

N. 00469/2020 REG.PROV.COLL.

N. 04354/2019 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 della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4354 del 2019, proposto da Global Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Moschetta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di San Sebastiano al Vesuvio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Ferone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Sirio S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fiorentina Pentella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per l' annullamento - previa sospensione

a) della comunicazione di esclusione del Comune di San Sebastiano al Vesuvio del 9.10.2019 comunicata a mezzo pec alla GLOBAL SERVICE s.r.l. e del relativo provvedimento con cui la Stazione Appaltante, con trasmissione ex art. 76 D.lg. n.

50/2016, ha comunicato l'esclusione della GLOBAL SERVICE s.r.l. dalla gara d'appalto per il servizio di refezione scolastica del Comune di San Sebastiano al Vesuvio CIG: 8029876F49

b) della determinazione dirigenziale n. 635 espressamente indicata nella comunicazione di esclusione sopra citata che ha disposto l'esclusione della GLOBAL SERVICE s.r.l.

c) della determina prot. Gen. N. 640 del 10.10.2019 del Comune di San Sebastiano al Vesuvio che ha decretato l'aggiudicazione definitiva della gara denominata affidamento del servizio di refezione scolastica del Comune di San Sebastiano al Vesuvio CIG: 8029876F49 in favore della Ditta SIRIO s.r.l. ed ha approvato i verbali di gara, dando atto quindi della graduatoria finale e dell'esclusione della GLOBAL SERVICE s.r.l.

d) di ogni ulteriore provvedimento, anche allo stato sconosciuto, relativo all'esclusione della ricorrente ovvero alla mancata aggiudicazione della predetta gara d'appalto e relativo all'aggiudicazione anche con efficacia della gara de quo, compreso un eventuale contratto stipulato tra la Stazione Appaltante e l'azienda aggiudicataria; nonché per il risarcimento dei danni patiti e patienti dalla ricorrente in conseguenza dell'adozione dei provvedimenti oggetto di impugnazione, e, più in generale, dell'intera procedura svoltasi, con declaratoria dei relativi criteri in base ai quali l'amministrazione dovrà formulare una proposta di pagamento che tenga conto dei costi sostenuti per la partecipazione alla gara, della perdita di chance subita dalla ricorrente, del danno professionale/curriculare derivante dall'impossibilità di indicare nel prosieguo dell'attività della ricorrente lo svolgimento del predetto servizio, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi fino alla data di effettivo soddisfo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Sebastiano al Vesuvio e di Sirio S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2020 la dott.ssa Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente Global Service s.r.l. ha partecipato alla gara in epigrafe, per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per gli alunni della scuola dell'infanzia indetta dalla intimata amministrazione comunale.

E' incontestato , in quanto dichiarato nella stessa memoria della resistente amministrazione comunale, che la Commissione di gara, come da verbale di gara nn. 1 e 2, operava la valutazione delle offerte tecniche presentate dai concorrenti, cui seguiva – come da verbale n. 5– l'apertura, in seduta pubblica, delle offerte economiche sulla piattaforma MePA e, successivamente, la formulazione della graduatoria provvisoria (anch'essa generata dalla piattaforma MePA).

La graduatoria si articolava come segue: 1) prima graduata la GLOBAL SERVICE s.r.l., con punteggio complessivo pari a 84,47; 2) SIRIO s.r.l., con punteggio complessivo pari a 69; 3) S.L.E.M. s.r.l., con punteggio complessivo pari a 65.

In sede di verifica d'ufficio della sussistenza dei requisiti dichiarati in sede di presentazione delle offerte a carico della prima graduata emergeva, a carico della Global Service s.r.l., un'annotazione iscritta nel casellario informatico ANAC ex art.213 comma 10 del Dlgs.vo 50/2016 e ss.mm.ii. (segnatamente “un'annotazione a carico dell'Operatore economico Global Service srl” (...) “inserita in data

22/12/2018 e disposta con delibera n. 1154 assunta al Consiglio in data 12/12/18 e iscritta nel casellario informatico ai sensi del Regolamento per la gestione del casellario informatico”).

Sulla base di ciò, con la gravata determinazione dirigenziale n. 635 del 09.10.2019 veniva disposta l'esclusione dalla procedura dell'operatore economico ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) bis, f bis) ed f ter) del D.Lgs.vo 50/2016 e ss.mm.ii., contestando la non veridicità delle dichiarazioni rese, atteso che della pregressa annotazione in argomento l'operatore economico non aveva fatto menzione negli atti di gara.

Con successiva determinazione n. 640 dell'11.10.2019 inoltre, la Stazione appaltante ha provveduto alla riformulazione della proposta di aggiudica, pervenendosi all'aggiudicazione definitiva efficace nei confronti della seconda classificata – Sirio s.r.l. – disponendo l'esecuzione anticipata del servizio.

A sostegno del gravame avverso la disposta esclusione, e conseguente aggiudicazione a terzi , con unico motivo di ricorso, la ricorrente richiama le disposizioni del codice degli appalti, in particolare l'art. 80 commi 5 e 12 e l'art. 213 comma 10, per escludere la previsione di un illimitato obbligo dichiarativo in capo alle partecipanti alla gara e negare che l'omessa dichiarazione, così come quella relativa alla vicenda per cui è causa, sia assimilabile ad un'ipotesi di grave illecito di cui all'art. 80, comma 5, d.lgs. 50/2016.

