

MASSIMA – Obbligo del concorrente di dichiarare l'intervenuta risoluzione ex art. 38 co. 1 lett. f) del Codice Appalti e libera valutazione relativa all'intervenuto errore professionale da parte della S.A.

Consiglio di Stato n. 1184 del 09/03/2015

N. 01184/2015REG.PROV.COLL.

N. 09617/2014 REG.RIC.



IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9617 del 2014, proposto da: Solaris Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Mauro Mengucci, Andrea Santachiara, con domicilio eletto presso la Segreteria della V Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, p.za Capo di Ferro, n. 13;

contro

Consorzio di Cooperative L'Arcolaio - Cooperativa Sociale, La Strada di piazza Grande - Società Cooperativa Sociale Onlus, entrambe in persona del legale rappresentante, rappresentati e difesi dall'avvocato Roberto Manservigi, con domicilio eletto presso Associazione Professional Studio Legale De Vergottini in Roma, Via A. Bertoloni, n. 44; Comune di Bologna, non costituito;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA – BOLOGNA, SEZIONE I, n. 1041/2014, resa tra le parti, concernente affidamento della gestione di una residenza temporanea notturna -mcp-

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio di Cooperative L'Arcoiaio - Cooperativa Sociale e di La Strada di piazza Grande - Società Cooperativa Sociale Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 febbraio 2015 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Mauro Mengucci, Roberto Manservigi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per l'Emilia-Romagna "Consorzio di Cooperative L'Arcoiaio - Cooperativa sociale" e "La Strada di Piazza Grande - Società cooperativa sociale" invocavano: a) l'annullamento della determinazione dirigenziale prot. gen. n. 205712/2014 del 14 luglio 2014, con cui il Comune di Bologna aveva disposto l'aggiudicazione definitiva alla "Solaris - Cooperativa sociale Onlus" della gestione triennale di una residenza temporanea notturna denominata «Rostom», sita in via Pallavicini n. 12; di ogni altra determinazione ad essa collegata, compresi i verbali di gara e il disciplinare (in parte qua), e compresa la nota comunale in data 26 settembre 2014 adottata all'esito dell'informativa ex art. 243-bis del d.lgs. n. 163 del 2006; b) l'accertamento del diritto all'aggiudicazione dell'appalto e al subentro nel relativo contratto, previa declaratoria di inefficacia di quello eventualmente stipulato; c) in via subordinata, del diritto al risarcimento per equivalente monetario.

Il suddetto contenzioso si originava all'esito della definizione della procedura aperta per l'affidamento della gestione triennale di una residenza temporanea notturna denominata «Rostom», sita in via Pallavicini n. 12, con importo a base d'asta pari a € 865.385,00 e con il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Il primo giudice riscontrava positivamente l'iniziativa giurisdizionale promossa, ritenendo fondata, ed assorbente di ogni altra doglianza (ivi compresa quella che lamenta il mancato accesso all'offerta tecnica della controinteressata), la censura con cui le ricorrenti avevano denunciato la mancata esclusione della ditta aggiudicataria, per avere essa omissa di menzionare, in sede di dichiarazione del possesso dei requisiti ex art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, il provvedimento di risoluzione del contratto di gestione di un "centro diurno integrato" adottato a suo carico dal Comune di Arcore in data 18 dicembre 2013 per gravi inadempienze contrattuali, quale ipotesi astrattamente riconducibile alla fattispecie escludente di cui alla lett. f) del comma 1 ("*...che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante*").

3. Con l'odierno gravame l'originaria controinteressata invoca la riforma della sentenza di primo grado, che sarebbe erronea in quanto il servizio posto a gara rientrerebbe tra quelli elencati dall'allegato IIB del d.lgs. 163/2006 e disciplinati ai sensi dell'art. 20, d.lgs. 163/2006. Nell'art 38 d.lgs. 163/2006, non sarebbe indicato l'obbligo di dichiarare situazioni nelle quali una stazione appaltante abbia proceduto all'unilaterale risoluzione del contratto. Peraltro, la tipologia di appalto sarebbe sottratta all'applicazione del citato art. 38. Il comune avrebbe chiesto solo una generica dichiarazione di scienza circa l'insussistenza delle situazioni di cui all'art. 38, mentre non avrebbe

richiesto la segnalazione di risoluzioni contrattuali. La valutazione della stazione appaltante sarebbe al riguardo discrezionale. Inoltre, non vi sarebbe stata alcuna annotazione sul casellario informatico dell'Anac. In ogni caso la stazione appaltante avrebbe dovuto fare ricorso al soccorso istruttorio.

4. Costituitisi in giudizio gli originari ricorrenti, invocano la conferma della sentenza di primo grado e ripropongono i motivi assorbiti dal primo giudice.

5. Con ordinanza n. 5948/2014 la Sezione respinge l'istanza cautelare con la seguente motivazione: *“Considerato che difetta il fumus boni juris, dal momento che a fronte della lex specialis prevista dalla stazione appaltante l'omessa menzione, in sede di dichiarazione del possesso dei requisiti ex art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, del provvedimento di risoluzione del contratto di gestione di un "centro diurno integrato" adottato a carico dell'appellante dal Comune di Arcore in data 18 dicembre 2013 per gravi inadempienze contrattuali, integra, come precisato dal primo giudice, un'ipotesi di esclusione dalla gara (cfr. Cons. St., n. 5763/2014; n. 2889/2014; 1193/2011)”*.

6. Con memoria del 30 gennaio 2015 gli originari ricorrenti evidenziano in relazione al documento, prodotto dall'appellante principale nel corso della camera di consiglio del 16 dicembre 2014, attestante la mancata valutazione in altra procedura di gara alla stregua di inadempimento grave del provvedimento di risoluzione subito dal Comune di Arcore, che il giudizio di esclusione fonderebbe sulla mancata dichiarazione di tale circostanza.

7. In data 10 febbraio 2015 l'appellante deposita memoria di cui non si può tenere conto, perché prodotta tardivamente in violazione di quanto disposto dagli artt. 73, 119, 120 c.p.a.

8. L'appello è infondato e non può essere accolto.

Tra i requisiti generali il bando di gara prevede l'insussistenza di tutte le cause di esclusione di cui all'art. 38. Il fatto che si tratti di un servizio di cui all'allegato IIB non rileva perché l'amministrazione resta libera di auto vincolarsi con l'espressa previsione di tale indicazione anche a pena d'esclusione (Cons. St., Sez. III, 12 novembre 2014, n. 5575). Pertanto, l'odierna appellante aveva l'obbligo di dichiarare l'avvenuta risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 38, primo comma, lett. f), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. La norma appena richiamata, infatti, demanda alla stazione appaltante la valutazione circa il rilievo dell'errore professionale compiuto dall'impresa che aspira alla stipula del contratto, in modo da accertarne l'affidabilità professionale mediante un apprezzamento necessariamente discrezionale.

Da tale premessa consegue che l'Amministrazione, per poter esercitare il proprio potere, deve essere posta a conoscenza degli avvenimenti rilevanti a tale scopo: l'impresa partecipante alla gara deve presentare una dichiarazione esauriente, che permetta alla stazione appaltante una valutazione informata sulla sua affidabilità (salva la sua possibilità di impugnare l'esclusione che ritenga ingiustificata). (Cons. St., Sez. V, 21 novembre 2014, n. 5763).

L'odierna appellante – poiché non ha dichiarato di avere subito la risoluzione in danno di un precedente contratto di appalto – non ha reso conoscibile per la stazione appaltante un elemento rilevante.

Né può fondatamente invocarsi la mancata attivazione del potere del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, dal momento che secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio n. 9/2014, *“il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la*

sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso"; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi".

9. L'appello deve, quindi essere respinto. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo, dovendosi intendere Consorzio di Cooperative L'Arcolaio - Cooperativa Sociale e La Strada di piazza Grande - Società Cooperativa Sociale Onlus, quale unica parte.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

respinge l'appello.

Condanna Solaris Cooperativa Sociale Onlus al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, a favore dell'appellata. Nulla per le spese nei confronti del Comune di Bologna, non costituito.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/03/2015

IL SEGRETARIO

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