

N. 00546/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00167/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 167 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
C.T.A. Soc. Coop. in proprio e in qualità di mandataria del RTI con A. Soc. Cons. a R.L., C.S.R.
Soc. Coop. Soc., C.F.A. Soc. Coop., rappresentata e difesa dagli avv.ti Elena Zanni e Emilio
Potena, con domicilio eletto presso l'avv. Alessandro Malipiero in Bologna, Via Castiglione, 41;

contro

H. S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, Via G. Vaccaro 6;

nei confronti di

A. 2.0 Soc. Cons. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Elefante, con domicilio eletto presso l'avv. Gabriella Di Martino in Bologna, Via C. Battisti 33;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 8206 del 20 gennaio 2016 di aggiudicazione definitiva al costituendo e/o costituito RTI A.2.0 soc. cons. a r.l. coop. sociale dell'O.B. Onlus della gara di appalto a procedura ristretta indetta da H. spa per l'affidamento delle prestazioni connesse ai servizi ambientali nel territorio dei Comuni della Provincia di Ravenna per il periodo 1 gennaio 2016/31 dicembre 2017 CIG 63117783FA;

- delle determinazioni assunte da H. nella fase di prequalifica allo stato non conosciute dalle ricorrenti, con cui la stazione appaltante, esaminate le domanda di partecipazione presentate a seguito della pubblicazione del Bando di Gara, ha qualificato ed ha invitato alla gara l'impresa Am. 2.0 soc. cons. a r.l. ritenendo che la stessa avesse dimostrato il possesso dei requisiti richiesti;

- del provvedimento assunto dalla commissione di gara all'esito delle sedute del 26 novembre 2015, 1 dicembre 2015 e 4 dicembre 2015 laddove questa ha ritenuto regolare la domanda di partecipazione, la documentazione amministrativa e le dichiarazioni previste dalla *lex specialis* rese a seguito della Lettera di Invito del 7 settembre 2015 dal costituendo RTI tra l'impresa A.2.0 soc. cons. a r.l e la Coop sociale dell'O. B. Onlus e segnatamente quelle rese dalla consorziata di A.2.0, A. A. S.r.l.;

Requisiti morali - Grave errore professionale (art. 38, comma 1, lett.f))

Scritto da Valentina Magnano

Mercoledì 01 Giugno 2016 08:38 - Ultimo aggiornamento Lunedì 13 Giugno 2016 10:53

- ove occorra e per quanto di ragione, il Bando di Gara, il Capitolato speciale d'Appalto la Lettera di Invito, i singoli verbali di gara nonché ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente, dei quali le ricorrenti non abbiano allo stato cognizione.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di H. S.p.a. e di A. 2.0 Soc. Cons. a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo n. 510/2016;

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

Relatrice la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 10 maggio 2016, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 19 febbraio 2016 la società C.T.A. Soc. Coop., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI con A. Soc. Cons. a r.l., C.S.R. soc. coop. soc. e C.F.A. soc. coop., ha impugnato il provvedimento del 20 gennaio 2016 di aggiudicazione definitiva, al costituendo RTI fra A.2.0 soc. cons. a r.l. e coop. sociale Dell'O. B. onlus, della procedura ristretta indetta da H. S.p.a. per l'affidamento delle prestazioni connesse ai servizi ambientali nel territorio dei Comuni della Provincia di Ravenna, per il periodo 1 gennaio 2016/31 dicembre 2017 e tutti gli atti di gara nella parte in cui H. ha qualificato, ha invitato e mantenuto in gara l'impresa A. 2.0 Soc. cons. a r.l. ritenendo che la stessa avesse dimostrato il possesso dei requisiti richiesti, segnatamente di quello di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), ed ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione e la dichiarazione di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, con accertamento del suo diritto a conseguire l'aggiudicazione in quanto seconda classificata.

Si sono costituite in giudizio la stazione appaltante e la controinteressata A.2.0. resistendo al gravame e chiedendone la reiezione.

Alla camera di consiglio del 5 aprile 2016 la ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare essendo stata già fissata l'udienza di merito.

Con motivi aggiunti notificati il 18 aprile 2016 la ricorrente ha impugnato il contratto stipulato in data 8 aprile 2016 tra H. S.p.a. e l'impresa A.2.0 Soc. cons. a r.l. in RTI con la coop. sociale Dell'O. B. onlus e la comunicazione del 12 aprile 2016 con cui il Direttore Acquisti Appalti di H. S.p.a., dott. ing. G.C.R., ha ritenuto non sussistenti i presupposti per avviare una valutazione sul grave errore professionale in capo ad A. e non manifesto che A. sia priva del requisito di cui all'art. 38, lettera f) D.Lgs. 163/2006.

Con memoria depositata il 22 aprile 2016 la stazione appaltante ha resistito anche ai motivi aggiunti, nonostante la mancanza dei termini di rito a difesa, eccependone la totale infondatezza e chiedendone la reiezione.

Requisiti morali - Grave errore professionale (art. 38, comma 1, lett.f))

Scritto da Valentina Magnano

Mercoledì 01 Giugno 2016 08:38 - Ultimo aggiornamento Lunedì 13 Giugno 2016 10:53

Alle rispettive difese conclusive, H. e C.T.A. hanno replicato con memorie depositate il 29 aprile 2016 mentre A. 2.0. non ha svolto difese ulteriori.

All'udienza pubblica del 10 maggio 2016, sentiti i difensori presenti e dato atto a verbale della espressa rinuncia di tutte le parti ai termini a difesa, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Con Bando del 9 luglio 2015 H. S.p.a. ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento delle prestazioni connesse al servizio di raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani e assimilati, raccolte differenziate, conduzione dei centri di raccolta, compresi i servizi accessori, e le prestazioni connesse al servizio di spazzamento manuale e meccanizzato, compresi i servizi accessori, nel territorio dei Comuni della Provincia di Ravenna, per il periodo 1 gennaio 2016-31 dicembre 2017, con facoltà di rinnovo, alle stesse condizioni contrattuali, di anno in anno, per ulteriori due annualità, ad insindacabile giudizio della Committente, fissando quale base di gara l'importo di € 41.200,000,00 oltre IVA.

La gara era da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mediante attribuzione di 60 punti all'offerta tecnica e di 40 punti a quella economica.

Entro il termine dell'11 agosto 2015, fissato per la presentazione delle domande di partecipazione, presentavano domanda 3 imprese tra cui la ricorrente e la controinteressata nelle rispettive qualità producendo le dichiarazioni di prequalifica previste dal bando.

Ottenuta la qualificazione le tre imprese ricevevano da H. in data 7 settembre 2015, la lettera di Invito in cui, oltre a rendere noto che l'importo a base di gara era stato rideterminato in € 40.000.000,00 per il biennio, si precisava che, per la valida partecipazione alla procedura di gara, i concorrenti avrebbero dovuto dimostrare/attestare il possesso dei requisiti richiesti dalla vigente normativa applicabile mediante allegato Modulo di Autocertificazione da sottoscrivere e inserire nella busta elettronica unitamente alla restante documentazione amministrativa a corredo dell'offerta.

La Commissione di Gara, nominata il 23 novembre 2015, nel corso della prima seduta pubblica riferiva che H. S.p.a. aveva qualificato sia il RTI C.T.A. sia A. 2.0 soc. cons. a r.l. con le sue consorziate A. e P., avendo esse dimostrato il possesso dei requisiti richiesti nel bando di gara (doc. 2 del fascicolo della ricorrente), mentre la terza impresa qualificatasi aveva rinunciato a

Requisiti morali - Grave errore professionale (art. 38, comma 1, lett.f))

Scritto da Valentina Magnano

Mercoledì 01 Giugno 2016 08:38 - Ultimo aggiornamento Lunedì 13 Giugno 2016 10:53

presentare l'offerta.

All'esito delle sedute di gara il RTI A. 2.0 si classificava primo con 89,20 punti e la ricorrente seconda con 84,45 punti.

Effettuata positivamente la verifica di anomalia dell'offerta, veniva disposta l'aggiudicazione provvisoria al RTI A. 2.0 e, successivamente, l'aggiudicazione definitiva, comunicata a mezzo pec il 20 gennaio 2016 (doc. 1 id.).

Eseguito l'accesso agli atti di gara la ricorrente verificava che, nella fase di prequalifica, segnatamente nella dichiarazione sostitutiva di certificazione del 7 agosto 2015 (doc. 10 id.), A. aveva dichiarato, ai sensi dell'art. 38, comma 1, la sussistenza di svariate risoluzioni contrattuali subite nel corso di altri appalti.

3. La ricorrente ha, pertanto, impugnato gli atti di gara formulando, con 5 motivi, le censure di seguito sintetizzate:

a) Violazione del punto III.2.1), lettera b) del bando e violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1 e 1 *ter* del codice dei contratti sia in fase di prequalifica sia in fase di gara.

Al punto III.2.1), lettera b) il Bando richiedeva che la domanda di partecipazione fosse corredata dalla dichiarazione circa l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lettere a) - *m quater*) (motivi 1, 2, 3 e 4).

Il consorzio A.2.0 e le sue due consorziate A. e P.A. dichiaravano espressamente di possedere i requisiti (doc. 9 id.) tuttavia nella dichiarazione sostitutiva di certificazione resa in proprio da A. (doc. 10 id.), con riferimento all'art. 38, comma 1, lettera f) (pag. 26), A. rimandava ad una "integrazione" in cui l'Ing. M., legale rappresentante, elencava n. 12 rescissioni in danno subite nel triennio 2012, 2013 e 2014, di cui una oggetto di segnalazione all'A.V.C.P..

Requisiti morali - Grave errore professionale (art. 38, comma 1, lett.f))

Scritto da Valentina Magnano

Mercoledì 01 Giugno 2016 08:38 - Ultimo aggiornamento Lunedì 13 Giugno 2016 10:53

Secondo la ricorrente A. avrebbe reso già in questa fase due false dichiarazioni, da una parte attestando di possedere i requisiti generali di cui all'art. 38, comma 1, dall'altra producendo una nota integrativa che, in quanto non resa nelle forme "solenni" previste dal D.P.R. 445/2000, non farebbe venir meno la falsità delle due dichiarazioni rese.

Pertanto, ai sensi dell'art. 38, comma 1, H. avrebbe dovuto non qualificare (ossia escludere) A.2.0 e segnalare all'Autorità le dichiarazioni mendaci rese da A..

Stessa violazione si sarebbe verificata in fase di gara laddove nuovamente A.2.0., A. e P. dichiaravano di possedere i requisiti di cui ai punti III.2.1) del bando di gara (doc. 13 id.) e A. nell'allegato 1 "Modulo di Autocertificazione", dichiarava che "nessuna variazione dei requisiti di ordine generale è intervenuta successivamente alla data di presentazione delle domanda di partecipazione, nonché all'inoltro della documentazione presentata a seguito delle richieste di regolarizzazione della Committente" (doc. 14 id.).

In subordine, a fronte delle dichiarate risoluzioni in danno subite da A., H. avrebbe dovuto escludere la controinteressata dalla gara ritenendone compromessa l'affidabilità professionale e non, irragionevolmente, minimizzarne la portata.

L'illegittimità sarebbe aggravata dal fatto che, in corso di gara, la Commissione non avrebbe autonomamente esaminato la documentazione presentata dalle imprese partecipanti nella fase di prequalifica, limitandosi a recepire le determinazioni assunte da H..

b) Illegittimità dell'aggiudicazione per carenza del requisito di capacità tecnica previsto dal punto III.2.3, lettera t) e violazione del D.M. 120/2014 istitutivo dell'Albo nazionale gestori ambientali da parte della Cooperativa Sociale dell'O. B. onlus (Motivo 5).

Il Bando richiedeva il requisito dell'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali nella Categoria 1 - Classe B per la capogruppo, "mentre le mandanti dovranno possedere le iscrizioni necessarie per lo svolgimento delle attività che andranno ad eseguire in appalto".

L'offerta di A.2.0 prevede lo svolgimento del 15,02% delle prestazioni ad opera della

Requisiti morali - Grave errore professionale (art. 38, comma 1, lett.f))

Scritto da Valentina Magnano

Mercoledì 01 Giugno 2016 08:38 - Ultimo aggiornamento Lunedì 13 Giugno 2016 10:53

Cooperativa Sociale dell'O.B. Onlus, mandante (doc. 12 id.); pertanto, considerato che gli abitanti della provincia di Ravenna sono circa 394.543, la Coop. Soc. O. B. Onlus dovrebbe operare su un bacino di utenza di circa 59.260 abitanti senza, tuttavia, possedere la adeguata iscrizione nell'Albo Nazionale Gestori Ambientali, iscrizione che la suddetta impresa possiede per la categoria 1, classe e), essendo pertanto abilitata, ai sensi dell'art. 9 comma 2 D.M. 120/2014, a servire un numero di abitanti inferiore a 20.000.

Sarebbe, in proposito, errata la tesi di H. secondo cui il numero massimo di abitanti sarebbe da computarsi non nel complesso ma in relazione ad ogni singolo comune, sì che la O.B. Onlus potrebbe ben servire più di 20.000 persone, pur di non prestare la propria opera per singoli enti maggiori di tale soglia.

4. Con i motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato il contratto stipulato l'8 aprile 2016 (doc. 39 id.) e la nota del 12 aprile 2016 con cui il Direttore Acquisti Appalti di H. S.p.a. Ing. G.C.R., dopo aver riconvocato la Commissione di Gara, ha attestato "che non sussistono i presupposti minimi per avviare una valutazione sul grave errore professionale in capo ad A. A." e che "H. conferma quanto ha già ritenuto e cioè che non sia possibile in modo manifesto ritenere che A. A. S.r.l. sia priva del requisito di cui all'art. 38, lettera f) D.Lgs. 163/2006" (doc. 40 id.).

I suddetti atti sono stati impugnati sia per illegittimità derivata sia per i seguenti ulteriori motivi (numerati a seguire).

6) Violazione dell'art. 55 D.Lgs. 163/2006: il contratto sarebbe stato stipulato con un soggetto diverso da quello ammesso a partecipare alla gara, in violazione dell'art. 55 del codice dei contratti: ciò in quanto nella comunicazione di H. A.2.0 verrebbe indicata come "consorzio stabile", laddove invece nella propria domanda di partecipazione del 10 agosto 2015 l'impresa A.2.0 si sarebbe dichiarata "consorzio ordinario ex art. 34, lettera e)", la cui partecipazione alle gare è disciplinata dall'art. 37.

7) Incompetenza: la nota di H. del 12 aprile 2016 sarebbe a firma di un organo incompetente atteso che il Direttore Acquisti Appalti Ing. G.C.R. non avrebbe ricoperto alcun ruolo nella gara in questione, né come RUP né con altra funzione.

8) Violazione dell'art. 84 D.Lgs. 163/2006, abuso di potere, incompetenza: illegittimamente

Requisiti morali - Grave errore professionale (art. 38, comma 1, lett.f))

Scritto da Valentina Magnano

Mercoledì 01 Giugno 2016 08:38 - Ultimo aggiornamento Lunedì 13 Giugno 2016 10:53

sarebbe stata riconvocata la Commissione di gara a operazioni ormai concluse e dopo la stipula del contratto.

Peraltro la riconvocazione della Commissione a gara conclusa, per avere un parere circa il possesso dei requisiti in capo ad A., comproverebbe che in corso di gara la Commissione non era stata portata a conoscenza della "nota integrativa" prodotta da A. nella fase di prequalifica e, che, dunque, la Commissione avrebbe deliberato la permanenza in gara di A.2.0 e l'aggiudicazione senza disporre di tutti i necessari elementi di valutazione.

9) Violazione e falsa applicazione dell'art. 243 *bis* D.Lgs. 163/2006, abuso e sviamento di potere: strumentalmente (ossia per costringere la ricorrente all'ulteriore impugnazione con motivi aggiunti e conseguire così lo slittamento dell'udienza di discussione del merito del ricorso) H. avrebbe indicato come finalità dell'atto quella di "comunque prendere in considerazione le istanze proposte dal ricorrente in sede di ricorso" nonostante il RTI C.T.A. non abbia presentato ad H., a suo tempo, il preavviso di ricorso di cui all'art. 243 *bis*

atteso che in nessun caso la stazione appaltante avrebbe potuto esercitare l'autotutela dopo la stipula del contratto.

Prova dell'intento meramente dilatorio e strumentale risiederebbe nella circostanza che l'atto, non essendo un vero e proprio atto di gara, è stato portato a conoscenza della ricorrente a mezzo pec dal procuratore costituito di H., avv. Lolli, il quale l'ha inviato contestualmente anche ai procuratori delle ricorrenti ed a quello di A.2.0 (doc. 40 id.).

10) Eccesso di potere per falsità del presupposto, travisamento ed erronea rappresentazione dei fatti: l'affermazione per cui non sussisterebbero i presupposti per avviare una valutazione sul grave errore professionale in capo ad A. A. si baserebbe sul recepimento acritico e senza alcuna verifica delle circostanze rappresentate da A., secondo la quale:

- essa, nel corso del triennio 2012-2014, avrebbe subito solo 4 risoluzioni contrattuali, a fronte di un numero di servizi svolti che va da 100 a 187 per anno, e per di più per gravi inadempimenti da parte delle stazioni appaltanti;

- solo una di tali risoluzioni è iscritta nel casellario informatico dell'A.N.A.C. la cui scheda riporta

Requisiti morali - Grave errore professionale (art. 38, comma 1, lett.f)

Scritto da Valentina Magnano

Mercoledì 01 Giugno 2016 08:38 - Ultimo aggiornamento Lunedì 13 Giugno 2016 10:53

espressamente che tale annotazione non comporta l'automatica esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche.

Considerato che A. sul punto ha presentato solo la "nota integrativa", secondo la ricorrente ciò dimostrerebbe innanzitutto che l'Ing. R. ne avrebbe falsato i contenuti laddove afferma che "A. A. s.r.l. ha subito, nel corso del triennio 2012-2014, un numero di risoluzioni contrattuali pari a 4", laddove invece in quella nota il legale rappresentante di A. ha dichiarato testualmente che la società ne ha subite 11 (undici), e non 4; inoltre lo stesso ing. R. avrebbe mutuato pedissequamente le scusanti addotte dal legale rappresentante di A. nella suddetta nota integrativa, senza svolgere alcuna autonoma valutazione.

5. Il ricorso non può essere accolto.

5.1. Il punto centrale del ricorso, attorno al quale si snoda tutta la trama dell'impugnativa, è rappresentato dalla dichiarazione di A. A. (consorzata di A.2.0) circa il possesso del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del vigente codice dei contratti.

La dichiarazione in discorso è riguardata dalla ricorrente sotto due profili: il primo, formale, per il quale la dichiarazione di non essere incorsa in grave negligenza o malafede nell'esecuzione di precedenti appalti, in quanto smentita dalla nota integrativa in cui invece sono elencate ben 11 risoluzioni contrattuali, sarebbe mendace; il secondo, sostanziale, per il quale l'ammissione alla gara di A. (e per essa di A.2.0), nonostante il numero e la gravità delle risoluzioni dichiarate, sarebbe espressione di eccesso di potere della stazione appaltante per difetto di adeguata e ponderata valutazione delle suddette circostanze che, ove compiuta, avrebbe certamente condotto all'esclusione.

5.1.1. La tesi della ricorrente innanzi sintetizzata (sviluppata nei primi 4 motivi di ricorso) non merita condivisione.

Innanzitutto non può essere ritenuta mendace la dichiarazione resa il 7 agosto 2015 in sede di prequalifica (doc. 5 del fascicolo di H.).

Requisiti morali - Grave errore professionale (art. 38, comma 1, lett.f))

Scritto da Valentina Magnano

Mercoledì 01 Giugno 2016 08:38 - Ultimo aggiornamento Lunedì 13 Giugno 2016 10:53

Invero il legale rappresentante ing. M. ha reso due dichiarazioni ai sensi dell'art. 38, una per la società e una in proprio, in qualità di Presidente del Consiglio di Amministrazione e Amministratore Delegato.

Nella prima, dopo aver dichiarato genericamente che “né la società A. A.S.r.l. né il sottoscritto si trovano nelle condizioni previste dall'art. 38 del D.Lgs. 163/2006”, giunto alla lett. f), nel dichiarare “che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, non ha commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; di non aver commesso un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”, aggiunge sottolineandolo “vedere integrazione n. 1 alla dichiarazione rilasciata dal Presidente e Amministratore Delegato Ing. F.M.” (cfr. pag. 26).

Nella seconda, seguendo lo stesso schema, in fondo alla lett. f) ha aggiunto sottolineandolo “vedere integrazione n. 1” (pag. 2).

L'integrazione n. 1 - che segue i suddetti documenti, è firmata dall'ing. M. ed è corredata dal documento di identità – si compone di 5 pagine scritte su carta intestata della società in cui l'ing. M. elenca tutte le risoluzioni intervenute nel 2012, nel 2013 e nel 2014, ne evidenzia le circostanze di fatto - fra cui anche situazioni di credito nei confronti delle stazioni appaltanti che avrebbero causato la sospensione delle prestazioni, nonché le definizioni in via transattiva - svolge proprie considerazioni anche sul numero di servizi svolti e sulla risibile incidenza percentuale delle risoluzioni, specifica che soltanto per una vi è annotazione nel Casellario Informatico, tuttavia oggetto di impugnazione, e conclude confidando nel fatto che una “serena valutazione delle circostanze richieste dalla stazione appaltante non possano in alcun modo nuocere alla reputazione della concorrente ma, al contrario, ne dimostrino la sua totale affidabilità e la capacità di reagire trovando soluzioni efficaci anche a fronte di contingenze straordinariamente gravi del mercato”.

5.1.2. La censura di mendacio è, con tutta evidenza, infondata in punto di fatto prima ancora che in diritto.

Le precedenti risoluzioni in danno subite da A. sono state tutte dichiarate, circostanziate e commentate fin dalla fase di prequalifica; il fatto che sia stata scelta la formula del rinvio (evidenziato con sottolineatura) ad un allegato si spiega facilmente con il numero degli episodi da denunciare e con la lunghezza delle circostanze di fatto e delle considerazioni da allegare.

Requisiti morali - Grave errore professionale (art. 38, comma 1, lett.f))

Scritto da Valentina Magnano

Mercoledì 01 Giugno 2016 08:38 - Ultimo aggiornamento Lunedì 13 Giugno 2016 10:53

Ciò che rileva, infatti, ai fini della salvaguardia della trasparenza e della fiducia che devono improntare il rapporto tra stazione appaltante e imprese fin dalla fase di partecipazione alla gara, è che la concorrente dichiari tutto, così ponendo la stazione appaltante in condizione di poter valutare quanto dichiarato e di svolgere eventuali accertamenti.

E' del tutto plausibile che A. abbia dichiarato di possedere il requisito, pur facendo salve le circostanze di fatto elencate nell'allegato; sarebbe apparso illogico il contrario.

Tale dichiarazione è espressione di una autonoma valutazione, ribadita e circostanziata nell'allegato, valutazione che, tuttavia, non pretende né di nascondere alcunché né di sostituirsi a quella riservata *ex lege* alla stazione appaltante tant'è vero che nell'allegato la concorrente si autodenuncia, rimettendosi alle valutazioni della stazione appaltante e confidando in un benevolo apprezzamento.

La *ratio* sottesa all'obbligatorietà della dichiarazione di precedenti inadempienze nell'ipotesi del grave errore professionale è infatti quella di consentire alla stazione appaltante di essere edotta di pregresse vicende, adeguatamente provate, al fine di poter svolgere la propria discrezionale valutazione in merito (v. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 19 novembre 2014, n. 705).

L'ipotesi dell'errore professionale grave contemplata dalla norma in rassegna ha l'evidente scopo di consentire che l'amministrazione possa individuare globalmente l'affidabilità di un'impresa.

Tale disposizione non configura un'ipotesi di incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione poiché la decisione di qualificare un episodio della storia professionale dell'impresa come grave errore è assistita, per univoco orientamento giurisprudenziale, dall'ampia discrezionalità di apprezzamento riconosciuta alla stazione appaltante, ferma restando l'esigenza di fornire compiuta dimostrazione dell'effettiva sussistenza dell'errore (T.A.R. Liguria, sez. II, 16 giugno 2014, n. 941).

E' totalmente inconferente, dunque, il richiamo operato dalla ricorrente alla sentenza del Consiglio di Stato n. 1412 del 12 aprile 2016, pronunciata in un giudizio di appello promosso

Requisiti morali - Grave errore professionale (art. 38, comma 1, lett.f))

Scritto da Valentina Magnano

Mercoledì 01 Giugno 2016 08:38 - Ultimo aggiornamento Lunedì 13 Giugno 2016 10:53

dalla stessa A., atteso che, come riferito dalla stessa ricorrente, in quel caso il giudice di appello ha confermato l'esclusione di A. da una gara bandita dal Comune di Catanzaro per non avere questa dichiarato la sussistenza delle risoluzioni contrattuali in danno disposte da altre stazioni appaltanti.

Nel caso di specie, come già visto, le precedenti risoluzioni sono state tutte dichiarate.

Ciò posto, nessun mendacio può essere ravvisato, a cascata, nella dichiarazione resa in sede di gara laddove, in modo del tutto consequenziale e trasparente, l'ing. M. ha dichiarato che "nessuna variazione dei requisiti di ordine generale è intervenuta successivamente alla data di presentazione della domanda di partecipazione, nonché all'inoltro della documentazione presentata a seguito delle richieste di regolarizzazione dalla Committente" (doc. 6 id., pag. 2).

Né in questa fase di gara la Commissione era tenuta a valutare nuovamente i requisiti di ammissione essendo deputata a tale scopo proprio la fase di prequalificazione.

5.1.3. Del tutto capziosa è, poi, la censura secondo cui l'allegato sarebbe privo della forma sacramentale di cui al D.P.R. 445/2000 e, dunque, integrerebbe l'omessa dichiarazione.

Ciò per la semplice ragione che l'allegato, in quanto parte integrante della dichiarazione in cui esso è espressamente richiamato, dichiarazione sottoscritta e corredata dal documento di identità, ai sensi del D.P.R. 445/2000, ne mutua tutte le caratteristiche formali.

Peraltro, quand'anche si volesse sostenere che l'allegato fosse privo dei requisiti di forma specifici, l'irregolarità avrebbe dovuto costituire oggetto di soccorso istruttorio.

Invero, stante la tassatività delle cause di esclusione dalla gara, il potere di soccorso istruttorio è operativo in funzione della regolarizzazione di adempimenti non più colpiti dalla sanzione dell'esclusione.

Requisiti morali - Grave errore professionale (art. 38, comma 1, lett.f))

Scritto da Valentina Magnano

Mercoledì 01 Giugno 2016 08:38 - Ultimo aggiornamento Lunedì 13 Giugno 2016 10:53

Il soccorso istruttorio costituisce infatti non già una facoltà della stazione appaltante, bensì un doveroso ordinario *modus procedendi*, volto a superare i formalismi, in nome dei principi del *fav or participationis* e di semplificazione.

Il potere di soccorso sancito dall'art. 46 comma 1, Codice dei contratti pubblici, sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli, ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti, non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, solo ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal Codice dei contratti pubblici, dal Regolamento di esecuzione e dalle leggi statali (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 21 gennaio 2016, n. 715; T.A.R. Piemonte, sez. I, 18 dicembre 2015, n. 1755; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 18 agosto 2015, n. 841).

5.2. La subordinata censura con cui la ricorrente sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere A.2.0. dalla gara valutando come indice di inaffidabilità le risoluzioni subite da A., è infondata.

La disposizione contenuta nell'art. 38, comma 1, lett. f), D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, prevedendo che sono esclusi dalla partecipazione alla gara gli operatori economici che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate in pregressi rapporti, contempla in realtà un fatto complesso che impone la distinzione tra il giudizio afferente alla fase negoziale del pregresso rapporto e il giudizio relativo all'esercizio di poteri amministrativi.

La decisione di esclusione per "*deficit* di fiducia" è infatti frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il legislatore riserva la individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" nel pregresso o futuro contraente.

Si tratta, in entrambi i casi, di giudizi discrezionali riservati all'Amministrazione con la differenza che, mentre nel primo caso essa agisce come parte contrattuale e quindi nell'esercizio di un potere privatistico sicchè, se ritiene grave l'inadempimento, può decidere di risolvere il contratto stipulato assoggettandosi alla relativa giurisdizione, nel secondo caso l'amministrazione agisce nell'esercizio di un potere pubblico, valutando se il fatto pregresso abbia concretamente reso

Requisiti morali - Grave errore professionale (art. 38, comma 1, lett.f))

Scritto da Valentina Magnano

Mercoledì 01 Giugno 2016 08:38 - Ultimo aggiornamento Lunedì 13 Giugno 2016 10:53

inaffidabile l'operatore economico, con possibile pregiudizio dell'interesse pubblico connesso alla realizzazione di determinati servizi, ed eventualmente assumendo la determinazione di escludere una impresa da una gara o di annullare una aggiudicazione già disposta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2015, n. 3241).

Tale ultima valutazione, come ogni espressione del potere discrezionale, è soggetta al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti.

Nel caso di specie tali sintomi dell'eccesso di potere non sono ravvisabili e, in verità, non sono neanche allegati; né può sostenersi, come opinato dalla ricorrente, che l'amministrazione non abbia svolto alcuna valutazione sol perché non ne ritrova adeguata traccia motivazionale negli atti di gara atteso che, come predicato da giurisprudenza ormai granitica, un obbligo di motivazione sorge solo in caso di valutazione di inaffidabilità del concorrente e di conseguente adozione di un formale atto di esclusione.

In tale ipotesi infatti l'amministrazione esprime un giudizio prognostico negativo sull'attitudine del concorrente ad eseguire in modo corretto le prestazioni contrattuali e tale valutazione deve essere congruamente esplicitata con adeguati riferimenti in punto di fatto e di diritto.

Viceversa detto onere motivazionale risulta attenuato qualora la Commissione ritenga che il partecipante sia in possesso dei requisiti di affidabilità professionale poiché in tale ipotesi può fondatamente ritenersi che il seggio abbia condiviso le argomentazioni della partecipante, valutando come di scarsa entità la vicenda risolutiva (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 8 ottobre 2015, n. 4749).

5.2.1. Le considerazioni che precedono valgono a smentire la fondatezza anche dell'ultima censura formulata nei motivi aggiunti atteso che, in disparte l'inammissibilità, di cui si dirà nel prosieguo, e pur superando la gravità dell'affermazione per cui l'Ing. R. avrebbe falsato i contenuti della nota integrativa presentata dall'ing. M. nel riferire che A. ha subito solo 4 risoluzioni contrattuali (è evidente che siano state considerate le risoluzioni al netto delle transazioni intervenute), è del tutto ragionevole che l'amministrazione abbia maturato il proprio convincimento di non gravità dei precedenti e, dunque, di affidabilità dell'impresa, mutuando le circostanziate ragioni addotte da A. nella citata nota integrativa, piuttosto dettagliata, e condividendole previa opportuna istruttoria e verifica (si vedano: l'annotazione ANAC - doc. 7 id. - e i contratti nei quali A. risulta gestore - doc. 8 id.).

5.3. Anche la censura formulata con il quinto motivo è infondata.

Invero, esaminando la visura camerale della Cooperativa Sociale Dell'O.B. Onlus prodotta dalla stessa ricorrente (doc. 7 del fascicolo della ricorrente) nonché l'iscrizione prodotta da H. (doc. 11 del fascicolo della stazione appaltante), si rileva che la suddetta cooperativa è iscritta nell'Albo Nazionale Gestori Ambientali alla categoria 1, classe c, per la raccolta differenziata e di ingombranti, che ricomprende gli operatori economici che servono una popolazione complessivamente inferiore a 100.000 abitanti e superiore o uguale a 20.000 abitanti mentre possiede la categoria 1, classe e, riguardante comuni con popolazione inferiore a 20.000 abitanti, che potrà utilizzare per lo spazzamento meccanizzato nei comuni attestati al di sotto di tale soglia di popolazione.

6. Passando ad esaminare i motivi aggiunti innanzitutto deve essere respinta, per quanto precede, la censura di illegittimità derivata.

Quanto ai vizi propri degli atti impugnati il Collegio osserva quanto segue.

6.1. Con il sesto motivo la ricorrente sostiene che il contratto sarebbe illegittimo in quanto stipulato con un soggetto diverso da quello ammesso a partecipare alla gara, in violazione dell'art. 55 del codice dei contratti: ciò in quanto, nella comunicazione di H., A.2.0 verrebbe indicata come "consorzio stabile", laddove invece nella propria domanda di partecipazione del

10 agosto 2015 l'impresa A.2.0 si sarebbe dichiarata "consorzio ordinario ex art. 34, lettera e)", la cui partecipazione alle gare è disciplinata dall'art. 37.

La stipulazione del contratto, pertanto, sarebbe viziata da violazione di legge in quanto operata dal RTI A.2.0 in una veste giuridica diversa da quella con cui ha partecipato alla gara e con consorziati diversi da quelli originari, che non avrebbero comprovato il possesso dei requisiti richiesti dal D.Lgs. 163/2006 e dalla *lex specialis*.

Il motivo è inammissibile.

Innanzitutto non è dato comprendere quale sia la nota di H. in cui A.2.0. sarebbe indicata come consorzio stabile; inoltre in tutti gli atti di gara A.2.0. è indicata come società consortile a r.l.; ancora, nella domanda di partecipazione alla gara l'ing. M. si definisce legale rappresentante di A.2.0. s.c. a r.l. e chiede di partecipare "in qualità di consorzio ordinario, costituito in forma di s.c. a r.l., ai sensi dell'art. 34 lett. e) del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i."

In definitiva la censura, oltre che inammissibile perché genericamente formulata tanto da risultare incomprensibile in cosa risiederebbe l'illegittimità, è anche infondata: da una parte perché la forma giuridica della controinteressata è rimasta inalterata per tutta la durata della gara e nella stessa forma giuridica essa ha sottoscritto il contratto (doc. 13 del fascicolo di H.), dall'altra perché l'affermazione secondo cui la composizione interna sarebbe cambiata è rimasta un'affermazione apodittica, del tutto indimostrata.

6.2. Con il settimo, l'ottavo e il nono motivo la ricorrente censura la nota di H. del 12 aprile 2016 sia per incompetenza, sia per violazione dell'art. 84 D.Lgs. 163/2006 e abuso di potere, atteso che illegittimamente sarebbe stata riconvocata la Commissione di gara a operazioni ormai concluse e dopo la stipula del contratto, sia per violazione e falsa applicazione dell'art. 243 *bis* D.Lgs. 163/2006, abuso e sviamento di potere atteso che l'adozione di tale atto sarebbe strumentale a costringere la ricorrente all'ulteriore impugnazione con motivi aggiunti provocando lo slittamento del giudizio e, comunque, inidoneo al fine dichiarato atteso che in nessun caso la stazione appaltante avrebbe potuto esercitare l'autotutela dopo la stipula del contratto.

Tali motivi sono inammissibili.

Invero, una volta acclarato che la controinteressata legittimamente è stata ammessa a partecipare alla gara deve ritenersi che la ricorrente non abbia alcun interesse ad impugnare la nota del 12 aprile 2016 con la quale, in sostanza, la stazione appaltante non fa altro che confermare la bontà della decisione già assunta, e perfezionata con la sottoscrizione del contratto, sulla base di ulteriori attività; ciò, dunque, a prescindere dalla legittimità o dalla ritualità delle stesse.

Requisiti morali - Grave errore professionale (art. 38, comma 1, lett.f))

Scritto da Valentina Magnano

Mercoledì 01 Giugno 2016 08:38 - Ultimo aggiornamento Lunedì 13 Giugno 2016 10:53

Conclusivamente i motivi aggiunti vanno respinti quanto alla censura di illegittimità derivata e vanno dichiarati inammissibili quanto agli ulteriori motivi.

Le spese del giudizio, paramtrate all'attività difensiva svolta dalle parti, seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Bologna, Sezione Seconda, definitivamente decidendo sul ricorso in epigrafe, così provvede:

respinge il ricorso introduttivo;

respinge in parte i motivi aggiunti e in parte li dichiara inammissibili, come da motivazione.

Condanna la parte ricorrente alle spese del giudizio che liquida in € 33.000,00 (trentatremila) oltre oneri di legge in favore di H. S.p.a. e di € 22.000,00 (ventiduemila) oltre oneri di legge nei confronti di A.2.0. s.c. a r.l..

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Requisiti morali - Grave errore professionale (art. 38, comma 1, lett.f)

Scritto da Valentina Magnano

Mercoledì 01 Giugno 2016 08:38 - Ultimo aggiornamento Lunedì 13 Giugno 2016 10:53

Umberto Giovannini, Consigliere

Laura Marzano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Requisiti morali - Grave errore professionale (art. 38, comma 1, lett.f))

Scritto da Valentina Magnano

Mercoledì 01 Giugno 2016 08:38 - Ultimo aggiornamento Lunedì 13 Giugno 2016 10:53

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/05/2016

IL SEGRETARIO

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