La ricorrente ha presentato anche domanda di risarcimento dei danni conseguenti alla adozione degli atti impugnati, chiedendo a questo Tribunale di indicare i criteri in base ai quali l'amministrazione dovrà formulare una proposta di pagamento.

Si è costituito in giudizio il Comune intimato, sostenendo l'inammissibilità ed infondatezza della domanda.

Si è costituita altresì la controinteressata, aderendo alle ragioni dell'amministrazione.

Alla camera di consiglio del 26.11.2019 parte ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare, ed è stata fissata l'odierna udienza di discussione, all'esito della quale il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

La Global Service s.r.l. impugna il provvedimento di esclusione dalla gara de qua, con conseguente aggiudicazione alla controinteressata del servizio in oggetto, di refezione scolastica, gara nella quale si era collocata al primo posto all'esito della valutazione delle offerte tecnica ed economica.

Con unico ed articolato motivo di ricorso, la ricorrente deduce l'illegittimità dell'esclusione per violazione dell'art. 80 comma 5 del d.lgs. 80/2016, disposta dall'amministrazione per non avere essa dichiarato, nell'apposito spazio riservato nel DGUE, di aver avuto un'annotazione nel casellario informatico relativa all'iscrizione di cui alla delibera n. 1154 del 12.12.2018 dell'Anac.

La società ricorrente nega che sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice (quale motivazione resa per l'esclusione) un'archiviazione del procedimento sanzionatorio, così come si evince dalla deliberazione n. 1154 dell'Anac.

Sostiene la funzione di pubblicità notizia dell'annotazione che non doveva, per questo, essere dichiarata nel DGUE ed in sede di gara, in considerazione del fatto che contempla semplicemente la segnalazione, senza però alcuna sanzione per violazione dell'art. 80 comma 5 lett. c).

Nega che l'annotazione di cui alla delibera n. 1154 sia assimilabile alle esclusioni da precedenti procedure di gara accertate dal giudice amministrativo, che assumono rilevanza solo se, e fino a quando, risultino iscritte nel Casellario, per gli effetti e con le modalità previste nell'art. 80, comma 12, del D.Lgs. n. 50 del 2016. Afferma che la sola annotazione non costituisce motivo di automatica esclusione dalle gare.

Precisa che l'ANAC non ha ravvisato gli estremi per procedere all'iscrizione nel casellario informatico, ai sensi e con gli effetti di cui all'art. 80, comma 5, lettera f-ter) e comma 12, e che il Consiglio di Stato, su una delle vicende oggetto dell'annotazione n. 1154 (gara d'appalto per il servizio di refezione scolastica del Comune di Marcianise), ha stabilito che una "precedente esclusione per irregolarità fiscale non possa assumere rilievo, quale motivo di esclusione, in termini di grave illecito professionale" (Cons. Stato, Sez. V, 597 del 24.01.2019). Ha richiamato altre pronunce di questo T.A.R. e del Consiglio di Stato inerenti la medesima vicenda.

Ha, infine, chiesto il risarcimento dei danni, specificando le seguenti voci:

- a. costi sostenuti per la partecipazione alla gara, quantificati in € 600,00;
- b. perdita di chance subita, da liquidarsi equitativamente nella misura del 5% del valore dell'appalto;
- c. danno professionale e curriculare derivante dall'impossibilità di indicare nel prosieguo delle attività lo svolgimento del predetto servizio, nella misura del 10% del valore dell'appalto;
- d. oltre a rivalutazione monetaria ed interessi fino alla data di effettivo soddisfo.

Il Comune intimato, nel resistere al ricorso, ha depositato memoria a sostegno dell'operato dell'amministrazione nella procedura oggetto di controversia. Anche la controinteressata ha difeso l'operato dell'amministrazione, sostenendo la configurabilità di un obbligo dichiarativo in ragione della presenza di una annotazione al casellario informatico, la cui mancata dichiarazione configura omissione di informazioni dovute ai sensi dell'art. 80 co 5 lettera c bis), irrilevante essendo che una tale annotazione non conduca automaticamente all'esclusione dell'operatore.

Occorre premettere in punto di fatto il susseguirsi delle vicende che hanno dato luogo alla iscrizione delle vicende relative alla gare pregresse: nel citato provvedimento ANAC viene fatto riferimento a due gare nel comune di Trentola e

di Marcianise nelle quali viene contestato che la odierna ricorrente ha omesso la dichiarazione di illeciti professionali, ovvero;

-- esclusione dalla gara per il servizio di mensa scolastica del 2016 disposta dal Comune di Sant'Arpino (provvedimento gravato con ricorso respinto da sentenza Tar n. 4532 del 2017 – in fatto era contestata la mancata dichiarazione di una violazione fiscale, ritenuta ostativa per avere determinato l'esclusione da una precedente gara);

— esclusione dalla gara per il servizio di mensa scolastica del Comune di Sant'Agnello per omessa dichiarazione di una violazione (per non avere dichiarato nella domanda di aver subito una precedente esclusione dal Comune di Castel Madama perché in quella gara aveva falsamente attestato la regolarità fiscale).

Tanto esaminato ,l'ANAC ha dato rilievo alla considerazione che l'omessa dichiarazione discendeva dal fatto che le esclusioni non erano definitive perché impugnate dinanzi al Tar, dunque in difetto dell'elemento soggettivo, pendendo ancora il giudizio amministrativo. Il Consiglio di Stato ha poi annullato le sentenze di primo grado accogliendo i ricorsi dell'operatore economico, , dando rilievo al fatto che al momento della domanda di partecipazione la regolarità fiscale era stata recuperata e, a tale momento non vi era alcuna interdittiva dell'ANAC.

Di seguito l'impresa ha impugnato anche le esclusioni subite nelle gare presso i Comuni di Marcianise e di Trentola , che si fondavano su tali precedenti esclusioni, ed il Consiglio di Stato con sentenza n. 597 del 2019 accoglieva il ricorso della Global ritenendo che, poiché l'esclusione era stata disposta per una pendenza fiscale risolta, e poiché l'ANAC non aveva ravvisato gli estremi per iscrivere questi episodi nel casellario agli effetti di cui all'articolo 80 comma 5 lett f ter) e comma 12, ciò non poteva essere motivo di esclusione (“Il Collegio ritiene in primo luogo che una precedente esclusione per irregolarità fiscale non possa assumere rilievo, quale motivo di esclusione, in termini di grave illecito professionale, e quindi circostanza

da dichiarare, atteso che, diversamente opinando, si realizzerebbe una indefinita protrazione di efficacia, “a strascico”, delle violazioni relative all’obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse”...” Oltretutto, anche laddove l’appellante avesse dichiarato la pregressa esclusione, la stazione appaltante non avrebbe potuto tenerne conto ai fini escludenti sia perché tale circostanza non era qualificabile ex se quale grave illecito professionale, sia perché essa risultava priva del carattere dell’attualità.”).

Conclusivamente:

a) non è in discussione, nel caso in esame, il principio, peraltro ribadito dal Consiglio proprio con riferimento alla vicenda (gara per l’affidamento del servizio di “refezione scolastica” nel Comune di Marcianise) che ha riguardato la ricorrente, secondo cui non può assurgere a motivo di esclusione in termini di grave illecito professionale una irregolarità fiscale da tempo superata e, comunque, non avente più attuale rilevanza (Cons. Stato, 597/2019, cit.; in termini Sez. V, 27 settembre 2019, n. 6490; Sez. III, 2 aprile 2019, n. 2183);

b) quel che è stato ritenuto determinante ai fini dell’esclusione è la mancata dichiarazione, sia nella domanda di partecipazione che nell’apposito spazio riservato del DGUE, di essere stata la ricorrente destinataria di un’annotazione nel casellario informatico, il cui inserimento era stato disposto dall’Anac con la Delibera n. 1154 del 12.12.2018.

c) riconosciuta allora l’irrilevanza, ai fini espulsivi, del fatto sotteso al procedimento avviato dall’ ANAC il thema decidendum è costituito dalla considerazione degli effetti – in termini sanzionatori, come avvenuto nel caso di specie – della omessa dichiarazione in quanto tale circa l’annotazione nel casellario informatico, disposta dalla Delibera n. 1154.

Occorre richiamare a riguardo la giurisprudenza secondo cui, anche alla luce dell’attuale testo dell’art. 80, comma 5, “i c.d. obblighi informativi, in particolare

quelli di cui alla lettera c- bis) ed alla lettera f – bis), sono posti a carico dell'operatore economico per consentire alla stazione appaltante un'adeguata e ponderata valutazione sull'affidabilità e sull'integrità del medesimo (cfr. Cons. Stato, V, 4 febbraio 2019, n. 827; V, 16 novembre 2018, n. 6461; V, 3 settembre 2018, n. 5142; V, 17 luglio 2017, n. 3493; V, 5 luglio 2017, n. 3288)”(Cons. Stato, sez. V, sent. 5171 del 22.7.2019).

La giurisprudenza ritiene che sussiste in capo alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di “integrità o affidabilità” dei concorrenti, e che, pertanto, al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, questi ultimi sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 15 aprile 2019, n. 2430; 12 marzo 2019, n. 1649; id. 24 settembre 2018, n. 5500; T.A.R. Lazio, sez. I, sent. 4729/2019)”. Tuttavia, occorre, altresì, rilevare che l'orientamento che impone agli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione (cfr. Cons. Stato, V, 11 giugno 2018, n. 3592; id., V, 25 luglio 2018, n. 4532; id., V, 19 novembre 2018, n. 6530; id. III, 29 novembre 2018, n. 6787 ed altre), è stato oggetto di interpretazione evolutiva.

Sono, infatti, stati individuati limiti di operatività di un siffatto generalizzato obbligo dichiarativo, “dato che l'ampia interpretazione anzidetta, come osservato in un condivisibile recente arresto giurisprudenziale, “potrebbe rilevarsi eccessivamente onerosa per gli operatori economici imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa”(così Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5142)” (Cons Stato, n. 5171/2019, cit.).

La giurisprudenza più recente si è orientata nel ritenere che “la mancata ostensione di un pregresso illecito è rilevante – a fini espulsivi – non già in sé, bensì in funzione dell’apprrezzamento della stazione appaltante, il quale va a sua volta eseguito in considerazione anzitutto della consistenza del fatto omesso”. (ex multis, Cons. Stato, sez. V, sent. 8480 del 13.12.2019; Cons. Stato, Sez. V, 15 aprile 2019, n. 2430; 12 marzo 2019, n. 1649; id. 24 settembre 2018, n. 5500; T.A.R. Lazio, sez. I, sent. 4729/2019, queste ultime richiamate anche nel verbale n. 4 del 12.9.2019 con cui la Commissione ha formulato proposta di esclusione).

Anche questa Sezione ha avuto modo di recente di perimetrare gli estremi dell’obbligo dichiarativo in questione (TAR Napoli sez. III sentenza 31 ottobre 2019 n. 5189) precisando che una impresa partecipante ad una gara di appalto non è tenuta a dichiarare le esclusioni comminate nei suoi confronti in precedenti gare per aver dichiarato circostanze non veritiere, poiché, al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti all’ANAC in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, la causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 (“omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”), si riferisce – e si conchiude – all’interno della procedura di gara in cui è maturata.

Pertanto, per potersi ritenere integrata la causa di esclusione dell’art. 80, comma 5, lett. c) del D. lgs 50/2016, (“omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”) è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell’ANAC, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento; eventuali esclusioni da precedenti procedure di gara, per quanto siano state accertate dal giudice amministrativo, assumono pertanto rilevanza solo se e fino a quando risultino iscritte nel Casellario, per gli effetti e con le modalità previste nell’art. 80, comma 12, , qualora l’ANAC

ritenga che emerga il dolo o la colpa grave dell'impresa interessata, in considerazione dell'importanza e della gravità dei fatti.

È allora necessario esaminare quanto disposto dalla Delibera Anac n.1154 del 12/12/2018, posta a fondamento e presupposto della impugnata esclusione.

Risulta dagli atti che l'oggetto della nota di trasmissione della Deliberazione in questione è il “procedimento sanzionatorio per l'iscrizione nel casellario informatico di annotazione interdittiva, ai sensi dell'art. 80, comma 12 d.lgs. 50/2016 e per l'applicazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 213, comma 13 del Codice”.

La nota espressamente trasmette copia della delibera n. 1154 del 12.12.2018, con la quale è stata disposta, “oltre all'archiviazione del procedimento, l'annotazione non interdittiva nel casellario informatico degli operatori economici”.

L'Anac, dunque, archivia il procedimento sanzionatorio avviato ai sensi dell'art. 80, comma 12 d.lgs. 50/2016 per l'applicazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 213, comma 13 del Codice, ed inserisce nel casellario informatico contratti pubblici una annotazione “non interdittiva”, riferita alle esclusioni dell'operatore economico da due gare aventi ad oggetto il servizio di refezione scolastica. Giova in proposito rimarcare che una delle due esclusioni è stata oggetto di annullamento da parte del giudice in appello (Cons. Stato, sent. 597/2019 più volte menzionata), in data successiva alla delibera.

Ebbene, secondo la giurisprudenza che si è di recente sempre più consolidata, richiamata anche da parte ricorrente, “Eventuali esclusioni da precedenti procedure di gara, per quanto siano state accertate dal giudice amministrativo, assumono pertanto rilevanza solo se e fino a quando risultino iscritte nel Casellario, per gli effetti e con le modalità previste nell'art. 80, comma 12, del D.Lgs. n. 50 del 2016, qualora l'ANAC ritenga che emerga il dolo o la colpa grave dell'impresa interessata, in considerazione dell'importanza e della gravità dei fatti” (cfr. Cons. Stato Sez. V, 27/09/2019, n. 6490).

Pertanto il Collegio ritiene che assumono rilievo e siano idonei a fondare l'adozione di provvedimenti sanzionatori o espulsivi dalla procedura di gara, solo i casi di mancata dichiarazione di precedenti esclusioni da analoghe gare disposte per omessa o falsa attestazione circa l'iscrizione nel casellario informatico, ai sensi e per gli effetti dei cui ai commi 5 e 12 dell'art. 80 d.lgs. 50/2016.

Per quanto sopra esposto e ricostruito, le doglianze della ricorrente meritano favorevole apprezzamento, in base alle seguenti dirimenti considerazioni:

.I) il fatto che aveva portato alle precedenti esclusioni della ricorrente da gare analoghe non è stato ritenuto rilevante (in tal senso Cons. Stato sent. 597/2019 ”

II) la relativa omessa comunicazione non è stata ritenuta rilevante neanche ai fini sanzionatori dall'Anac, che ha archiviato il procedimento con la Delibera n. 1154; difettano, pertanto, senz'altro i presupposti dell'illecito in relazione alla corrispondente omissione, nella prospettiva della omessa o falsa dichiarazione, in quanto l'annotazione Anac non ha natura sanzionatoria, essendosi il relativo procedimento concluso con un'archiviazione. L'annotazione in questione, dunque, è diversa dall'iscrizione dell'impresa nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio, disposta nei casi in cui ANAC eserciti il potere sanzionatorio di cui agli artt. 80, comma 12 e 213, comma 13, d. lgs. n. 50 del 2016;

.III) la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato in termini generali che “in riferimento all'omessa dichiarazione dell'esclusione da una precedente gara d'appalto, per potersi ritenere integrata l'ipotesi di omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione (art. 80, comma 5, lett. c, d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione anteriore alle modifiche di cui al d.l. n. 135 del 2018) “è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell'Anac, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento (...) (così Cons. Stato, V, n. 2063/18

e id., III, n. 4266/2018 cit.)” (Cons. Stato, V, n. 6576/2018, cit.; nello stesso senso, oltre ai precedenti richiamati dalla citata sentenza, cfr. Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5136; 4 luglio 2017, n. 3257 e 3258; contra, v. Cons. Stato, n. 5171/2019, cit., cui segue tuttavia Cons. Stato, V, 27 settembre 2019, n. 6490, che si uniforma al precedente orientamento)”(Cons. Stato sent. 8480/2019, cit); e ancora che “la preclusione alla partecipazione alle gare per effetto della produzione di false dichiarazioni o falsa documentazione resti confinata alle due ipotesi tipiche: a) dell’esclusione dalla medesima gara nel cui ambito tale produzione è avvenuta; b) dall’esclusione da ulteriori e successive gare (ma soltanto nel caso in cui sia intervenuta l’iscrizione dell’impresa nel casellario informatico tenuto dall’Osservatorio dell’ANAC, nelle ipotesi e con i limiti di cui all’art. 80, comma 5, lett. f- ter), e comma 12.

Resta, invece, preclusa alle stazioni appaltanti la possibilità di valutare autonomamente ai fini escludenti la condotta di un concorrente il quale abbia reso false e/o omissive dichiarazioni nell’ambito di una precedente gara e non sia stato iscritto nell’indicata casellario” (Cons. Stato, sez. V, sent. 6490/2019);

Obietta la difesa della stazione appaltante che il contenuto complesso della nota ANAC più volte citata ne delineerebbe la necessità di dichiararlo in sede di gara, atteso che:

- a) per un verso, essa dispone l’archiviazione del procedimento sanzionatorio rilevante ai fini interdittivi, sulla base del combinato disposto dagli artt. 80 co. 12 D.Lgs. 50/2016 e 213 co. 13: procedimento attivato dalle due segnalazioni inoltrate dal Provveditorato Opere Pubbliche della Campania in qualità di SUA per conto dei Comuni di Trentola Ducenta e Marcianise e relativamente alle due distinte gare di appalto cui l’operatore economico aveva partecipato;
- b) per altro verso , delibera l’annotazione delle esclusioni disposte dalla SUA Provveditorato Regionale Opere Pubbliche della Campania - quale informazione

“utile”, ai sensi della diversa disposizione posta dall’art. 213 co. 10 D.Lgs. 50/2016, espressamente avvertendo l’operatore economico – ex art. 3 co. 4 Legge 241/90 – della giustiziabilità dell’atto (evidentemente in parte qua, sicuramente residuando interesse legittimo all’impugnativa).

Sotto il primo aspetto, la archiviazione del procedimento interdittivo è motivata con il rilievo che provvedimenti giurisdizionali di secondo grado – comunque successivi alle dichiarazioni rese nelle due gare condotte dal Provveditorato OO.PP. della Campania e che la SUA, come da segnalazioni, aveva ritenuto mendaci – avevano escluso che l’irregolarità fiscale in cui la ricorrente era venuta a trovarsi (in precedente gara) potesse rilevare quale “grave illecito professionale” e refluire a cascata quale falsa dichiarazione sull’assenza di pregressa causa ostativa ex art. 80 co. 5 lett. C).

Tuttavia l’annotazione ai sensi dell’art. 213, comma 10, d.lgs.18 aprile 2016, n. 50 nella sezione “B” del casellario contiene le cd. ulteriori informazioni “utili” ed è rimasta inoppugnata.

Osserva in proposito il Collegio che l’obbligo dichiarativo non può essere riferito alle iscrizioni delle notizie semplicemente utili di cui alla sezione B del casellario, in ragione della valenza non interdittiva delle stesse,. L’iscrizione disposta nel caso in esame ha un mero valore di pubblicità notizia, è dunque pubblicità di una circostanza che non era motivo di esclusione né un grave illecito professionale , per la quale non può predicarsi l’obbligo dichiarativo.

In conformità a quanto in questa sede rilevato si è pronunciato, da ultimo, questo T.A.R. su analogo caso, relativo a procedura di gara aggiudicata alla ricorrente, riferita proprio alla medesima annotazione sul casellario informatico dell’ANAC di cui alla Delibera 1154/2018 (TAR Napoli sez. VII sentenza 14 gennaio 2020 n. 168, e T.A.R. Napoli, sez. II sent. 5884 dell’11.12.2019 si è riconosciuto che l’art.80, comma 4 D. Lgs. n.50/2016 riconosce efficacia escludente alla partecipazione alla

gara solamente sino al momento in cui il concorrente non provveda alla regolarizzazione della propria posizione od ottenga la rateizzazione del debito tributario ; e si è stabilito che “l’ANAC con deliberazione n.1154 del 12/12/2018 ha disposto nei confronti dell’odierna controinteressata l’archiviazione dei profili sanzionatori e chiarito che l’annotazione non costituisce motivo di automatica esclusione dalle gare”).

Pertanto il ricorso è fondato e va accolto per la parte relativa alla domanda di annullamento degli atti impugnati.

Parte ricorrente ha proposto anche domanda di risarcimento del danno subito in conseguenza della disposta esclusione, atteso che il servizio nelle more è stato svolto dalla controinteressata, avendo la stazione appaltante disposto l’esecuzione anticipata in ragione di esigenze di pubblica utilità..

La pretesa può trovare apprezzamento nei termini di seguito specificati.

Nel caso in esame va rilevato, in primo luogo, che l’esito favorevole della domanda impugnatoria rappresenta il presupposto della pretesa risarcitoria, in considerazione della impossibilità di ristoro in forma specifica conseguente all’avvenuta esecuzione del servizio. Invero, per effetto dell’annullamento della illegittima esclusione, si è raggiunta la prova della spettanza del bene della vita alla odierna ricorrente, che la stessa avrebbe conseguito qualora non fosse intervenuto l’illegittimo provvedimento amministrativo , essendo stata esclusa in un momento in cui era già individuata quale migliore offerente . Nei termini delineati , non vi è dubbio che sussista altresì il nesso causale tra il provvedimento annullato in via giurisdizionale e il danno subito.

Sussiste anche l’elemento soggettivo, sub specie del dolo o della colpa di apparato, e per tale aspetto non può sottacersi la considerazione che nella fattispecie la colpa dell’amministrazione, che può essere anche lieve, deve ritenersi integrata per effetto della mancata valutazione delle considerazioni offerte dalla ricorrente in sede procedimentale, a sostegno della istanza di autotutela.

Costituisce invero principio consolidato quello secondo cui il privato danneggiato può limitarsi a invocare l'illegittimità di carattere sostanziale dell'atto quale indice presuntivo della colpa, dato che rimane a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore scusabile derivante da contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma o dalla complessità dei fatti, ovvero ancora dal comportamento delle parti del procedimento. Elementi tutti che non sono stati oggetto di specifica deduzione da parte dell'amministrazione.

In ogni caso, la più recente giurisprudenza amministrativa rileva come in caso di appalti, e di impossibilità di eseguire il giudicato per cause non ricollegabili a violazione o elusione dello stesso, la funzione sostitutiva del rimedio risarcitorio giustifica la scelta del legislatore di prevederne l'ammissibilità in sede di ottemperanza, anche in un unico grado, in quanto "connessa" all'impossibilità oggettiva di esecuzione del giudicato, così slegandola dal requisito della colpa, sia pure intesa, in tema di illecito della pubblica amministrazione, nella lettura "oggettiva" che ne dà la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea: trattandosi di una tutela che sostituisce l'ottemperanza non più possibile in forma specifica.

Sotto il profilo del quantum risarcitorio, va tuttavia rilevato che i criteri per la determinazione dei danni richiesti (oltre alle spese vive di partecipazione, anche il lucro cessante nelle due voci del mancato utile e del danno curriculare) sono oggetto di specifica disciplina da parte del cpa, non potendosi più ricorrere a criteri di carattere forfettario per la quantificazione dell'utile mancato, sancendo definitivamente la necessità di ricorrere al criterio dell'utile effettivo.

Invero, con l'introduzione dell'art. 124 c.p.a. si è espressamente previsto che – se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto già stipulato con altri, con la conseguente possibilità del ricorrente di subentrare nell'appalto e ottenere così il

risarcimento in forma specifica – deve essere disposto il “risarcimento del danno per equivalente, subito e provato”.

Deve premettersi che nessuna violazione dell’obbligo di diligenza ex art. 1227 c.c. può dirsi configurabile a carico dell’operatore economico, avendo lo stesso proposto istanza di autotutela alla stazione appaltante il giorno stesso in cui ha ricevuto comunicazione della propria esclusione, ossia il 9.10.2019, ed avendo tempestivamente proposto ricorso giurisdizionale avverso gli atti illegittimi. Quanto alla rinuncia alla domanda cautelare effettuata alla camera di consiglio del 26 novembre 2019, la circostanza non incide sul quantum risarcitorio, atteso che era già in atto l’esecuzione anticipata del contratto, come disposta dalla stazione appaltante.

Analizzando le richieste di parte ricorrente, occorre distinguere:

Quanto alle spese di partecipazione alla gara, indicate in Euro 600,00:

Secondo parte della giurisprudenza non possono essere risarcite le spese di partecipazione alla gara, atteso che si tratterebbe di spese “a fondo perduto” che graverebbero comunque sul soggetto che decide di partecipare alla gara, indipendentemente dall’esito della stessa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2014, n. 1478; Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2013, n. 1052). Si afferma in proposito che tali costi non costituiscono conseguenza diretta del comportamento lesivo tenuto dall’amministrazione, ed esulerebbero dalla finalità meramente ripristinatoria del risarcimento del danno.

Secondo una diversa tesi, in ipotesi di illegittima esclusione dalla procedura di gara, viene in rilievo la lesione del diritto del soggetto a non essere coinvolto in trattative inutili (cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 7 marzo 2016, n. 2966; Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444), e pertanto va affermata la risarcibilità di tali spese.

Il Collegio ritiene preferibile la prima tesi, dal momento che le spese di partecipazione alla gara nella ipotesi fisiologica di procedura incontestata non sono

rifuse a nessun concorrente, e tantomeno il vincitore ne riceve il rimborso in caso di aggiudicazione. Pertanto nella presente ipotesi, in cui il ricorrente quale vincitore virtuale della gara viene ad essere ristorato con un risarcimento per equivalente, nei sensi di seguito specificati, non può ottenere ciò che non gli sarebbe spettato comunque, in quanto assorbito dall'utile conseguito (vuoi per effetto dell'esecuzione dell'appalto, vuoi per effetto del risarcimento per equivalente nella presente sede riconosciuto).

Quanto alla richiesta del risarcimento del lucro cessante, va premesso che nella specie è stato formulato in sede impugnatoria un giudizio di certa spettanza del bene della vita alla ricorrente, dal momento che la stessa nella graduatoria provvisoria era stata collocata al primo posto e la commissione di gara aveva valutato come migliore offerta quella da lei presentata. Ne deriva che non si verte in tema di risarcimento da perdita di chance, ma di danni conseguenti ad una sicura mancata aggiudicazione, per la quale vale il principio della integralità del danno risarcibile.

A - sotto forma del mancato utile- tale voce di danno costituisce, in funzione reintegratoria, una specifica diminuzione patrimoniale che va rapportata alla effettività, per cui il danneggiato ha l'onere di dimostrare la percentuale concreta di utile che avrebbe ottenuto se fosse risultato aggiudicatario dell'appalto. In particolare, il ricorrente deve provare, attraverso idonee allegazioni, quale è l'offerta economica presentata in sede di gara, le spese sostenute e da sostenere in concreto, e ogni altra voce rilevante per la definizione dell'effettivo margine di guadagno che avrebbe potuto conseguire dall'appalto.

Inoltre il danneggiato è tenuto anche a dimostrare di non aver potuto utilizzare altrove e in diverso contesto i propri mezzi e risorse, dovendosi procedere alla decurtazione dal danno risarcibile dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*, alla stregua del più generale principio di integrale risarcimento del danno.

Sotto l'aspetto della prova specifica dell'utile effettivo che l'operatore economico avrebbe conseguito dall'esecuzione dell'appalto, vanno applicati i principi elaborati dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2017, a mente della quale il danneggiato deve "offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c." ;

Al riguardo la prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni; essendo sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'id quod plerumque accidit (in virtù della regola della «inferenza probabilistica»).

In particolare, risulta agli atti l'offerta economica proposta dalla ricorrente, ovvero un ribasso del 13,53 % sull'importo posto a base di asta; l'utile che sarebbe derivato alla ricorrente non è stato dalla stessa provato, ma semplicemente indicato nel 5% del valore dell'appalto; tuttavia la prova può essere raggiunta anche tramite presunzioni, come sopra chiarito, sì da potersi stimare attendibile l'indicazione della ricorrente, con i seguenti correttivi.

L'intero importo contrattuale, pari ad 85.000 Euro nella specie è una cifra presuntiva, atteso che nella determina di aggiudicazione, facendo riferimento al bando, si precisa che le fluttuazioni nell'utenza comportano che si tratti di servizio

a domanda, soggetto a variazioni di cui la stazione appaltante non assume alcuna garanzia verso l'operatore economico.

Ne deriva che l'indicato 5% non va calcolato su 85.000 euro, ma sulla detta cifra ridotta di una stima presuntiva delle possibili fluttuazioni dell'utenza scolastica, pari ad una diminuzione di un quarto, ovvero su di 63.750 euro. L'importo così calcolato, pari a 3187,50 euro va ridotto del 13,53 per cento ($3187,50 - 431 = 2756,50$) ovvero della percentuale di ribasso offerta dalla concorrente ritenendo che la stessa rappresenti l'utile con una ragionevole approssimazione, in difetto di elementi specifici che era onere della ricorrente fornire specificamente.

Va poi osservato che il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di non concorrere all'aggravamento del danno, a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum.

Ciò era ben evidente alla ricorrente, la quale pur avendo proposto tempestivamente il ricorso giurisdizionale, per la intervenuta esecuzione anticipata del servizio, ben sapeva che le maestranze eventualmente dedicate alla esecuzione di quell'appalto avrebbero potuto essere impiegate altrove, non potendo i tempi pur rapidi del giudizio amministrativo in materia di appalti, concludersi nei due mesi di esecuzione del servizio. Peraltro la stessa ricorrente alla camera di consiglio del 26 novembre 2019 risulta avere rinunciato alla domanda cautelare, in tal modo acquisendo la piena consapevolezza di poter spostare maestranze e beni materiali su altre commesse.

La ripartizione dell'onere probatorio in materia di aliunde perceptum ha sollevato in dottrina alcune perplessità, avvalorate dal pacifico orientamento della Corte di

cassazione secondo cui, costituendo l'aliunde perceptum vel percipiendum un fatto impeditivo (in tutto o in parte) del diritto al risarcimento del danno, il relativo onere probatorio grava sul datore di lavoro (da ultimo, Cass. sez. lav., 30 maggio 2016 n. 11122).

Tuttavia il Consiglio di Stato in relazione al settore degli appalti; ha rilevato che ai fini della sussistenza dell'aliunde perceptum, possa essere invocato il meccanismo della presunzione (semplice) fondata sull'id quod plerumque accidit, secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili. Pertanto, in mancanza di prova contraria, che l'impresa che neghi l'aliunde perceptum può fornire anche sulla base dei libri contabili, deve ritenersi che essa abbia comunque impiegato proprie risorse e mezzi in altre attività, dovendosi quindi sottrarre al danno subito per la mancata aggiudicazione l'aliunde perceptum, calcolato in genere in via equitativa e forfettaria.

Non risulta ragionevolmente predicabile la condotta dell'impresa che immobilizza le proprie risorse in attesa dell'aggiudicazione di una commessa, o nell'attesa dell'esito del ricorso giurisdizionale volto ad ottenere l'aggiudicazione, atteso che possono essere molteplici le evenienze per cui potrebbe risultare non aggiudicataria della commessa stessa (il che corrobora la presunzione); dall'altro che, ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, sicché il comportamento inerte dell'impresa ben può assumere rilievo in ordine all'aliunde percipiendum. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5884; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833; Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2013, n. 3155; Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686).

Occorre, quindi, procedere alla decurtazione dell'aliunde perceptumvel percipiendum, che può essere in via equitativa determinato (tenendo conto delle caratteristiche sia dell'impresa sia dell'appalto la cui esecuzione è sfumata) nella percentuale del 25% della somma riconosciuta a titolo di lucro cessante. Ne deriva che la somma sopra calcolata, ovvero Euro (3187,50- 431 =) 2756,50 va decurtata ulteriormente del 25% per un totale di Euro 2067, 38 .

Sulla somma così riconosciuta a titolo di mancato guadagno, in quanto debito di valore, devono poi essere calcolati gli interessi e la rivalutazione monetaria (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 1 aprile 2015, n. 170).

B- sotto specie di danno curriculare - Il lucro cessante è in astratto declinabile anche sub specie del cd. danno curriculare, costituito sia dal mancato incremento del giro di affari complessivo, sia dal mancato incremento delle capacità tecniche ed economiche dell'impresa. Si tratta di due voci che possono incidere sulla possibilità di partecipazione dell'impresa a gare future e sulle possibilità di aggiudicazione delle stesse.

Anche a proposito di tale voce di danno, è superato l'orientamento giurisprudenziale in base al quale esso rileverebbe in re ipsa e deriverebbe quindi in via necessaria e immediata dalla stessa mancata aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2546). Invero, per effetto dei consolidati principi sanciti dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sopra richiamata (n. 2/2017) il danneggiato deve allegare elementi utili a dimostrare, in concreto, se e quanto il mancato incremento delle sue referenze possa incidere sulla partecipazione ad altre procedure di gara.

Non è dubitabile, invero, che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), possa essere, comunque, fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e, quindi, la chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti.

Tuttavia anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del nocumento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio curriculum professionale), quantificandolo in una misura percentuale specifica applicata sulla somme liquidata a titolo di lucro cessante;

Pertanto tale voce non può essere riconosciuta nella specie poiché la ricorrente non ha offerto un prova rigorosa e puntuale del nocumento che asserisce di aver subito in termini di mancato arricchimento del proprio *curriculum* professionale. E ciò anche a non volersi prendere in considerazione l'orientamento secondo cui un'impresa *leader* nel settore difficilmente subisce un danno curricolare dalla mancata aggiudicazione di un appalto, attesa l'inidoneità della mancata assegnazione a scalfirne il prestigio (Cons. Stato, sez. III, 10 aprile 2015 n. 1839). Tanto più in presenza di un appalto di breve durata, come quello in esame., e con un importo economico non rilevante. Gli elementi offerti, in relazione a tale voce di danno, risultano insufficienti e privi di quei caratteri di gravità, precisione e concordanza necessari per fondare quanto meno una presunzione semplice ai sensi dell'art. 2729 c.c..

Alla ricorrente vanno quindi riconosciuti a solo titolo di mancato guadagno Euro 2067,38, oltre accessori.

Ai fini dell'integrale risarcimento del danno, che costituisce debito di valore, occorre riconoscere, inoltre, al danneggiato (dalla data di pubblicazione della presente sentenza) sia la rivalutazione monetaria (secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat) che attualizza al momento della liquidazione il danno subito, sia gli interessi compensativi (determinati in via equitativa assumendo come parametro il tasso di interesse legale) calcolati sulla somma periodicamente rivalutata, volti a compensare la mancata disponibilità di tale somma fino al giorno della liquidazione del danno, sia, infine, gli interessi legali sulla somma complessiva

dal giorno della pubblicazione della sentenza (che con la liquidazione del credito ne segna la trasformazione in credito di valuta) sino al soddisfo.

La particolarità e complessità della fattispecie, caratterizzata, in particolare, da oscillazioni giurisprudenziali sui limiti di operatività degli obblighi dichiarativi dell'operatore economico alla stazione appaltante, giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite tra tutte le parti, ad eccezione del contributo unificato, che si pone a carico della stazione appaltante.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie la domanda impugnatoria nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti gravati;

accoglie in parte la domanda risarcitoria e per l'effetto condanna la stazione appaltante al pagamento, in favore della ricorrente, della somma complessiva di € Euro 2067,38, oltre ad interessi e rivalutazione come specificato in motivazione;

– compensa le spese di giudizio tra tutte le parti, ad eccezione del contributo unificato che si pone definitivamente a carico della stazione appaltante..

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente, Estensore

Vincenzo Cernese, Consigliere

Giuseppe Esposito, Consigliere

Da Assegnare Magistrato, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO