sottoscrizione del contratto di appalto, oggi, sospeso dalla Stazione appaltante in pendenza del procedimento poi definito con l'atto oggi impugnato, comporterebbe un danno gravissimo a carico di quest'ultima

nell'auspicata ipotesi di accoglimento del presente ricorso") non appare meritevole di favorevole apprezzamento nei termini in cui risulta articolata, essendo, peraltro, già intervenuta la stipulazione del contratto di affidamento all'impresa controinteressata in data 28 marzo 2019 e neppure appaiono – sia pure nella sommarietà della presente deliberazione- emergere elementi utili a ritenere sussistente il fumus boni iuris in relazione ai motivi dedotti avverso l'atto impugnato e ciò anche a prescindere dalla questione di giurisdizione sollevata dalla controparte che il Collegio reputa di poter differire alla più appropriata sede di merito;

che, anche in ragione della richiesta di condanna ex art. 96 c.p.c., il Collegio ritiene di dover differire il regolamento delle spese alla fase della decisione del merito.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), Respinge l'istanza cautelare.

Fissa per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 25 marzo 2020.

Spese al definitivo.”

4. Ai fini della trattazione in sede di udienza pubblica parte ricorrente ha replicato all'eccezione di tardività del ricorso, chiesto la sospensione per proporre querela di falso ed insistito circa la fondatezza nel merito del gravame.

5. All'udienza del 10 giugno 2020, trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art.84, comma 5, del D.L. 17.3.2020, n.18, convertito in Legge 24.4.2020, n.27 come modificato dall'art.4 del D.L. 30.4.2020, n.28, e del Decreto Presidenziale n.22/2020/Sede, il Collegio si è riservata la decisione allo stato degli atti depositati.

6. Nel merito il ricorso con relativi motivi aggiunti è irricevibile, inammissibile e, comunque, infondato.

6.1 Preliminarmente va evidenziato che con il ricorso introduttivo si contestano l'esibizione di una dichiarazione non veritiera, la mancata produzione dei contratti di avvalimento e l'anomalia dell'offerta economica; in sede di motivi aggiunti si deducono l'impossibilità di valutare una certificazione prodotta tardivamente e che il soccorso istruttorio consenta di colmare le lacune del contratto di avvalimento.

Così sinteticamente riassunte le questioni, appare opportuno richiamare in questa sede le coordinate ermeneutiche elaborate dalla giurisprudenza in materia.

6.2 Con riguardo alla rilevanza di una dichiarazione non veritiera prodotta dal soggetto partecipante alla procedura ad evidenza pubblica, occorre sottolineare che, in tanto la violazione degli obblighi informativi discendenti dall'art. 80, comma 5, lett. c) del D. Lgs. n.50/2016 può comportare l'esclusione del concorrente reticente, in quanto essa sia stata valutata dalla Stazione Appaltante in termini di incidenza sulla permanenza degli imprescindibili requisiti di integrità ed affidabilità del concorrente stesso. Ne discende che l'esclusione non è automatica, ma è rimessa all'apprezzamento discrezionale della Stazione Appaltante, la quale potrà adottare la misura espulsiva una volta appurato, indipendentemente dalle modalità di acquisizione dei relativi elementi di fatto, che l'omissione dichiarativa abbia intaccato l'attendibilità professionale del singolo operatore economico, minando la relazione di fiducia venutasi a creare a seguito della partecipazione alla

gara. In altri termini, una volta venuta a conoscenza della mancata informativa, la Stazione Appaltante potrà escludere dalla gara il concorrente reticente solo dopo aver accertato, mediante il discrezionale apprezzamento di tutte le circostanze del caso, che l'omissione dichiarativa costituisca prova del fatto che "l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità" (cfr. Cons. Stato, V, 9.1.2019, n. 196).

Così delimitato il perimetro entro cui si collocano le questioni sottoposte alla deliberazione del Collegio, può procedersi allo scrutinio delle doglianze articolate negli scritti da parte ricorrente.

7. Non merita, in primo luogo, positiva valutazione la richiesta di sospensione del giudizio così come formulata da parte ricorrente con memoria depositata in previsione dell'udienza pubblica e motivata con l'asserita necessità di proporre querela di falso in relazione alla dichiarazione redatta dal sig. ██████ in data 10/9/2018. La Sezione, infatti, ritiene che - ai sensi dell'art.77 del D. Lgs. n.104/2010 (ed ancor prima dell'art.42 del R.D. n.642/1907) - ai fini della sospensione del processo amministrativo non è sufficiente la mera circostanza che sia stata proposta la querela di falso innanzi al giudice ordinario, occorrendo, comunque, da parte del giudice amministrativo, un'indagine valutativa sulla necessità dell'interruzione, al fine di evitare che l'istituto della querela di falso possa essere distorto a fini diversi ed utilizzato come strumento dilatorio per impedire o ritardare la pronuncia nel merito della controversia principale.

Peraltro, nel caso di specie, occorre considerare che la parte asserisce la natura mendace della dichiarazione resa dal sig. ██████ in qualità di amministratore della Tecnoacqua Service Srl, allorchè assicurava all'aggiudicataria della procedura per cui è controversia il proprio apparato lavorativo esterno, ma non ha mai depositato prova documentale dell'avvenuta proposizione di detta querela di falso. Invero l'apprezzamento del rapporto di pregiudizialità tra due giudizi in corso, allo scopo di accertare le condizioni per disporre la sospensione di un processo, è rimesso al giudice di merito, la cui valutazione si sottrae al sindacato di legittimità, ove questa sia motivata ed immune da vizi logici e giuridici (cfr. Corte Cass., n. 6351 del 1996 e n. 1539 del 1996); in ogni caso il concetto di "rilevanza" di un documento ai fini della decisione, ai sensi dell'art. 222 c.p.c., deve esser calibrato sulla natura e sul contenuto della pronuncia che il giudice ritiene in via prognostica di dover adottare nel caso concreto sottoposto alla sua valutazione.

8. In via preliminare va ritenuta fondata l'eccezione di irricevibilità del ricorso come notificato il 2 agosto 2019 avverso il provvedimento di aggiudicazione gara del 18 febbraio 2019; in effetti il ricorso, originariamente incardinato presso il TAR Piemonte che declinava poi la competenza in favore di questa Sede territoriale, veniva notificato il 19 giugno 2019, comunque in palese violazione dell'art.119 cpa che fissa il termine per l'impugnazione in trenta giorni dalla pubblicazione sul sito della Stazione Appaltante.

Erroneamente parte ricorrente pretende ricollegare la decorrenza dalla presentazione dell'istanza di accesso formalizzata per la prima volta il 10 maggio 2019; viceversa la Sezione ritiene, ai fini dell'irricevibilità del gravame, che debba riconoscersi rilevanza al momento della pregressa conoscenza in capo ad ██████ Srl del provvedimento di cui si tratta mediante pubblicazione idonea a far decorrere il termine per l'impugnazione giurisdizionale. Infatti la "piena conoscenza" dell'atto, al fine della decorrenza del termine decadenziale di impugnazione, si realizza quando l'interessato ha acquisito l'esatta cognizione degli elementi essenziali del provvedimento quali l'Autorità emanante, l'oggetto, il contenuto dispositivo ed il suo effetto lesivo, essendo tali elementi sufficienti a rendere il legittimato all'impugnativa consapevole dell'incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica, avendo egli la concreta possibilità di rendersi conto della lesività del provvedimento, mentre la successiva acquisizione del contenuto integrale degli atti del procedimento legittima solo la eventuale proposizione di motivi aggiunti in relazione agli aspetti

non conosciuti prima; non sono ammissibili deroghe a tale principio per l'ipotesi in cui l'istanza di accesso sia finalizzata ad acquisire la piena conoscenza del contenuto motivazionale degli atti di cui trattasi, posto che, in tale ipotesi, ben avrebbe parte ricorrente potuto immediatamente formulare, nei termini di legge, eventuali censure in ordine all'insufficienza del contenuto della motivazione del provvedimento impugnato, riservando alla successiva proposizione di motivi aggiunti la contestazione di eventuali ulteriori profili di illegittimità.

9. Conseguentemente i motivi aggiunti, come proposti tra l'altro avverso la nota del 26.9.2019 con la quale ██████████ S.p.a., avendo ██████████ adempiuto alla richiesta istruttoria della Stazione Appaltante, comunicava la chiusura del procedimento istruttorio, sono sia improcedibili per carenza di interesse attesa l'irricevibilità del ricorso introduttivo, sia preliminarmente inammissibili per difetto di giurisdizione di questo giudice, atteso che – successivamente all'aggiudicazione disposta con il provvedimento del 18 febbraio 2019 quale impugnato in sede di proposizione del gravame – in data 28 marzo 2019 si procedeva alla stipula del contratto; il procedimento istruttorio, nello specifico, era stato attivato per verificare l'eventuale sussistenza delle condizioni per la risoluzione del contratto e la revoca della qualificazione nei confronti di ██████████ Srl.

Ora le norme che dispongono la devoluzione delle controversie attinenti alle procedure di affidamento di appalti pubblici alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo afferiscono al solo tratto procedimentale e, dunque, pubblicistico delle stesse, ma non anche alla fase esecutiva del relativo rapporto, riservata alla cognizione del Giudice ordinario; in tal senso depone il tenore dell'art. 133 c.p.a., che devolve alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo "le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative". Tale disposizione, infatti, individua quale criterio di riparto della giurisdizione l'afferenza della lite ad una procedura di affidamento, ovvero una serie di atti ed attività che si concludono con la stipula del contratto, che segna il momento in cui si esaurisce la giurisdizione del Giudice amministrativo (ex multis, T.A.R. Lazio, Roma, I, 4.9.2019, n.10721; Cons. Stato, V, 31.8.2017, n.4140; 1.8.2015, n.3780; 31.12.2014, n. 6455; 15.2.2016, n. 624); viceversa, per consolidato indirizzo giurisprudenziale, rientrano nella giurisdizione ordinaria le controversie relative alla esecuzione dei contratti, in quanto riguardanti un rapporto di natura privatistica caratterizzato dalla posizione di parità delle parti, titolari di situazioni soggettive qualificabili come diritti ed obblighi, nonché controversie a contenuto meramente patrimoniale (ex multis, Cass. Civ., SS.UU., 10.1.2019, n.489; 9.8.2018, n.20682).

10. Premesso il carattere assorbente dei cennati profili di irricevibilità e di inammissibilità, il Collegio ritiene in ogni caso infondato il motivo di asserita violazione dell'art.80 del D. Lgs. n.50/2016 che, nella formulazione applicabile *ratione temporis* (alla gara de qua indetta il 22 agosto 2018), prevede l'esclusione dalla gara dell'operatore economico qualora "la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: 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; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o

l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione". La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'elencazione è meramente esemplificativa e la Stazione Appaltante può desumere il compimento di "gravi illeciti" da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui è stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa (ex multis, Cons. Stato, V, 24.1.2019, n. 586; V, 25.1.2019, n. 591; V, 3.1.2019, n. 72; III, 27.12.2018, n. 7231) se essa ne mette in dubbio l'integrità e l'affidabilità. In ogni caso tale previsione già aveva una portata molto più ampia rispetto a quella contenuta nell'art.38 del D. Lgs. n.163/2006 in quanto, da un lato, non operava alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o con diversa Stazione Appaltante, dall'altro non faceva riferimento solo alla negligenza o all'errore professionale, ma più in generale all'illecito professionale, che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, ma anche in fase di gara.

Il D.L. 14.12.2018, n.135 (convertito con modificazioni dalla Legge 11.2.2019, n.12) ha novellato la disposizione in esame, prevedendo che integrino distinte cause di esclusione le seguenti circostanze:

"c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;

c-bis) l'operatore economico 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;

c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa."

In maniera inequivoca questo Tribunale (IV, 4.11.2019, n.5232) ha affermato che tale novella legislativa chiarisce bene che la valutazione di inidoneità professionale deriva da un apprezzamento discrezionale della Stazione Appaltante, che non è necessariamente vincolata alla definitività degli addebiti relativi a pregressi inadempimenti contrattuali.

10.1 Come già affermato con riguardo ad analoga fattispecie (5.11.2019, n.5251), la Sezione ritiene che sul previgente dettato normativo produca effetti la recente pronunzia della IV sez. della CGUE del 19 giugno 2019 in C 41/18, dal momento che le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea estendono i loro effetti anche a casi diversi rispetto a quelli oggetto del rinvio, aventi le stesse caratteristiche di quello che ha dato origine alla decisione della Corte (cfr. Cons. Stato, V, 12.8.2019, n. 5671; VI, 6.6.2018, n.3412; Cass. civ., I, 28.3.1997, n. 2787; Corte Cost., 23.4.1985, n. 113), risolvendo per tutti i giudizi in corso e futuri la questione della conformità della norma interna al diritto euro - unitario.

Orbene, con tale sentenza la Corte ha stabilito che l'art. 57 § 4 lettere c) e g) della direttiva europea 2014/24, di cui il Codice dei contratti costituisce attuazione, "deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di

significative carenze verificatesi nella sua esecuzione impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce".

10.2 La Corte muove dall'esame del dato normativo di cui all'articolo 57 della direttiva, intitolato "Motivi di esclusione", che così dispone:

"(...)

4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere (...) oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:

(...)

c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità;

(...)

11) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili;

(...)

5. Le amministrazioni aggiudicatrici 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 paragrafi 1 e 2.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere oppure gli Stati membri possono esigere che le amministrazioni aggiudicatrici escludano 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 al paragrafo 4".

10.3 La Corte prende poi in considerazione il "considerando 101" della direttiva, che precisa "(101) Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale. È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto.

Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia

stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale. Dovrebbero anche poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico. Il diritto nazionale dovrebbe prevedere una durata massima per tali esclusioni".

10.4 Definendo nel merito la questione del contrasto tra la normativa nazionale e quella comunitaria in esame, la Corte ha, quindi, osservato che:

(par. 31) "ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 5, della direttiva 2014/24, le amministrazioni aggiudicatrici devono poter escludere un operatore economico "in qualunque momento della procedura" e non solo dopo che un organo giurisdizionale ha pronunciato la sua sentenza, il che costituisce un indizio ulteriore della volontà del legislatore dell'Unione di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare la propria valutazione sugli atti che un operatore economico ha commesso o omesso di compiere prima o durante la procedura di aggiudicazione di appalto";

(par. 32) "se un'amministrazione aggiudicatrice dovesse essere automaticamente vincolata da una valutazione effettuata da un terzo, le sarebbe probabilmente difficile accordare un'attenzione particolare al principio di proporzionalità al momento dell'applicazione dei motivi facoltativi di esclusione. Orbene, secondo il considerando 101 della direttiva 2014/24, tale principio implica in particolare che, prima di decidere di escludere un operatore economico, una simile amministrazione aggiudicatrice prenda in considerazione il carattere lieve delle irregolarità commesse o la ripetizione di lievi irregolarità";

(par. 34) "risulta che il legislatore dell'Unione ha inteso affidare all'amministrazione aggiudicatrice, e a essa soltanto, nella fase della selezione degli offerenti, il compito di valutare se un candidato o un offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto";

(par. 38) "Il potere discrezionale che l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 conferisce all'amministrazione aggiudicatrice è infatti paralizzato dalla semplice proposizione da parte di un candidato o di un offerente di un ricorso diretto contro la risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico di cui era firmatario, quand'anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione";

(par. 39) "Inoltre, una norma come quella prevista all'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici non incoraggia manifestamente un aggiudicatario nei cui confronti è stata emanata una decisione di risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico ad adottare misure riparatorie. Sotto tale profilo, una regola di questo tipo può essere in contrasto con le prescrizioni di cui all'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24".

10.5 Alla luce delle suesposte coordinate ermeneutiche, dalle quali non è consentito a questo Giudice discostarsi, è del tutto evidente che, in siffatta materia, la Stazione Appaltante debba compiere una approfondita analisi degli elementi in suo possesso che riguardino la posizione degli operatori, al fine di decidere se un dato fatto costituisca o meno grave illecito professionale. Per consentire tale adeguata e ponderata valutazione in termini di affidabilità ed integrità, sono posti a carico dell'operatore economico i c.d. obblighi informativi quanto alle proprie pregresse vicende

professionali in cui, per varie ragioni, gli è stata contestata una condotta contraria a norma o, comunque, si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti (cfr. Cons. Stato, V, 4.2.2019, n.827; 16.11.2018, n.6461; 24.9.2018, n. 5500; 3.9.2018, n. 5142; 17.7.2017, n. 3493; 5.7.2017, n. 3288; 22.10.2015, n.4870).

La violazione degli obblighi informativi può integrare, a sua volta, il "grave illecito professionale" endoprocedurale, citato nell'elencazione esemplificativa dell'art. 80, comma 5, lett. c) cit. come "omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione", con conseguente facoltà della Stazione Appaltante di valutare tale omissione o reticenza ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico (Cons. Stato, V, 12.4.2019, n.2407; 3.9.2018, n.5142; III, 23.8.2018, n.5040).

10.6 Venendo alla presente fattispecie, è incontestato e suffragato dalle risultanze dell'istruttoria attivata dalla Stazione Appaltante – oggetto di censure a mezzo di motivi aggiunti – che il sig. ██████ rendeva dichiarazione di aver dato disponibilità alla ██████ spa, oggi ██████ Srl, quale personale operativo esterno con esperienza superiore a cinque anni per l'esecuzione dei lavori di cui all'appalto indetto da ██████ spa. Tale dichiarazione è coerente con quella precedente ed esibita in sede ricorsuale a mezzo della quale si attestava di non aver prestato mediante avvalimento i propri requisiti tecnico professionali ad alcuna società partecipante alla gara per cui è controversia.

11. Il Collegio ritiene che non sia meritevole di accoglimento neanche il motivo di ricorso con cui si deduce la mancata allegazione dei contratti di avvalimento relativi ai criteri di valutazione ponderali nn.3 e 4 della lettera-invito, cioè l'officina meccanica e la disponibilità della gru. Il D. Lgs. n.50/2016 regola l'avvalimento all'art.89 che detta una disciplina molto puntuale, decisamente più specifica di quella dell'art.49 del D.Lgs. n. 163/2006; in particolare viene prevista la sanzione della nullità del contratto di avvalimento che non contenga "la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria".

Tuttavia, in disparte che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (4.11.2016, n.23), richiamando i precedenti della Corte di Giustizia Europea, ha sottolineato che l'avvalimento è uno strumento fondamentale per garantire la partecipazione agli appalti pubblici delle piccole e medie imprese, richiamandosi i principi della libera concorrenza, della parità di trattamento e di non discriminazione, ciò perché nell'avvalimento di garanzia è sufficiente l'impegno a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio di esperienza (Cons. Stato, V, 14/2/2018, n.953; 30/10/2017, n. 4973; III, 11/7/2017, n. 3422; V, 22/12/2016, n. 5423; III, 17/11/2015, n. 5703; III, 4/11/2015, nn. 5038 e 5041), nella fattispecie la disponibilità dell'officina meccanica e della gru deve intendersi non come requisito di partecipazione bensì di esecuzione dell'appalto, ovvero elemento materialmente necessario per la gestione degli impianti idrici, come tale legittimamente esigibile verso il concorrente aggiudicatario definitivo come "condizione" per la stipulazione del contratto, perché è in quel momento che si attualizza per l'Amministrazione l'interesse a che il contraente abbia a disposizione una struttura per assicurare il servizio; in caso contrario si avallerebbe un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza e irragionevole, perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione definitiva, un'officina meccanica ed una gru, reperendo - con evidente onere economico e organizzativo che poi potrebbe risultare ultroneo per chi non risulta aggiudicatario – mezzi in vista di una sola possibile ma non certa acquisizione della commessa.

11.1 Prima dell'aggiudicazione, considerata l'alea della gara, è in realtà sufficiente, anche ai fini del rispetto della par condicio, che vi sia una formale dichiarazione di impegno del concorrente a procurarsi tempestivamente un'officina meccanica ed una gru, sulla cui base la Stazione Appaltante

potrà poi pretendere a pieno diritto che sia acquisita la disponibilità effettiva della struttura, ciò ai fini della stipula e della successiva esecuzione del contratto d'appalto.

12. Infine, quanto alle deduzioni circa l'illegittimo ricorso allo strumento del soccorso istruttorio, si ribadisce che tale procedimento istruttorio era stato attivato dalla Stazione Appaltante per verificare non il possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario, ma l'eventuale sussistenza di un mendacio dichiarativo ai fini della risoluzione del contratto e della revoca della qualificazione nei confronti di [REDACTED] Srl. Dunque non si è data alcuna applicazione all'art.83, comma 9 del D. Lgs. n.50/2016, per la semplice ragione che, con riferimento ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica, i concorrenti non erano tenuti a produrre alcun contratto di avvalimento, richiedendosi soltanto di attestare la disponibilità delle risorse e dei mezzi mediante una dichiarazione sostitutiva.

13. In conclusione il ricorso come proposto anche mediante motivi aggiunti va dichiarato irricevibile e inammissibile e, comunque, infondato quanto alle censure articolate da parte ricorrente.

14. Le spese seguono, come di rito, la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto anche mediante motivi aggiunti, lo dichiara irricevibile, inammissibile e, comunque, infondato.

Condanna la ricorrente al pagamento in favore di [REDACTED] Spa e [REDACTED] Srl delle spese di lite che liquida complessivamente in € 3.000,00 (tremila/00 euro) ripartiti in parti eguali.

Spese compensate tra [REDACTED] Srl e [REDACTED] Spa.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

La sentenza è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Napoli, nella Camera di Consiglio del giorno 10 giugno 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza mediante l'utilizzo degli strumenti hardware e software individuati nel Decreto Presidente del Consiglio di Stato n.134 del 22 maggio 2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Gabriele Nunziata, Consigliere, Estensore

Rosalba Giansante, Consigliere

L'ESTENSORE
Gabriele Nunziata

IL PRESIDENTE
Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO