GIUSTAMM
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO

Sulle cause di esclusione in tema di responsabilità per fatto altrui.

30 Marzo 2022

Contratti della p.a. – Cause di esclusione – Responsabilità per fatto altrui – Onere di vigilanza sul modus operandi del terzo – Non sussiste.

L'interpretazione logica della disposizione conduce a ritenere che l'art. 80, comma 5, lette. F-bis) del codice degli appalti riguardi i partecipanti alle procedure di affidamento di questi ultimi e non già le imprese detentrici di impianti dagli stessi indicati per il conferimento finale delle quantità di fanghi ricevute dalla stazione appaltante; deve, invero, ritenersi, che l'impresa detentrice di impianto non rivolge un'offerta diretta alla stazione appaltante, a differenza dell'intermediario che partecipa alla gara, ma si limita a mettere a disposizione di quest'ultimo il proprio impianto per l'esecuzione dell'appalto; per le ragioni su esposte, la dichiarazione non veritiera resa dall'impresa detentrice di un impianto di smaltimento di fanghi non può provocare in alcun modo l'esclusione dalla gara del soggetto che ad essa partecipa in qualità di intermediario, non potendosi porre a carico di quest'ultimo l'onere di vigilare sul corretto modus operandi del terzo nel segmento di mercato oggetto di appalto pubblico.

Pres. O. Ciliberti; Est. C. Di Bello

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 207 del 2022, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante

pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Acquedotto Pugliese S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Nilo, Marco Nilo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

– del provvedimento a firma del Direttore Procurement ad interim di Acquedotto Pugliese prot. n. 3875 del 21.1.2022, recante l'esclusione della ricorrente dalla procedura aperta indetta da Acquedotto Pugliese "per l'affidamento, mediante lo strumento giuridico dell'accordo quadro da concludersi con più operatori economici ai sensi dell'art. 54, co. 4, lett. a) del d.lgs. 50/2016, del servizio di conferimento per recupero e/o smaltimento dei fanghi prodotti presso gli impianti di depurazione gestiti dall'Acquedotto Pugliese S.p.A.";

– del provvedimento a firma del Direttore Procurement ad interim di Acquedotto Pugliese prot. n. 3932 del 24.1.2022, con il quale sono state approvate le risultanze dei verbali relativi alle operazioni svolte dal seggio di gara;

– del verbale del seggio di gara n. 1 del 10.1.2022, mai trasmesso o comunicato alla ricorrente, né pubblicato sul profilo del committente, nella parte in cui è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla citata procedura di gara;

– della nota a firma del Direttore Procurement ad interim di Acquedotto Pugliese prot. n. 10344 del 17.2.2022, recante "Riscontro istanza di annullamento in autotutela";

– di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi incluso, ove occorra, il disciplinare di gara nelle parti di interesse e per le ragioni riferite in narrativa;

Per la declaratoria di inefficacia

dell'accordo quadro, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a.;

Per la condanna

di Acquedotto Pugliese al risarcimento del danno in forma specifica mediante l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio dalla ricorrente a mezzo della sua riammissione alla procedura di gara oggetto di gravame, nonché, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 c.p.a.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2022 il dott. Carlo Dibello e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Premesso che:

–OMISSIS- ha partecipato alla procedura selettiva indetta con bando di gara pubblicato sulla GUUE S225 del 19.11.2021 e sulla GURI 5a Serie Speciale – Contratti Pubblici n. 135 del 22.11.2021 da Acquedotto Pugliese (di seguito AQP) ex art. 60 del D.lgs. 50/2016;

-la procedura è stata indetta per l'affidamento, mediante lo strumento giuridico dell'accordo quadro da concludersi con più operatori economici ai sensi dell'art. 54, comma 4, lett. a), dello stesso D.lgs. e da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 4, del ridetto Codice dei contratti pubblici, del servizio di "*conferimento per recupero e/o smaltimento dei fanghi prodotti presso gli impianti di depurazione gestiti dall'Acquedotto Pugliese S.p.A.",* avente durata di 12 mesi, rinnovabile per un periodo massimo di ulteriori 12 mesi, e un valore totale stimato in 60.900.000,00 €, IVA esclusa, per la durata complessiva di 24 mesi;

-la legge di gara – par. 4.4 del disciplinare – ha previsto la possibilità, per il concorrente, di partecipare alla procedura selettiva in qualità di *gestore in proprio di impianti di smaltimento* o, in alternativa, nella qualità di *intermediario*, così come definito dall'art. 183, c.1 lett. l del d.lgs. 152/2006 e s.m.i;

-si è altresì previsto che il concorrente gestore in proprio di impianti di smaltimento avrebbe potuto partecipare alla procedura di gara quale proprietario, anche in misura minoritaria, di uno o più impianti autorizzati allo smaltimento dei rifiuti individuati con i codici EER 190805, purchè: a) non in possesso di quote, anche minoritarie,

di altri operatori economici che partecipano alla gara; b) non sia proprietario, anche in forma minoritaria, di impianti offerti da altri operatori economici concorrenti, tali circostanze dovendo emergere dalla compilazione del modello allegato 2a;

-al partecipante alla gara in qualità di intermediario è stata richiesta, invece; a) la piena disponibilità degli impianti di recupero/smaltimento autorizzati per i rifiuti individuati con il codice EER 190805, in uno alla produzione delle autorizzazioni e delle visure camerali storiche; b) la conferma della disponibilità degli impianti da parte delle imprese gestori, titolari di autorizzazioni all'esercizio, prevedendosi a carico di questi ultimi soggetti la dichiarazione di disponibilità a ricevere, durante l'esecuzione del contratto, le quantità di rifiuti dichiarate dall'intermediario a mezzo dell'allegato 2b;

-ai sensi dell'art. 5.2 del disciplinare di gara si è previsto che "*Si ribadisce, come già precisato al paragrafo 4.4, che, ai fini del raggiungimento della quantità massima di 50.000 tonnellate, gli operatori economici potranno partecipare unicamente in qualità di "impresa detentrice di impianto/i" o, in caso di intermediari, facendosi rilasciare da altra impresa "dichiarazione di disponibilità a ricevere un quantitativo" di tonnellate annue. Si precisa, in particolare, che sarà considerato detentore di impianto l'operatore economico che abbia anche solo una quota minoritaria in società/imprese in possesso di impianto di recupero/smaltimento; laddove dovesse emergere la presentazione di più offerte riconducibili al medesimo operatore economico, la Stazione appaltante procederà all'esclusione di entrambe le offerte*";

-la società -OMISSIS- ha partecipato alla gara in qualità di intermediario ai sensi dell'art. 183, c. 1, lett. l del d.lgs. 152 del 2006 ed ha utilizzato l'apposito modello allegato 2a al fine di dichiarare di possedere la piena disponibilità di una serie di impianti di recupero-smaltimento autorizzati per i rifiuti individuati con il codice EER 190805, producendo le autorizzazioni e le visure camerali storiche;

-la società ha anche presentato l'allegato 2b con cui le sette imprese gestori titolari di autorizzazioni all'esercizio – tra le quali la -OMISSIS- srl – hanno dichiarato di dare la disponibilità degli impianti a ricevere, per tutta la durata dell'appalto, determinate quantità di rifiuti superiori, complessivamente, alla quantità minima di 50.000 t annue, così come previsto dal par. 3.1. del disciplinare di gara;

Considerato che:

-la -OMISSIS- è stata esclusa dalla gara all'esito della seduta del 10 gennaio 2022 in quanto "*attraverso l'analisi della visura storica allegata ai documenti di gara*" sarebbe emerso che "*-OMISSIS- srl, in difformità con la dichiarazione resa con l'Allegato 2b è, però, proprietario al 100% dell'impianto -OMISSIS-, indicato dal concorrente*

-OMISSIS-, in qualità di intermediario, quale sito di smaltimento messo a disposizione per l'appalto";

-in data 27 gennaio 2022, -OMISSIS- ha chiesto di essere riammessa in gara alla luce di articolate deduzioni difensive e dopo aver avuto accesso agli atti e ai documenti di gara, tra cui in particolare il verbale del seggio di gara n. 1 del 10 gennaio 2022;

-l'istanza sopra citata è stata respinta con nota prot. n. 10344 del 17 febbraio 2022 della stazione appaltante, la quale ha confermato l'esclusione integrandone la motivazione dando risalto alla ritenuta falsità della dichiarazione resa dalla -OMISSIS- srl;

-la -OMISSIS- ha impugnato l'esclusione, la nota di respingimento dell'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento espulsivo, ed ha chiesto di essere riammessa in gara, previa ordine di esibizione alla stazione appaltante di una serie di documenti relativi alla procedura competitiva;

-a sostegno del ricorso la società -OMISSIS- lamenta: 1) l'errata applicazione, da parte della stazione appaltante, delle prescrizioni del disciplinare di gara di cui al paragrafo 4.4. e 5.2., che avrebbe determinato l'introduzione di una causa di esclusione non prevista né dalla legge di gara, né dalla normativa di rango primario, in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, c. 8 del d.lgs. 50/2016 e di tutti i fondamentali principi (pubblicità, trasparenza, proporzionalità, parità di trattamento, massima partecipazione alle gare e *clare loqui*) che presiedono al regolare svolgimento delle procedure di evidenza pubblica; 2) la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 241 del 1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione; 3) illegittimità in via derivata della nota AQP prot. n. 10344 del 17.2.2022; 4) illegittimità in via autonoma della nota AQP prot. n. 10344 del 17.2.2022: eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e in diritto, difetto di istruttoria e di motivazione; violazione e falsa applicazione degli artt. 19, 46 e 47 del D.p.r. 445/2000; violazione, falsa ed erronea interpretazione ed applicazione dell'art. 80, c. 5, lett. f-bis) del d.lgs. 50/2016; violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione; violazione del principio di proporzionalità; eccesso di potere per ingiustizia manifesta;

-la stazione appaltante si è costituita in giudizio per resistere al ricorso del quale ha chiesto il respingimento sulla base di una articolata memoria difensiva;

-la controversia è passata in decisione alla camera di consiglio del 16 marzo 2022, con avviso alle parti ai sensi dell'art. 60 del c.p.a;

Rammentato che:

-l'esclusione dalla gara disposta dalla stazione appaltante nei riguardi della ricorrente è, in sintesi, così motivata: "*il Seggio ha rilevato, attraverso l'analisi della visura storica allegata ai documenti di gara che -OMISSIS- srl, in difformità con la dichiarazione resa con l'allegato 2b è, però, proprietario al 100% dell'impianto -OMISSIS-, indicato dal concorrente -OMISSIS-, in qualità di intermediario, quale sito di smaltimento messo a disposizione per l'appalto*;"

-la stazione appaltante ha poi, respingendo l'istanza di riammissione in gara della -OMISSIS- srl, confermato che *"l'esclusione dal prosieguo delle operazioni di gara di codesto concorrente è stata determinata dalla falsa dichiarazione resa dall'Amministratore Unico dell'impianto -OMISSIS- s.r.l., da voi indicato in gara tra i sette impianti offerti per il recupero e/o smaltimento dei fanghi...infatti, l'Amministratore Unico dell'impianto -OMISSIS- s.r.l., con la dichiarazione resa ai sensi e per gli effetti degli artt. 19, 46 e 47 del D.p.r. n. 445/2000, mediante la compilazione dell'allegato 2b, ha espressamente dichiarato "di dare la disponibilità del/i suo/impianto/i, di cui sia proprietario anche in misura minoritaria, ad un unico operatore economico concorrente"...detta dichiarazione, però, come già rappresentato, è risultata non veritiera, in quanto la stessa società -OMISSIS- s.r.l. è proprietaria al 100% dell'impianto -OMISSIS- s.r.l., indicato dal concorrente intermediario -OMISSIS-, quale sito di smaltimento messo a disposizione per l'appalto. La -OMISSIS- s.r.l., quindi, avendo dichiarato attraverso l'allegato 2b di aver dato la disponibilità di tutti gli impianti da lei posseduti, anche in misura minoritaria, ad un unico concorrente, ha reso una falsa dichiarazione ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lett. f-bis del d.lgs. 50/2016*";

Ritenuto che:

-la sanzione espulsiva prevista dall'art. 80, comma 5, lett. f-bis del d.lgs. 50/2016 trova applicazione nei riguardi dell'"*operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere*";

-la nozione di operatore economico si rintraccia nell'art. 3, lettera p) del d.lgs. 50/2016, in base al quale esso è "*persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE), costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi*";

– l'interpretazione logica della disposizione conduce a ritenere che l'art. 80, comma 5, lette. F-bis) del codice degli appalti riguardi i partecipanti alle procedure di affidamento di questi ultimi e non già le imprese detentrici di impianti dagli stessi indicati per il conferimento finale delle quantità di fanghi ricevute dalla stazione appaltante;

-deve, invero, ritenersi, che l'impresa detentrice di impianto non rivolge un'offerta diretta alla stazione appaltante, a differenza dell'intermediario che partecipa alla gara, ma si limita a mettere a disposizione di quest'ultimo il proprio impianto per l'esecuzione dell'appalto;

-per le ragioni su esposte, la dichiarazione non veritiera resa dall'impresa detentrice di un impianto di smaltimento di fanghi non può provocare in alcun modo l'esclusione dalla gara del soggetto che ad essa partecipa in qualità di intermediario, non potendosi porre a carico di quest'ultimo l'onere di vigilare sul corretto modus operandi del terzo nel segmento di mercato oggetto di appalto pubblico;

– la stessa prescrizione posta al par. 4.4 del disciplinare di gara «*di non possedere quote, anche minoritarie, di altri operatori economici che partecipano alla gara*» e «*di non essere proprietario, anche in forma minoritaria, di impianti offerti da altri operatori economici concorrenti*» è rivolta, peraltro, unicamente al concorrente gestore in proprio di impianti di smaltimento, e non riguarda chi partecipa alla gara in qualità di intermediario, ai sensi dell'art. 183, c. 1, lett. l) del d.lgs. 152/2006;

– la sanzione espulsiva non può, nel caso di specie, in alcun modo trovare applicazione nei riguardi dell'intermediario, perché essa introdurrebbe una ipotesi di responsabilità per fatto altrui, di carattere eccezionale nel nostro ordinamento, e dunque insuscettibile di interpretazione analogica ai sensi dell'art. 14 disp. prel. al codice civile;

-quando il legislatore del codice degli appalti ha inteso fare ricorso, a fini di espulsione dalla gara, alla responsabilità per fatto altrui lo ha espressamente previsto, così come si desume agevolmente dalla lettura dell'art. 80, c. 1 del d.lgs. 50/2016, in forza del quale "*Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura d'appalto o di concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale*, anche riferita ad un suo subappaltatore nei casi di cui all'art. 105, c. 6, *per uno dei seguenti reati…";* nonché dall'esame del comma 5 della medesima disposizione, che stabilisce "*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita ad un suo subappaltatore, nei casi di cui all'art. 105, comma 6 qualora…*";

-il provvedimento di espulsione adottato nei riguardi della ricorrente ha dunque violato il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara, così come previsto dall'art. 83, c.9 del d.lgs. 50/2016;

– la falsità della dichiarazione resa dalla -OMISSIS- srl non può ripercuotersi in danno del concorrente atteso che la circostanza di avere messo a disposizione di più operatori economici il proprio impianto di smaltimento di fanghi è

imputabile esclusivamente alla dichiarante, e non si ripercuote sull'operatore economico partecipante alla gara;

-alla stregua delle suesposte argomentazioni, il ricorso è fondato e va, pertanto, accolto, con annullamento degli atti impugnati, e riammissione in gara della ricorrente;

-le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo;

P.Q.M.

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

Condanna Acquedotto Pugliese s.p.a. al pagamento delle spese processuali che liquida nella complessiva misura di € 1.000,00, oltre rifusione del contributo unificato e agli accessori come per legge

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità della società ricorrente.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere, Estensore

Giacinta Serlenga, Consigliere