

Publicato il 13/11/2017

N. 05349/2017 REG.PROV.COLL.
N. 03821/2017 REG.RIC.
N. 04184/2017 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 della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt.74 e 120, comma 10 cod. proc. ammin., sui ricorsi riuniti numeri di registro generale 3821 e 4184 del 2017, il primo dei quali integrato da motivi aggiunti, proposti dal Consorzio Mercato Ittico di Mugnano di Napoli in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Emanuele D'Alterio e con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, Viale Gramsci n.19;

contro

Comune di Mugnano di Napoli in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Biagio Passarelli e con domicilio eletto presso la Segreteria del TAR di Napoli;

Centrale di Committenza Comuni di Melito di Napoli non costituito in giudizio;

nei confronti di

Mercato Ittico Mugnano s.c. a r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Sellitto

e con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, Piazza G. Bovio n.22;

per l'annullamento

quanto al ricorso Rg. n.3821 del 2017:

previa sospensione, della lettera d'invito a partecipare alla procedura negoziale ex art.36, comma 2, lett.b) del D. Lgs. n.50/2016 per l'affidamento della concessione di servizi per la gestione, per mesi 3 e giorni 15, del Mercato Ittico, inviata alla Mercato Ittico Mugnano s.c. a r.l.; dei verbali del 5/7/2017 e del 28/7/2017, oltre agli atti presupposti;

quanto al ricorso Rg. n.4184 del 2017:

previa sospensione, della Determinazione n.788 del 19/10/2017 di aggiudicazione definitiva alla Mercato Ittico Mugnano s.c. a r.l. della procedura negoziata per l'offerta della concessione di servizi per la gestione del Mercato Ittico; dei verbali di gara; del verbale del RUP del 18/10/2017 in ordine alla verifica dell'anomalia dell'offerta, nonché degli atti presupposti.

Visti i ricorsi e i relativi allegati in cui si espone che il Comune di Mugnano di Napoli in data 9/6/2017 ha pubblicato avviso per l'individuazione e la selezione di operatori economici da invitare a procedura negoziata ex art.36, comma 2, lett.b) del D. Lgs. n.50/2016 per l'affidamento del servizio in epigrafe. Il Consorzio ricorrente ha presentato richiesta di invito in data 26/6/2017 e successivamente la propria offerta; la prima seduta pubblica per la verifica della documentazione amministrativa si è svolta il 28/7/2017 ed in tale data si è appreso dell'invito rivolto anche alla Mercato Ittico Mugnano s.c. a r.l., il che era avvenuto con lettera che viene

gravata di impugnazione in questa sede per violazione dell'art.80, comma 5, lett.c) del D. Lgs. n.50/2016, per elusione del giudicato di cui alla sentenza di questo Tribunale n.3935/2017, per eccesso di potere e per contraddittorietà. Successivamente con la Determinazione n.788 del 19/10/2017 il Comune di Mugnano di Napoli ha aggiudicato definitivamente la gara alla Mercato Ittico Mugnano s.c. a r.l., provvedimento del quale viene dedotta l'illegittimità derivata;

Vista la memoria del Comune di Mugnano di Napoli di replica ai singoli motivi di ricorso;

Vista la memoria del Mercato Ittico Mugnano s.c. a r.l. in cui si deduce circa l'inammissibilità e comunque l'infondatezza del ricorso;

Vista l'ordinanza di questo Tribunale n.1533 del 2017, come resa nel ricorso Rg. n.3821 del 2017, di rinvio della trattazione all'odierna Camera di Consiglio per l'eventuale proposizione di ricorso incidentale, ai fini e per gli effetti di cui al predetto comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a.;

Visto l'atto di motivi aggiunti proposto dal Consorzio Mercato Ittico di Mugnano di Napoli nel ricorso n.3821/17, depositato il 19/10/17;

Vista la memoria del Comune di Mugnano;

Visto il ricorso incidentale del Mercato Ittico Mugnano s.c. a r.l. in cui si contesta sotto molteplici profili il possesso del requisito speciale di capacità tecnica da parte della ditta Pappagallo Francesco s.r.l. quale soggetto ausiliario di cui Consorzio Mercato Ittico di Mugnano di Napoli intende avvalersi;

Viste le memorie del Consorzio Mercato Ittico di Mugnano di Napoli;

Viste le memorie del Comune di Mugnano;

Viste le memorie del Mercato Ittico Mugnano s.c. a r.l.;

Visto il decreto presidenziale di questo Tribunale, come reso nel ricorso Rg. n.4184 del 2017, di accoglimento delle misure cautelari urgenti fino all'odierna Camera di Consiglio;

Vista la memoria del Mercato Ittico Mugnano s.c. a r.l. nel ricorso Rg. n.4184 del 2017;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore - alla Camera di Consiglio del giorno 7 novembre 2017 – il Cons. Gabriele Nunziata, ed uditi i difensori come da verbale;

Atteso che alla Camera di Consiglio il Collegio ha informato le parti in ordine alla possibile definizione dei ricorsi con sentenza;

Ritenuto che sussistono i presupposti per una celere definizione dei ricorsi in esame, giusta previsione di cui all'art.120, comma 6 cod. proc. amm.;

Viste le circostanze di fatto e le ragioni di diritto come spiegate dalle parti negli atti processuali;

Considerato:

che il Collegio ritiene i ricorsi proposti dal Consorzio Mercato Ittico di Mugnano di Napoli e, in via incidentale, dal Mercato Ittico Mugnano s.c. a r.l. – oggetto di esame contestuale per assicurare il principio della parità delle armi siccome volti entrambi a far valere un vizio relativo alla stessa fase della procedura (cd. “simmetria escludente”) - manifestamente fondati, con la conseguenza che essi possono essere decisi ai sensi delle citate disposizioni di legge come rappresentato ai difensori delle parti, essendo ciò consentito dall'oggetto della causa, dall'integrità del contraddittorio e dalla completezza dell'istruttoria;

che, con riguardo al ricorso Rg. n.3821 del 2017, in via preliminare, quanto all'eccezione di inammissibilità del ricorso con riguardo all'art.120, commi 2 bis e 6 bis cod. proc. amm., il Collegio ritiene che l'omessa formale pubblicazione del provvedimento di invito della controinteressata, ai sensi dell'art.29 del decreto legislativo numero 50 del 2016, se da un lato fa venir meno l'onere di immediata impugnazione (cfr. TAR Molise 21 agosto 2017, n. 280), dall'altro non preclude la facoltà di impugnazione di tali provvedimenti prima dell'aggiudicazione della gara;

che la norma in questione – in quanto disposizione processuale di immediata applicazione - in deroga alla disciplina generale sull'interesse all'impugnazione degli atti di gara, ha inteso qualificare tali atti come immediatamente lesivi e, dunque, suscettibili di immediata contestazione;

che il Consiglio di Stato, con il parere espresso dalla sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016 (n.855/2016 dell'1.4.2016), con specifico riferimento al “Precontenzioso e contenzioso (artt. 204, 211)”, osservava testualmente quanto segue : “Il Codice appresta un corpo normativo cui è sottesa l'esigenza della riduzione dei contenziosi e della definizione veloce delle liti. Questo obiettivo è anzitutto affidato, in via preventiva, alle buone regole e alla buona amministrazione, nonchè ai nuovi criteri reputazionali di selezione degli operatori, volti a creare una nuova cultura e responsabilità etica dei partecipanti alle gare. Quando tuttavia il contenzioso sia inevitabile, occorre trovare un ragionevole punto di equilibrio tra la giusta esigenza di rapida definizione delle liti e il valore, costituzionale e sovranazionale, dell'effettività della difesa. La tutela

giurisdizionale, proprio nel settore degli appalti pubblici, secondo i principi comunitari non può essere ostacolata, resa eccessivamente difficile, mutilata dalla tutela cautelare. Il sistema eurounitario si spinge ad apprestare una tutela cautelare ex lege ai concorrenti: il c.d. standstill. Le nuove disposizioni processuali impongono l'immediata impugnazione di ammissioni ed esclusioni, al condivisibile fine di deflazionare il successivo contenzioso sull'aggiudicazione, nella prassi complicato ed esasperato dai ricorsi incidentali che rimettono in discussione la fase di ammissione. Tuttavia tale onere di immediata impugnazione, che grava le parti con tempi stretti ed ulteriori costi processuali, dovrà essere compensato da una tempestiva accessibilità degli atti di gara inerenti ammissioni ed esclusioni, e, in prospettiva, e fatte le pertinenti verifiche di compatibilità finanziaria, con una rimodulazione del contributo unificato...”;

che in tal modo è stata positivizzata l'impostazione dell'effettività della difesa al momento dell'ammissione per ragioni di politica giudiziaria deflattiva del contenzioso, sebbene il ricorso giurisdizionale non sia un rimedio dato nell'interesse astratto della giustizia o per ottenere la mera enunciazione dei parametri di legalità dell'azione amministrativa, disancorati da un effettivo e non ipotetico vantaggio derivante all'attore nel caso in contestazione;

che, sempre in via preliminare, va osservato che la disposizione di cui all'art.80 del D.Lgs. n.50/2016 di cui si controverte stabilisce che:

"5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:

...(omissis)...

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. 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";

che, come rilevato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato in sede di emissione del parere sulle linee guida ANAC "indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice", la norma ha introdotto una semplificazione a fini probatori, in quanto è la stessa disposizione a stabilire che, in presenza di determinati effetti giuridici "(risoluzione anticipata "definitiva" perché non contestata ovvero confermata in giudizio, penali, risarcimento, incameramento della garanzia)" un eventuale "inadempimento contrattuale" assurge, per legge, al rango di "significativa carenza"; correlativamente, sorge l'obbligo dichiarativo in capo alla concorrente. È stato, in particolare, osservato che "...L'art. 80, c. 5, lett. c), in combinato con il c. 13,

codice, demanda alle linee guida il solo compito di individuare la casistica delle significative carenze nell'esecuzione di precedenti contratti; ma indica già in modo compiuto e tassativo un indice di riconoscimento delle "significative carenze", ancorato agli effetti giuridici che si sono prodotti, e che sono i seguenti: "risoluzione anticipata del contratto, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero una condanna al risarcimento del danno o l'applicazione di altre sanzioni". Possono essere considerate come "altre sanzioni", l'incameramento delle garanzie di esecuzione o l'applicazione di penali, fermo che la sola applicazione di una clausola penale non è di per sé sintomo di grave illecito professionale, specie nel caso di applicazione di penali in misura modesta. Se, pertanto, in relazione ad un pregresso contratto, non si sono prodotti tali effetti giuridici (risoluzione anticipata "definitiva" perché non contestata ovvero confermata in giudizio, penali, risarcimento, incameramento della garanzia), un eventuale "inadempimento contrattuale" non assurge, per legge, al rango di "significativa carenza". Si tratta, evidentemente, di una semplificazione "a fini probatori", in quanto se non si sono prodotti tali effetti tipizzati, è ben più complesso fornire la prova incontestabile che il pregresso inadempimento è stato "significativo" (cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale 26.10.2016, parere n. 2286/2016);

che, dunque, è dovere in capo ad ogni concorrente di rendere una dichiarazione completa, atteso che "...Nel vigore del nuovo codice, occorre distinguere tra autodichiarazione, effettuata tramite il DGUE (documento di gara unico europeo), e prove che la stazione appaltante può acquisire o esigere dai concorrenti. Nell'ambito del

DGUE, è esigibile che il concorrente autodichiari l'assenza di gravi illeciti professionali, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza formatasi nel vigore del codice del 2006..." (cfr. Cons. Stato, parere n.2286/2016 cit., paragrafo 8.2.; v. anche le linee guida ANAC, punto 2.1.1.). Tale riferimento è, in particolare, alla giurisprudenza del Consiglio di Stato che, come indicato nello stesso parere con ampi riferimenti, riteneva esigibile l'autodichiarazione avente ad oggetto anche le eventuali pregresse risoluzioni contrattuali, anche se relative ad appalti affidati da stazioni appaltanti diverse da quella che aveva bandito la gara;

che, rispetto alla precedente disciplina contenuta nell'art. 38 del D. Lgs. n.163/2006, nel sistema del Codice approvato con il D. Lgs. n.50/2016 la nuova disposizione contenuta nell'art.80, comma 5, lett. c), presenta un contenuto ed una portata più ampia della precedente, in quanto - se con riferimento alla risoluzione del contratto chiarisce che deve trattarsi di una risoluzione "anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio" - per l'altra fattispecie, relativa all'applicazione di "altre sanzioni", non fa alcun riferimento all'eventuale contestazione, operando in tal modo una differenza testuale tra gli "effetti giuridici" delle "significative carenze". Tale dato, se per un verso induce a ritenere che le concorrenti siano obbligate a dichiarare sempre e comunque l'applicazione delle penali nell'ottica della massima trasparenza, per altro verso implica, sul piano fattuale, che le circostanze concrete - quali la tenuità della penale, l'essere stata singolarmente applicata o l'essere stata contestata - devono contestualmente essere offerte alla Stazione appaltante al fine di consentirle l'esercizio del potere

discrezionale di valutazione nel modo più compiuto possibile (T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 8.5.2017, n.1210);

che quanto appena rilevato è stato fatto proprio anche nelle linee guida ANAC n. 6 del 16 novembre 2016, recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice", allorchè si precisa che "La sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, essendo rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla gravità dei comportamenti e alla loro rilevanza ai fini dell'esclusione.";

che quest'Organo giudicante è consapevole dell'orientamento giurisprudenziale (T.A.R. Puglia, Lecce, III, 22.12.2016, n.1935) secondo cui la citata innovativa norma introdotta dal Codice degli appalti del 2016 (in vigore dal 19 aprile 2016) - interpretata alla stregua dei consueti ortodossi canoni ermeneutici, a differenza della previgente simile disciplina dettata dall'art. 38, comma primo, lett. f) del D. Lgs. n.163/2006, rende irrilevante - ai fini della esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara indette dalla P.A. - la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto o di concessione ancora "sub iudice";

che, tuttavia, nella fattispecie questa stessa Sezione, con la citata sentenza n.3935 pubblicata il 25/7/2017 ed alla data odierna non gravata di appello, ha già affermato la legittimità dell'esclusione della

Mercato Ittico Mugnano s.c. a r.l. dalla procedura indetta agli inizi del 2017 dal Comune di Mugnano per l'affidamento della medesima gestione, ciò in quanto in sede di partecipazione aveva dichiarato di "non essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità", il che non rispondeva al vero in quanto, con determina dirigenziale n. 55/2017, era stata dichiarata la sua decadenza dall'affidamento del servizio di gestione del Mercato Ittico Comunale per mancanza del requisito della regolarità contributiva. Sempre in tale pronuncia giurisdizionale si è statuito che nessun apprezzamento positivo poteva essere riconnesso allo stato di eventuale buona fede del dichiarante ed alla imputabilità delle condotte ad un consulente infedele, inerendo tali profili al rapporto interno tra tali soggetti insuscettibile di assurgere a giustificativo, attesa l'imputabilità all'impresa delle dichiarazioni rese; che, pertanto, l'Amministrazione ha provveduto illegittimamente ad invitare un operatore economico che aveva evidenziato la propria inaffidabilità allorchè si era reso colpevole di gravi illeciti nell'esercizio dell'attività professionale, violando l'obbligo di dichiarazione da parte dell'impresa partecipante degli errori commessi nell'esercizio della pregressa attività. Il Comune di Mugnano ha omesso di valutare la gravità dell'evento, così contravvenendo anche al principio di buon andamento che impegna la P.A. ad adottare gli atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, e di motivare la decisione che poteva giustificare l'invito alla Mercato Ittico Mugnano s.c. a r.l. nonostante i precedenti sopra emarginati;

che, ai fini dell'accoglimento dei ricorsi, la Sezione ritiene di far propria la tesi (Cons. Stato, V, 27.4.2017, n.1955) secondo cui le

Stazioni Appaltanti escludono i concorrenti ad una procedura di affidamento di contratti pubblici in presenza di "significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata", le quali alternativamente o non siano contestate in giudizio dall'appaltatore privato o - per venire al caso che interessa nel presente giudizio - siano state "confermate all'esito di un giudizio";

che l'accoglimento del ricorso proposto in via principale dal Consorzio Mercato Ittico di Mugnano di Napoli distinto con Rg. n.3821 del 2017 comporta l'illegittimità derivata dei provvedimenti gravati di impugnazione con il ricorso Rg. n.4184 del 2017, quale effetto conformativo immediato e diretto della pronuncia di annullamento anche per la gravità degli effetti del vizio riscontrato con conseguente esclusione dell'impresa controinteressata dalla procedura;

che, relativamente al ricorso incidentale proposto dal Mercato Ittico Mugnano di Napoli cs.c. a r.l. , il medesimo non appare irricevibile – come invece eccepito dal Consorzio Mercato Ittico di Mugnano di Napoli – proprio per i motivi fatti propri dalla Sezione in sede di ordinanza n.1533 del 2017, ciò in quanto il dies a quo per le impugnazioni di esclusione/ammissione è retto da un regime di specialità rispetto ad ogni altra tipologia di impugnazione in materia di gare pubbliche, decorrendo il termine per il ricorso dalla pubblicazione del provvedimento formale di ammissione/esclusione sul sito della Stazione appaltante;

che, sempre in sintonia con quanto già esposto nella sentenza n.3935 del 2017 ed in altra parte del presente provvedimento, non può ignorarsi la gravità del pregiudizio nei riguardi della ditta Pappagallo

Francesco s.r.l., quale soggetto ausiliario di cui Consorzio Mercato Ittico di Mugnano di Napoli intende avvalersi, nella misura in cui la medesima -che nella dichiarazione resa ai fini della partecipazione alla gara “de qua” afferma di “essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui all’art. 80 del D. Lgs. 50/2016”- era invece stata esclusa da altra gara per falsità di dichiarazione circa il possesso del requisito della capacità tecnica e professionale, ciò come evidenziato dal Comune e confermato dalla nota ANAC n.0122149 del 30/10/2017 di avvio del procedimento sanzionatorio ai fini dell’iscrizione nel Casellario Informatico;

che, con riguardo al profilo del contratto di avvalimento esibito in sede di gara da parte del Consorzio, la Sezione è dell’avviso che il medesimo avrebbe dovuto individuare in modo compiuto ed autosufficiente il requisito messo (dall’ausiliaria s.r.l. Pappagallo Francesco) a disposizione (del concorrente). Tale principio è stato poi positivizzato dall’art. 88, comma 1, d.P.R. n. 207/2010, secondo cui “per la qualificazione in gara, il contratto di cui all’articolo 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell’avvalimento”. In altri termini, pur essendo inserito nel contesto del procedimento amministrativo di selezione dell’aggiudicatario, il contratto di avvalimento deve rispettare la disciplina civilistica in tema di contenuto contrattuale, con particolare riferimento all’esistenza ed alla determinatezza dell’oggetto: esso deve identificare in modo chiaro ed esauriente prima di tutto il requisito oggetto di avvalimento, poi la volontà del soggetto ausiliario di impegnarsi a metterlo a disposizione del concorrente, la

natura dell'impegno assunto e la concreta portata delle risorse messe a disposizione per effetto dell'avvalimento. Il contratto di avvalimento, lungi dall'essere un mero documento da allegare alla domanda per dimostrare il possesso di un requisito, è il presupposto stesso per la partecipazione alla gara, fornendo all'avvalente il requisito mancante: sicché, in ogni caso, il soccorso istruttorio non può essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, ex post, di un requisito di partecipazione mancante alla data di presentazione dell'offerta, poiché, in questo modo, si altererebbe la par condicio tra i concorrenti;

che, ciò stante, previa riunione devono essere accolti sia i ricorsi proposti in via principale che il ricorso incidentale presentato nel giudizio Rg. n.3821 del 2017 – con conseguente annullamento dei provvedimenti oggetto delle impugnazioni e, considerato che si era in presenza di due soli concorrenti, dell'intera procedura di negoziale che di fatto risulta dichiarata "deserta", salvi ulteriori legittimi provvedimenti dell'Amministrazione che consentano la partecipazione anche di ulteriori operatori economici, rimanendo le spese e gli onorari di giudizio compensati in ragione dell'esito della presente pronuncia,

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe come proposti anche in via incidentale, previa riunione li accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti oggetto di impugnazione e la procedura negoziale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del giorno 7 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Gabriele Nunziata, Consigliere, Estensore

Carlo Dell'Olio, Consigliere

L'ESTENSORE
Gabriele Nunziata

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO