

ubblicato il 18/03/2021

N. 03329/2021 REG.PROV.COLL.

N. 11006/2020 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 per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11006 del 2020, proposto da

Angelino S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Barnaba Tortolini n. 30;

contro

Atac S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Cangiano, Luciano Bagolan e Carla Fina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Trotta Bus Services S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a – del provvedimento di Atac del 15.12.2020, con il quale si è disposta la revoca della aggiudicazione del Servizio di TPL (Lotto 2) disposta a seguito di procedura negoziata senza pubblicazione del bando, ai sensi dell'art. 125 del D.Lgs. 50/2016, in favore della Società ricorrente, con interruzione del servizio, già in corso, con decorrenza dal 20.12.2020;

b – ove occorra, di tutti gli accertamenti istruttori di ATAC per la verifica dei requisiti in capo alla Società ricorrente, ai sensi dell'art. 32 comma 7 del D.Lgs. 50/2016;

c – di tutti gli atti conseguenti, e tra questi, la esclusione della Società ricorrente dal sistema di qualificazione 143/20;

d – di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

e per l'accertamento

del diritto della Società ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 lett. e) n.

1) c.p.a., alla aggiudicazione dell'appalto controverso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Atac S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2021 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato che l'udienza si svolge ai sensi dell'art. 25, del d.l. n. 137/2020, convertito in legge n.176/2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams";

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con avviso di qualificazione del 30 ottobre 2020, Atac S.p.A. indicava una procedura negoziata, senza pubblicazione del bando, ai sensi dell'art. 125 del D.Lgs. 50/2016, per l'affidamento del servizio di TPL integrativo e temporaneo, suddiviso in due lotti.

La Angelino S.p.A., odierna ricorrente, presentava domanda di qualificazione.

Esperiti i necessari controlli, Atac inviava, agli operatori prequalificati, la lettera per formulare l'offerta.

La ricorrente presentava offerta per entrambi i lotti ed, all'esito della procedura, risultava prima graduata per il lotto 2.

Con determina n. 59/2020, comunicata in data 11 dicembre 2020, Atac disponeva la aggiudicazione dell'appalto del lotto 2 in favore della Società ricorrente.

Con la medesima missiva, Atac comunicava alla Angelino S.p.A. il pre-affidamento dell'appalto nelle more della verifica dei requisiti dichiarati in sede di qualificazione, ricordando che, ai sensi dell'art.32, comma 7, del D.Lgs.50/2016, l'efficacia dell'aggiudicazione era subordinata all'esito positivo dei controlli.

Con successivo provvedimento del 15 dicembre 2020, Atac disponeva la revoca della aggiudicazione, stabilendo altresì l'interruzione del servizio, già in corso, con decorrenza dal 20 dicembre 2020.

Il provvedimento di revoca risulta così motivato:

“Con presente si comunica la revoca dell’aggiudicazione disposta in vostro favore con Determinazione n. 59/2020 [...] subordinata, come ivi indicato, all’esito positivo dei controlli previsti all’art. 32, comma 7, del d.lgs. 50/2016, pena la decadenza dall’affidamento del servizio. Tale revoca interviene a seguito di esito negativo dei controlli ex art. 80, comma 5, lett. g), relativamente alla mancata dichiarazione delle annotazioni ANAC nell’ambito del DGUE (sez. D, punto 2) ove invece è stato dichiarato espressamente da parte vostra di non avere iscrizioni per false dichiarazioni nel Casellario, rinvenute invece in fase di controllo unitamente a una serie di gravi inadempimenti iscritti ed oggi pendenti. Si comunica altresì che ATAC procederà per i motivi di cui sopra all’esclusione di codesta società dal Sistema di Qualificazione 143/20 ed ai conseguenti adempimento di legge”.

Il provvedimento di revoca è stato impugnato dalla Angelino, che ha pure domandato l'accertamento, ai sensi dell'art. 133 lett. e) n. 1) c.p.a., del suo diritto all'aggiudicazione dell'appalto.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

I – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 7 E 10 BIS L. 241/90 IN RELAZIONE A ARTT. 32 E 80 D.LGS. 50/2016) – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – ECCESSO DI POTERE (ARBITRARIETÀ – ILLOGICITÀ – TRAVISAMENTO – SVIAMENTO - DIFETTO DEL PRESUPPOSTO)

Il provvedimento impugnato sarebbe stato emesso in violazione delle garanzie partecipative e in contraddizione con la determina n. 45/20, con la quale Atac aveva definito la fase di qualificazione, accertando il possesso, in capo alla ricorrente, dei requisiti di ammissione.

II – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 80 COMMA 5 LETT. G) DEL D.LGS. 50/2016) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 80 COMMI 5, 10 BIS E 12 DEL D.LGS. 50/2016) - ECCESSO DI POTERE (DIFETTO DEL PRESUPPOSTO – TRAVISAMENTO – ILLOGICITÀ MANIFESTA).

Non sussisterebbero, in fatto, i presupposti per l'applicazione della disposizione normativa sulla base della quale è stata disposta la revoca (art. 80, comma 5, lett. g), del d.lgs. 50/2016, a norma della quale è escluso dalla partecipazione alla procedura d'appalto l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione), atteso che essa ricorrente non è titolare di attestazione Soa, né si è mai resa responsabile di false dichiarazioni o di produzione di falsa documentazione per conseguire tale (o altra) attestazione.

Neppure ricorrerebbero i presupposti per disporre l'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 12, del d.lgs. 50/2016, non potendosi attribuire effetto escludente alla mancata menzione della iscrizione nel Casellario Anac di una risoluzione contrattuale disposta dal Comune di Seveso.

A tal fine la ricorrente rappresenta come l'iscrizione sia stata espressamente annotata senza effetti automatici (di esclusione dalle gare di appalto), non abbia comportato l'applicazione di alcuna misura interdittiva di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, né abbia determinato alcun accertamento di Anac in ordine alla gravità e rilevanza dei fatti.

La risoluzione, inoltre, risale al 15 giugno 2017, così che al momento di indizione della gara de qua (30 ottobre 2020) erano decorsi più di tre anni.

III – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 80 COMMA 5 LETT. G) DEL D.LGS. 50/2016) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 80 COMMI 5, 10 BIS E 12 DEL D.LGS. 50/2016) - ECCESSO DI POTERE (DIFETTO DEL PRESUPPOSTO – TRAVISAMENTO – ILLOGICITÀ MANIFESTA).

La ricorrente evidenzia come il riferimento a ulteriori “*inadempimenti iscritti e ad oggi pendenti*” a suo carico, in quanto criptico e assertivo, non sarebbe idoneo a giustificare una diversa e autonoma causa di esclusione.

E infatti, osserva la Angelino, ben 4 delle 5 risoluzioni contrattuali iscritte nel casellario Anac risalgono a oltre tre anni prima della procedura di gara controversa, ciò che ne esclude, anche in astratto, una rilevanza ostativa all'accesso alla gara.

Quanto alla risoluzione EAV, unica infratriennale in quanto avvenuta nel 2018, la ricorrente richiama la recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria che, escludendo che la mera omissione dichiarativa abbia un effetto espulsivo automatico, ha evidenziato come incomba sulla stazione appaltante un onere motivazionale in ordine alla gravità e rilevanza dei fatti sulla affidabilità professionale, onere non assolto nel caso in esame.

Atac S.p.A., costituita in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso, rappresentando la legittimità della disposta revoca dell'aggiudicazione in dipendenza della riscontrata esistenza, in capo alla Angelino, di un'annotazione nel casellario informatico Anac relativa alla risoluzione “*per grave inadempimento della società affidataria*” disposta in data 20 giugno 2018 dell'Ente Autonomo Volturno S.r.l., non menzionata dalla ricorrente nella sezione C del DGEU.

Tale circostanza, aggiunge la resistente, non sarebbe stata posta a base di un meccanismo di esclusione automatica, ma avrebbe formato oggetto di una valutazione sulla gravità e rilevanza dell'illegittima condotta della ricorrente, all'esito della quale questa è stata ritenuta colpevole di gravi illeciti professionali.

La ricorrente, osserva infine Atac, avrebbe comunque posto in essere una falsa dichiarazione, autonomamente rilevante.

Alla camera di consiglio del 12 gennaio 2021 il Collegio, preso atto della rinuncia di parte ricorrente alla domanda cautelare, ha fissato l'udienza per la discussione del merito.

All'odierna udienza, in vista della quale le parti hanno depositato memorie, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e va accolto.

Dalla lettura della motivazione del provvedimento impugnato, sopra riportata, emerge inequivocabilmente come la revoca oggetto del presente ricorso sia stata disposta da Atac in applicazione di un meccanismo espulsivo automatico, legato alla ritenuta ricorrenza dell'ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lett. g) del d.lgs. 50/2016, a norma del quale “*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: [...] g) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione*”.

Tanto è confermato dal richiamo che il provvedimento fa a quanto dichiarato dalla ricorrente nella sezione D, punto 2, del DGUE - nel quale, come emerge dalla copia del detto documento versato in atti dalla parte resistente, la Angelino S.p.A. ha dichiarato di non “*essere iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'Anac per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione per il periodo durante il quale dura l'iscrizione*”, con espresso richiamo dell'art. 80, comma 5, lettera g) - ciò che impedisce di condividere l'interpretazione dell'atto fatta propria da Atac nella memoria di replica e secondo cui l'atto sarebbe affetto da una mera irregolarità nel richiamo della disposizione applicata.

Ne deriva la fondatezza del secondo motivo di ricorso, nella parte in cui la ricorrente ha lamentato l'illegittimità del provvedimento di revoca per aver ritenuto la sussistenza di una fattispecie di espulsione automatica dalla gara in difetto di presupposti, non essendo controverso tra le parti che la Angelino non risulta iscritta nel casellario informatico Anac per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione.

Risulta del pari fondato il terzo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente ha sostenuto la carenza motivazionale dell'ulteriore argomentazione spesa nel provvedimento, compendiata nel sintetico riferimento a ulteriori “*inadempimenti iscritti e ad oggi pendenti*”.

La dizione, infatti, oltre a non dare conto degli inadempimenti presi in esame, della loro consistenza e collocazione temporale, nulla dice in ordine all'apprezzamento degli stessi posta in essere dalla stazione appaltante in punto gravità e rilevanza, né delle valutazioni dalla stessa poste in essere con riferimento agli effetti dell'intervenuta risoluzione in ordine all'integrità o affidabilità dell'operatore economico.

Le valutazioni sul punto, infatti, risultano riferite da Atac solo in sede di memorie difensive, ciò che integra, come condivisibilmente eccepito dalla ricorrente, una inammissibile motivazione postuma, né risulta dagli atti di causa che Atac le abbia, in seguito, poste a base di una nuova determinazione in autotutela, volta a integrare la motivazione del provvedimento emesso in data 15 dicembre 2020. Con riferimento alla mancata menzione, da parte della ricorrente, della risoluzione risalente al 2018, va quindi richiamata la recente decisione del Consiglio di Stato, il quale, nella sua più autorevole composizione, ha affermato che: “*La presentazione di dichiarazioni false o fuorvianti da parte degli operatori che partecipano a gare d'appalto non ne comporta automaticamente l'esclusione, ma solo laddove la stazione appaltante ritenga motivatamente che esse ne compromettano l'integrità e l'affidabilità. Analogamente, le informazioni dovute dai concorrenti in sede di gara a pena di esclusione, ulteriori rispetto a quelle espressamente previste dalla legge o dalla normativa di gara, sono solo quelle incidenti sulla relativa integrità e affidabilità*” (C.d.S., AP n. 16/2020).

La sentenza ha anche chiarito come l'apparente conflitto tra la previsione di cui dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. 50/2016 (che individua un'ipotesi di esclusione facoltativa) e la successiva lettera f-bis) (che prevede l'esclusione dell'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere) debba essere risolto con ricorso al criterio di specialità, così che “*... diversamente da quanto finora affermato dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, l'ambito di applicazione della lettera f-bis) viene giocoforza a restringersi alle ipotesi - di non agevole verifica - in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c*”.

Ne discende che, diversamente da quanto prospettato dalla stazione appaltante, la presentazione di dichiarazioni false o fuorvianti da parte dell'operatore economico non produce un automatico effetto espulsivo, essendo comunque rimessa alla discrezionalità della S.A. la valutazione concernente l'integrità e affidabilità del dichiarante (Tar Puglia, Lecce, sez. II, 26 ottobre 2020, n.1157).

Il ricorso va pertanto accolto con riferimento alla domanda demolitoria.

Il naturale effetto retroattivo dell'annullamento della revoca fa rivivere l'originaria aggiudicazione, salve ulteriori determinazioni dell'amministrazione resistente (Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 1 marzo 2016, n.313).

La peculiarità della vicenda giustifica la compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi di cui in motivazione. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza secondo quanto disposto dall'art. 25 del d.l. n. 137/2020, convertito in legge n.176/2020, con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Achille Sinatra, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO