

Pubblicato il 26/06/2020

N. 07211/2020 REG.PROV.COLL.

N. 02703/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2703 del 2020, proposto da Soluzione Parcheggi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Della Rocca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emilio de' Cavalieri 11;

contro

A.S.L. 2 Roma, A.S.L. 2 Roma - Area Gestione Tecnologie e Impianti - Uoc Gestione del Patrimonio non costituiti in giudizio;
Azienda Sanitaria Locale Roma 2, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Micheli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Filippo Meda 35;

nei confronti

Apcoa Parking Italia S.P.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Arrigo Gianolio, Orlando Sivieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Orlando Sivieri in Roma, via Cosseria 5;

per l'annullamento

- della deliberazione della ASL Roma 2, n. 536 del 27.02.2020, avente ad oggetto "Aggiudicazione della procedura negoziata ai sensi degli artt 36, comma 2, lett. b e 164 e ss. d.lgs. 50/2016 e s.m.i., per la concessione del servizio di gestione dell'accesso e custodia di autoveicoli a pagamento in area destinata presso il presidio ospedaliero S. Eugenio, per la durata di mesi 6 rinnovabile per

ulteriori 6 mesi; C.I.G. 79562476B9”, notificata a Soluzione Parcheggi S.rl. con nota prot. n. 38454 del 28.02.2020;

- della nota ASL Roma 2, prot. n. 18281 del 30.01.2020;
- della nota ASL Roma 2, prot. n. 221111 del 16.12.2020;
- della nota ASL Roma 2, prot. n. 220096 del 12.12.2019;
- in quanto occorrer possa, in parte qua, e nei limiti dei motivi di ricorso, della Lettera d’invito;
- in quanto occorrer possa, in parte qua, e nei limiti dei motivi di ricorso, del Capitolato tecnico e speciale d’appalto;
- di ogni altro atto inerente alla procedura di gara, presupponente e/o conseguente e/o connesso, anche se al momento non conosciuto;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto che dovesse nelle more essere stipulato con la controinteressata APCOA Parking Italia S.r.l. e con espressa dichiarazione di disponibilità all’eventuale subentro nel contratto medesimo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Apcoa Parking Italia S.P.A e di Azienda Sanitaria Locale Roma 2;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 23 giugno 2020 il dott. Dauno Trebastoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Viene impugnata la deliberazione n. 536 del 27.02.2020, con la quale l’ASL Roma 2 ha, da una parte, annullato in autotutela la deliberazione n. 2263 del 31.10.2019, con cui aveva già aggiudicato in via provvisoria alla ricorrente e, dall’altra, aggiudicato alla controinteressata “la procedura negoziata per la concessione del servizio di gestione dell’accesso e custodia di autoveicoli a pagamento in area destinata presso il presidio ospedaliero S. Eugenio, per la durata di mesi 6 rinnovabile per ulteriori 6 mesi”, sulla base del criterio del minor prezzo, ai sensi dell’art. 94, co. 4, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, da intendersi come l’offerta più alta del canone concessorio.

L’annullamento in autotutela è stato disposto perché la società che la ricorrente – in quanto carente dei requisiti economico-finanziari e di capacità tecnico-professionali richiesti dalla lex di gara –

aveva indicato in un primo momento come ausiliaria, avvalendosi della facoltà prevista all'art. 89 d.lgs. n. 50/2016, e con cui aveva stipulato apposito contratto di avvalimento, e cioè la BLU Parking Società Cooperativa, era risultata versare in condizione di irregolarità nel versamento di contributi e accessori, per l'importo di € 740.581,55.

E questo nonostante l'ASL avesse, in un primo momento, invitato la ricorrente, con nota n. 221111 del 16.12.2019, "a voler fornire i dovuti chiarimenti e a voler procedere alla sostituzione dell'impresa ausiliaria, provvedendo all'individuazione di altro operatore, del quale codesta impresa dovrà fornire il nominativo e relativo DGUE inderogabilmente entro e non oltre il giorno 27 dicembre p.v."; e la ricorrente avesse provveduto, in data 20.12.2019, a sostituire l'ausiliaria e ad inviare alla ASL Roma 2 apposita pec contenente la documentazione richiesta in relazione alla nuova ditta ausiliaria BO.FI. Park Management S.r.l.

In sostanza l'ASL, dopo avere avvisato sul punto la ricorrente con nota del 30.01.2020, e avere acquisito le sue deduzioni, ha ritenuto, col provvedimento impugnato, di "aderire a diverso e più recente orientamento giurisprudenziale secondo cui dal combinato disposto degli artt. 80, comma 5, lett. f-bis) e 89, comma 1, del D.Lgs. 50/2016 emergerebbe inequivocabilmente il seguente principio di diritto: "la dichiarazione mendace presentata dall'operatore economico, anche con riguardo all'impresa ausiliaria, comporta l'esclusione dalla gara. L'art. 89, comma 3, del d.lgs. 50/2016 non si applica in caso di attestazione non veritiera sul possesso dei requisiti ex art. 80 da parte dell'impresa ausiliaria, stante il rapporto di specialità con il primo comma dello stesso art. 89, che prevede espressamente l'esclusione del concorrente in caso di dichiarazioni mendaci provenienti dall'impresa ausiliaria (Cons. St., sez. V, 19 novembre 2018 n. 6529; Sez. V, 3 gennaio 2019 n. 69). Siffatta impostazione vale a prescindere da qualsiasi considerazione sulla coincidenza, nella medesima persona fisica, della titolarità della rappresentanza legale delle due imprese (ausiliata e ausiliaria) e della conseguente conoscenza dello stato di irregolarità contributiva di quest'ultima, nonché delle asserite inadempienze contrattuali dell'ausiliario riferite ad altro affidamento, per le quali spetta alla stazione appaltante valutarne la rilevanza ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti (cfr. delibera ANAC n. 337 del 10 aprile 2019, pag. 3)".

Con ordinanza n. 3598 del 06.05.2020 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare.

Alla pubblica udienza del 23.06.2020 la causa è stata posta in decisione.

Con unico motivo di ricorso, la ricorrente fa valere "violazione e falsa applicazione degli artt. 80, co. 5 e co. 12, nonché 89, co. 1 e 3, del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 63, par. 1, della direttiva 2014/24/UE. Violazione e falsa applicazione degli artt. 49 e 56 TFUE. Violazione e falsa applicazione degli artt. 41 e 97 cost. Violazione e falsa applicazione dell'art. 5 della lettera d'invito. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, illogicità e ingiustizia manifesta".

La ricorrente rileva che poiché la questione attiene alla riscontrata sussistenza di irregolarità contributive imputabili alla ditta ausiliaria, BLU Parking Società Cooperativa, "non avendo la ricorrente posto in essere alcuna dichiarazione mendace, né risultando ad essa neppure mediatamente imputabile quella realizzata dall'ausiliaria, non viene in evidenza nessuna delle fattispecie escludenti previste dall'art. 80 d.lgs. n. 50/2016. Neppure quella contemplata al co. 5, lettera f-bis), che prevede l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto "dell'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere".

Inoltre, aggiunge la ricorrente, viene violato anche l'art. 89 d.lgs. n. 50/2016, che nel prevedere, al comma 1, che "L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80 nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento", "fa riferimento alla dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di ordine generale dell'art. 80, specificando esplicitamente che la stessa debba essere sottoscritta dall'ausiliaria. È l'interpretazione letterale della norma a deporre in tal senso, posto che se il legislatore avesse voluto riferirsi alla sottoscrizione della dichiarazione da parte dell'"operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti" avrebbe rispettato il requisito di genere (per cui, la "dichiarazione sottoscritta dalla stessa" non può che riferirsi all'"impresa ausiliaria" di cui si dice poco prima). Ciò significa che eventuali omissioni ovvero falsità nelle dichiarazioni rese non possono essere addebitate all'impresa ausiliata, quanto, piuttosto, a quella ausiliaria".

Il Collegio ritiene il ricorso fondato, e pertanto da accogliere.

L'art. 80 del D.Lgs. 50/2016, relativo ai "motivi di esclusione", al comma 5, lett. f-bis, prevede che "le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico" che, tra l'altro, "presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere".

L'art. 89, nel disciplinare, al comma 1, il c.d. "avvalimento", e cioè la possibilità per un operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare, per un determinato appalto, "la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi", al comma 3 prevede che "la stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione".

Tuttavia, però, al comma 1 prevede espressamente che, "nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia".

E tale previsione viene subito dopo quella secondo cui "L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente".

Quindi, la genericità della previsione sulle dichiarazioni mendaci, che non fa distinzioni tra impresa ausiliata e ausiliaria, "sembra" legittimare la conclusione, a cui giunge parte della giurisprudenza e che è stata fatta propria dall'Amministrazione col provvedimento impugnato, che l'Amministrazione debba escludere il concorrente a chiunque appartengano le dichiarazioni

mendaci, cosicché l'impresa ausiliata risponda delle dichiarazioni mendaci eventualmente riconducibili alla sola impresa ausiliaria.

E proprio con riferimento a tale conclusione, con ordinanza n. 2005 del 20.03.2020 la III Sezione del Consiglio di Stato ha affermato che:

“2.2. La giurisprudenza nazionale, ormai consolidata, ritiene che:

i) in forza del combinato disposto dei citati articoli 80, comma 5, lettera f-bis, e 89, comma 1, del citato codice n. 50/2016, in caso di avvalimento, la dichiarazione mendace presentata dall'impresa ausiliaria comporta l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico che si è avvalso della sua capacità per integrare i prescritti requisiti di partecipazione;

ii) nell'ipotesi di dichiarazione mendace o di attestazione non veritiera dell'impresa ausiliaria sul possesso dei requisiti ex art. 80, l'art. 89, comma 3, non è applicabile e, quindi, l'operatore economico non può sostituire l'impresa ausiliaria.

Si ritiene, infatti, che l'art. 89 prevede espressamente l'esclusione del concorrente in caso di dichiarazioni mendaci provenienti dall'impresa di cui egli si avvale (Cons. Stato, sez. V, n. 6529/2018; Id., n. 69/2019; Delibera Anac n. 337/2019). La sostituzione dell'impresa ausiliaria è consentita solo nelle altre ipotesi in cui risultano mancanti i pertinenti requisiti di partecipazione.

Questo indirizzo interpretativo risulta ormai consolidato in giurisprudenza e la parte appellata non ha indicato nuovi argomenti idonei a contrastarne la correttezza”.

Sulla base di tali considerazioni il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale:

“Se l'articolo 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di avvalimento e di esclusione dalle procedure di affidamento, contenuta nell'articolo 89, comma 1, quarto periodo, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale nel caso di dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa ausiliaria riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale, la stazione appaltante deve sempre escludere l'operatore economico concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima, come stabilito, invece nelle altre ipotesi in cui i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”.

Il Collegio ritiene però che se la ratio dell'esclusione in caso di false dichiarazioni è quella di consentire alle Amministrazioni di intrattenere rapporti solo con imprese affidabili, allora sia necessario interpretare la norma non solo in senso costituzionalmente orientato, ma anche coerente con la ratio descritta, e non far rispondere l'impresa ausiliata per responsabilità oggettiva, quale è quella configurata da quelle pronunce invocate dall'Amministrazione, cioè per circostanze riconducibili solo alla sfera dell'impresa ausiliaria (come nel caso di contributi previdenziali richiesti dall'Inps).

Oltretutto, contrariamente a quanto affermato dalla difesa dell'ASL, tali circostanze non erano facilmente accertabili dalla ricorrente neppure da un accurato esame del bilancio dell'impresa ausiliaria, cosicché, non essendo provato che essa ne fosse a conoscenza, non può neanche sostenersi che sul punto vi sia stata una sua negligenza.

In altri termini, il Collegio condivide quella giurisprudenza che afferma che il principio secondo cui la stazione appaltante, che in sede di verifica del possesso dei requisiti dichiarati riceve dall'ente previdenziale comunicazione di durc irregolare, è tenuta a escludere l'operatore dalla procedura, revocando l'aggiudicazione eventualmente effettuata, senza procedere al previo invito alla regolarizzazione, vale solo nel caso di irregolarità contributiva della impresa concorrente, non potendo operare nel caso di irregolarità di impresa ausiliaria della quale la concorrente intende avvalersi (cfr. Cons. St., sez. V, 26/04/2018 n. 2527; Id., sez. V, 21.02.2018 n. 1101).

Nel caso di specie, sussistono i requisiti richiesti dalla giurisprudenza per l'applicazione di questa tesi, perché la ricorrente non soltanto non conosceva le irregolarità contributive della Blu Parking S.r.l., ma non avrebbe neppure potuto conoscerle, "non disponendo di speciali poteri di verifica circa l'attendibilità delle credenziali della controparte" e non potendo, quindi, far altro "che affidarsi alle dichiarazioni o alla documentazione da quest'ultima fornitegli", con conseguente impossibilità "di renderla motivatamente corresponsabile dell'attestazione inveritiera resa" dalla Blu Parking.

Oltretutto, il 18.04.2019 la BLU Parking ha presentato istanza di "definizione agevolata" (rottamazione ter) all'Agenzia delle Entrate, che ha accolto l'istanza con atto del 14.06.2019 (depositato il 02.05.2020), per un importo di oltre 226.000 euro.

In conclusione, assorbiti motivi non esaminati, il ricorso va accolto, con annullamento dei provvedimenti impugnati, compresa la segnalazione all'ANAC.

In considerazione della non univoca posizione della giurisprudenza sulle questioni trattate, le spese vanno compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione Terza Quater, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2020 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Dauno Trebastoni, Consigliere, Estensore

Francesca Ferrazzoli, Referendario

L'ESTENSORE
Dauno Trebastoni

IL PRESIDENTE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO