



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 925 del 2014, proposto da:
Co.Ma.C. s.r.l, rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Contaldi La
Grotteria, con domicilio eletto presso Pier Francesco Lotito in
Firenze, viale dei Mille 18/B;

contro

Anas s.p.a., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello
Stato di Firenze, domiciliata in Firenze, Via degli Arazzieri 4;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione dalla procedura aperta FILAV007-
14 per l'appalto dei "lavori di miglioramento della sicurezza stradale
mediante il ripristino e l'adeguamento alle attuali norme vigenti delle
barriere di sicurezza" della SS R.A. 3, raccordo autostradale
Siena/Firenze (CIG 56065829D2), adottato dalla commissione di
gara in data 5.5.2014, comunicato con nota in pari data, con
incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione all'AVCP;

nonché della segnalazione all'AVCP del 9.5.2014.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2014 il dott. Luigi Viola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente partecipava alla procedura di gara FILAV007-14, indetta da ANAS s.p.a., Compartimento della Viabilità per la Toscana, con bando pubblicato sulla G.U. 3 marzo 2014 n. 25 ed avente ad oggetto i lavori di manutenzione straordinaria e di miglioramento della sicurezza stradale mediante ripristino e adeguamento alle attuali norme vigenti delle barriere di sicurezza.

In data 5 maggio 2014, era comunicato alla ricorrente un provvedimento di esclusione dalla gara, incameramento della cauzione e segnalazione all'A.V.C.P. per dichiarazioni mendaci rese in sede di presentazione dell'istanza di partecipazione, così motivato: <<codesta impresa è stata esclusa dalla procedura concorsuale per carenza del requisito di ordine generale di cui all'art. 38 comma f) del D.Lgs. 163/06. Al riguardo, si dà atto che la stazione appaltante Comune di Varese (con nota pervenuta in data odierna) ha attestato

che il contratto stipulato con la succitata impresa risulta risolto per le seguenti motivazioni “..mancato completamento delle opere nel tempo contrattuale ed accumulo di grave ritardo; negligenza nella conduzione e realizzazione dei lavori con violazioni gravi e ripetute...” mentre l’impresa stessa non ha trasmesso alcun riscontro. La vicenda relativa alla grave inadempienza con un soggetto diverso dall’Amministrazione che ha bandito la gara rientra nella seconda parte della disposizione sopracitata, laddove la norma consente all’ANAS di valutare i precedenti professionali delle imprese concorrenti e quindi di tenere conto anche di rapporti contrattuali intercorsi con amministrazioni diverse, al fine di stabilire il grado di capacità tecnico professionale –nella fattispecie assolutamente inaffidabile- nella esecuzione dei lavori. Né tale inaffidabilità può ritenersi, a giudizio della Commissione, superata in ragione del mero decorso del tempo, ma a contrariis, attualmente riaffermata e perdurante in ragione dell’assenza di comunicazioni da parte del Comune di Varese in ordine a qualsivoglia circostanza, di fatto o di diritto, capace di giustificare l’instaurazione di un rapporto di fiducia per il perseguimento degli interessi pubblici sottostanti la procedura aperta di appalto ad evidenza pubblica. Da tale verifica ne deriva l’esclusione del concorrente stesso dalle successive fasi di gara per sussistenza della causa di esclusione di cui alla lett. f) del D.Lgs. 163/06 e per dichiarazione mendace in ordine al possesso dei requisiti e/o condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure

di gara. Difatti, dalla disamina della documentazione amministrativa presentata, l'impresa in argomento, non solo omette di dichiarare l'intervenuta risoluzione di un precedente contratto, ma, a contraris, dichiara espressamente "di non aver commesso grave negligenza o mala fede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, né errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante"; la Commissione provvederà, ai sensi di quanto disposto dall'art. 38, comma 1-ter a segnalare il fatto all'AVCP>>.

Il provvedimento sopra richiamato era impugnato dalla ricorrente per: 1) violazione artt. 38, 1° comma lett. f) e 116 del d.lgs. 163 del 2006, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di motivazione e contraddittorietà, violazione artt. 97 e 41 Cost.; 2) violazione art. 38, 1° comma-ter del d.lgs. 163 del 2006, violazione del principio di affidamento, violazione artt. 46 e 47 del d.lgs. 163 el 2006, violazione del bando e del disciplinare di gara; 3) violazione degli artt. 38, 1° comma lett. f) e 46, comma 1-bis del d.lgs. 163 del 2006, violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non aggravamento del procedimento.

Si costituiva in giudizio ANAS s.p.a., controdeducendo sul merito del ricorso.

Con ordinanza 27 giugno 2014 n. 332, la Sezione respingeva l'istanza cautelare proposta da parte ricorrente, sulla base della seguente

motivazione: <<considerato: -che la stessa ricorrente conclude per la propria impossibilità di divenire aggiudicataria della procedura e che è pertanto sicuramente assente il requisito del periculum in mora con riferimento a questo interesse; -che, per il resto, la domanda cautelare è motivata con riferimento a profili di periculum (rischio di una revoca dei rapporti contrattuali con l'assicurazione; possibile risoluzione di altri rapporti contrattuali con ANAS s.p.a.) caratterizzati dal carattere meramente eventuale e che non giustificano pertanto la concessione della tutela cautelare>>.

All'udienza del 4 dicembre 2014 il ricorso passava quindi in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato e deve pertanto essere respinto.

A questo proposito, deve preliminarmente rilevarsi come il provvedimento di esclusione dalla gara, incameramento della cauzione e segnalazione all'A.V.C.P. per dichiarazioni mendaci rese in sede di presentazione dell'istanza di partecipazione impugnato dalla ricorrente, ai soli fini dell'esclusione delle sanzioni applicate dalla Stazione appaltante (la stessa Comac s.r.l. dichiara, infatti, in ricorso di non avere interesse alla contestazione dell'aggiudicazione della procedura, non potendo comunque risultare aggiudicataria della gara), sia, in buona sostanza, basato su due serie motivazionali autonome, anche se avvinte da importanti nessi logici; la prima, rileva la mancanza nella ricorrente del requisito di partecipazione di

cui all'art. 38, 1° comma lett. f) del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per effetto della risoluzione di un precedente rapporto contrattuale con il Comune di Varese; la seconda, rileva una dichiarazione mendace, resa in sede di domanda e consistita proprio nell'omessa dichiarazione della risoluzione contrattuale del contratto con il Comune di Varese ed anzi, nella positiva dichiarazione <<di non aver commesso grave negligenza o mala fede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, né errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante>>.

La Sezione ritiene più agevole procedere dall'esame della seconda causa di esclusione dalla procedura e, quindi, del secondo e terzo motivo di ricorso.

La problematica di fondo è stata recentemente affrontata dalla Sezione, con la sentenza 17 giugno 2014 n. 1079 che può essere richiamata, anche in funzione motivazionale della presente decisione: <<ciò significa che in relazione all'episodio del 2002 esiste un provvedimento di risoluzione del rapporto motivato da "gravi inadempienze da parte dell'impresa ricorrente";quanto sopra porta ad affermare che il provvedimento di risoluzione del 2002, essendo riconducibile alla previsione dell'art. 38 comma 1 lett. f), doveva essere dichiarato dal concorrente in sede di domanda di partecipazione alle gare, fermo restando che spettava poi alla

stazione appaltante valutare se, soprattutto in relazione al decorso del tempo e alle successive, ripetute ammissioni della ricorrente a gare bandite dall'ANAS, la vicenda del 2002 era o meno ostativa all'ammissione di CAR alle procedure concorsuali;

- le dichiarazioni rese dalla predetta società ai fini della partecipazione alle gare da cui poi è stata esclusa risultano dunque non veritiere, quantomeno in relazione all'omesso riferimento al precedente negativo di cui sopra;

- secondo la giurisprudenza le dichiarazioni non veritiere in ordine al possesso dei requisiti costituiscono di per sé autonoma causa di esclusione, quando la lex specialis di gara richiede, a pena di esclusione, di rendere tali dichiarazioni (ed è questo il caso): cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 14 maggio 2013 n. 2610 e sez. III, 5 marzo 2013 n. 1332; TAR Toscana, sez. I, 6 settembre 2012 n. 1536);

- ne consegue che i provvedimenti di esclusione qui impugnati sono stati legittimamente adottati in considerazione della non veridicità delle dichiarazioni rese dalla società ricorrente in ordine al possesso del requisito di cui all'art. 38 comma 1 lett. f) del Codice dei contratti pubblici>> (T.A.R. Toscana, sez. II, 17 giugno 2014 n. 1079).

Trasponendo i principi sopra richiamati alla fattispecie che ci occupa, appare di tutta evidenza come, indipendentemente da ogni considerazione in ordine all'imputabilità dell'inadempimento alla ricorrente o alla mandataria, alla rilevanza del decorso del tempo e dei numerosi affidamenti di lavori successivamente effettuati

dall'ANAS (tutte circostanze che spetta alla Stazione appaltante valutare), la ricorrente avesse l'obbligo di indicare nella domanda di partecipazione alla procedura la risoluzione del rapporto operata dal Comune di Varese, proprio per rendere possibile quella approfondita valutazione nel merito della circostanza posta a base del primo motivo di ricorso articolato da Comac s.r.l.

Del resto, l'argomentazione sopra richiamata non trova sostanziale ostacolo nelle ulteriori censure articolate da parte ricorrente, in quanto:

- a) il contenuto della dichiarazione da rendere non appariva sostanzialmente oscuro ed indeterminato, apparendo del tutto chiari quali fossero i dati fattuali (risoluzioni contrattuali; esclusioni da procedure; ecc.) interessati dalla valutazione di cui all'art. 38, 1° comma lett. f) del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;
- b) pur essendo presenti nella domanda di partecipazione dichiarazioni caratterizzate dal diverso valore giuridico, appariva del tutto chiaro, per effetto della stessa formulazione della clausola, come la dichiarazione in discorso costituisse oggetto di dichiarazione sostitutiva ex d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445;
- c) la mancanza di uno spazio per la dichiarazione dei fatti rilevanti e la formulazione della dichiarazione contenuta nella domanda non costituivano ostacolo per la corretta resa della dichiarazione, in considerazione della previsione dell'art. 73, 4° comma del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (come modificato all'art. 3, 1° comma lett. h) del

d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6) che prevede che <<la prescrizione dell'utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle domande non può essere imposta a pena di esclusione>> e, quindi, ammette la possibilità di modificare la domanda predisposta dalla stazione appaltante, in modo da rendere correttamente le dichiarazioni imposte dalla legge;

d) l'eventuale nullità della previsione in discorso ex art. 46, comma 1-bis del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (aggiunto dall'art. 4, 2° comma lett. d) n. 2 del d.l. 13 maggio 2011 n. 70 conv. in l. 12 luglio 2011, n. 106) può, al massimo, giustificare, l'omissione di una giustificazione, ma mai la presentazione di una dichiarazione non rispondente al vero (fatto che mina la necessaria fiducia tra stazione appaltante e partecipante alla gara e, quindi, va al di là della problematica della sussistenza/insussistenza della causa di esclusione).

In definitiva, le censure proposte dalla ricorrente avverso la seconda causa di esclusione dalla gara (e di applicazione delle sanzioni previste per le dichiarazioni mendaci) non possono trovare accoglimento e la relativa serie motivazionale è da ritenersi insuscettibile di annullamento in sede giurisdizionale.

In applicazione di un tradizionale principio affermato con riferimento agli atti fondati su una pluralità di motivazioni autonome (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 16 gennaio 2012 n. 194; T.A.R. Piemonte, sez. I, 20 ottobre 2011 n. 1107; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 8 aprile 2011 n. 2009; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 14

ottobre 2010 n. 32810), la rilevazione della sostanziale fondatezza della seconda serie motivazionale esime la Sezione dall'esame delle censure proposte con il primo motivo di ricorso avverso la prima serie motivazionale (il cui accoglimento non potrebbe attribuire alla ricorrente alcun vantaggio, potendo l'atto autonomamente basarsi sulla seconda serie motivazionale).

Le spese di giudizio di ANAS s.p.a. devono essere poste a carico della ricorrente e liquidate, come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, come da motivazione.

Condanna la ricorrente alla corresponsione, in favore di ANAS s.p.a., della somma di € 3.000,00 (tremila/00), a titolo di spese del giudizio.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Eleonora Di Santo, Consigliere

Luigi Viola, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/12/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)