Esclusione dalla gara di appalto pubblico per il grave inadempimento commesso dalla ditta ed oggetto di un contenzioso civile pendente

T.A.R. Sicilia - Palermo - Sentenza 28 gennaio 2019, n. 204

N. 204/2019 Reg. Prov. Coll.
N. 2567 Reg. Ric.
ANNO 2018

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda) ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2567 del 2018, proposto da Consorzio Stabile O., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimiliano Mangano, Giovanni Barraja, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio dell'avv. Massimiliano Mangano sito in Palermo, via Nunzio Morello n. 40;

contro

R. s.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Maiorana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici della Regione Siciliana - Palermo, Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo; domicilio digitale: ...omissis...; domicilio fisico: Palermo, via Villareale n. 6;

nei confronti

P. s.p.a. e L. s.p.a., non costituite in giudizio;

per l'annullamento, previo provvedimento cautelare,

- del provvedimento di esclusione di cui al verbale della quinta seduta pubblica del 30 novembre 2018, nella gara per l'affidamento del "Servizio di gestione integrale del processo di notifica degli atti e dei documenti della riscossione in ogni sua fase, dalla stampa del documento alla digitalizzazione ed alla rendicontazione finale degli atti" CIG 736066768F per mesi 60 e degli atti ivi richiamati ovvero:

a) del verbale della quarta seduta riservata del 15 novembre 2018;

b) del nota a firma del Direttore Generale f.f. prot. n. 338329 del 13 novembre 2018;

c) della delibera n. 18A/CS/2018 del Collegio Sindacale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di R. s.p.a., dell'Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici della Regione Siciliana e dell'Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità della regione Siciliana;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2019 il cons. Nicola Maisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con ricorso notificato in data 14 dicembre 2018, e depositato lo stesso giorno, la ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicato in epigrafe, articolando le censure di: I) Violazione del principio di buon andamento ed imparzialità; Violazione degli artt. 4 e 42 del D.Lgs. n. 80/2016, violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c.; Violazione degli artt. 3 e 97 cost.; II) Violazione delle linee guida ANAC, punto VI, 6.1. approvate con delibera 1293 del 16 novembre 2016 e succ. mod.; Violazione del contraddittorio; III) Violazione delle linee guida ANAC, punto VI, 6.2 e seguenti, approvate con delibera 1293 del 16 novembre 2016 e succ. mod.; Totale carenza di motivazione; IV) Violazione delle linee guida ANAC, punto VI, 6.2 e seguenti, approvate con delibera 1293 del 16 novembre 2016; Difetto di istruttoria; V) Violazione delle linee guida ANAC, punto VI, 6.2 e seguenti, approvate con delibera 1293 del 16 novembre 2016; violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c.; Violazione del principio di proporzionalità; Eccesso di potere per violazione dei principi di correttezza e buna fede; VI) Eccesso di potere per contraddittorietà; Violazione del parere ANAC n. 814/2018; Violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c. sotto ulteriore profilo; Eccesso di potere per falsità dei presupposti; VII) Violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c. sotto ulteriore profilo; Violazione del parere ANAC n. 814/2018; Eccesso di potere per erroneità dei presupposti; Eccesso di potere per perplessità della motivazione.

Sostiene la società ricorrente che il provvedimento che l'ha esclusa dalla gara per cui è causa sarebbe illegittimo in quanto le valutazioni effettuate dalla stazione appaltante, circa il grave inadempimento commesso dalla ricorrente, sarebbero inficiate dal fatto che è attualmente pendente un contenzioso civile che ha ad oggetto proprio tale preteso inadempimento, relativo ad un precedente rapporto contrattuale tra R. e la ricorrente, e che comunque, in pendenza di controversia sul punto, la stazione appaltante non avrebbe potuto dare per assodati gli inadempimenti contrattuali contestati alla ricorrente; non sarebbe stato effettuato il dovuto procedimento in contraddittorio con l'interessato; non sarebbe stato rispettato il principio di proporzionalità nella valutazione dei fatti rilevati; sarebbe stata eseguita un'istruttoria inadeguata, fondata esclusivamente su atti non veritieri della stessa R.; la determinazione assunta sarebbe in contraddizione con precedenti atti della stessa R. e conterrebbe una motivazione perplessa ed errata.

Si sono costituite le amministrazioni regionali intimate e R. s.p.a.; quest'ultima società, oltre a depositare svariata documentazione inerente alla gara per cui è causa, ha depositato memoria difensiva con cui ha replicato alle argomentazioni sviluppate in ricorso, chiedendone il rigetto.

Alla camera di consiglio, fissata per la trattazione della domanda cautelare proposta dalla ricorrente, il Presidente del Collegio ha rappresentato la possibilità che la controversia venga decisa con sentenza in forma semplificata, i procuratori delle parti in causa nulla hanno osservato in merito, e il ricorso è stato posto in decisione.

Ritiene preliminarmente il Collegio che il giudizio può essere definito con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. ed adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione delle istanze cautelari, sussistendone tutti i presupposti; possibilità, questa, espressamente indicata alle parti dal Presidente del Collegio, in occasione della predetta adunanza camerale.

Il ricorso è fondato in ragione di una delle censure articolate con il primo motivo.

In tale motivo viene, tra le altre cose, sostenuto che il provvedimento impugnato sarebbe illegittimo in quanto la stazione appaltante non avrebbe potuto prendere in considerazione ipotizzati gravi illeciti contrattuali per l'accertamento dei quali è pendente un giudizio civile, e richiama la decisione del C.G.A. n. 575 del 28 dicembre 2017.

Il Collegio ritiene fondata tale censura, alla luce della sentenza del C.G.A. n. 575/2017, citata in ricorso.

Punto dirimente della questione che viene in rilievo è la corretta interpretazione della lett. c) del comma 5 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, nella versione applicabile alla controversia in esame, prima delle modifiche a tale norma introdotte dall'art. 5 del D.L. n. 135 del 14 dicembre 2018.

Dopo ampia disamina della questione, la sentenza del C.G.A. n. 575/2017 è giunta alla conclusione, che il Collegio condivide e che fa propria, che i gravi illeciti contrattuali, ai quali si riferisce la lett. c) del comma 5 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, sono soltanto quelli non contestati in giudizio, ovvero accertati con sentenza passata in giudicato; anche al fine di evitare l'evidente irragionevolezza di una norma che, diversamente ricostruita, richiederebbe la definitività dell'accertamento per gli illeciti più gravi - che hanno addirittura determinato la risoluzione di un rapporto contrattuale - mentre non lo richiederebbe per gli illeciti meno gravi.

Su tali presupposti, poiché sull'accertamento degli illeciti contrattuali posti a fondamento dell'esclusione impugnata, è attualmente pendente un giudizio civile, e pertanto non sono definitivi, non esisteva alcun onere dichiarativo a carico della ricorrente - non dovendo la stazione appaltante operare alcuna valutazione discrezionale sulla loro gravità - né avrebbero potuto costituire il fondamento di un legittimo provvedimento di esclusione.

In conclusione - dichiarate assorbite le ulteriori censure in quanto logicamente subordinate a quella accolta - il ricorso è fondato, deve essere accolto e per l'effetto annullati i provvedimenti impugnati.

In considerazione del fatto che la giurisprudenza amministrativa, anche del Consiglio di Stato, non ha finora assunto una posizione univoca con riguardo alla questione sulla quale è fondata la presente decisione, ritiene il Collegio che le spese di lite vadano compensate.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE
Cosimo Di Paola

IL CONSIGLIERE EST
Nicola Maisano

IL REFERENDARIO
Francesco Mulieri

Depositata in Segreteria il 28 gennaio 2019