

Gravi illeciti professionali: non rileva il rinvio a giudizio per fatti estranei al settore di attività oggetto della gara

di Agostino Sola

Data di pubblicazione: 10-6-2021

“Non ogni condotta penalmente rilevante può essere apprezzata come indizio di inaffidabilità e non integrità dell’operatore economico, ma, per espressa indicazione normativa, solo la condotta suscettibile di integrare un “grave illecito professionale”: l’integrità ed affidabilità di un concorrente va apprezzata nella sua veste di operatore economico, poiché altrimenti sarebbe concessa alla stazione appaltante una valutazione oltre i limiti della funzione”.

Guida alla lettura

La questione giuridica sottesa alla sentenza in commento attiene alla perimetrazione delle ipotesi suscettibili di costituire causa di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

L’art. 80, infatti, disciplina i motivi di esclusione degli operatori economici dalle procedure ad evidenza pubblica, individuando quei requisiti di ordine generale che i concorrenti devono necessariamente possedere per la loro partecipazione a tali procedure.

Tra i motivi di esclusione indicati dalla norma, per quanto di interesse, si segnala la commissione di gravi illeciti professionali che la stazione appaltante ritenga tali da renderne dubbia l’integrità o affidabilità. Si tratta di ipotesi eterogenee nelle quali la stazione appaltante esercita la propria discrezionalità nel valutare se l’illecito contestato sia tale da mettere in dubbio l’affidabilità e l’integrità dell’operatore economico. Le ipotesi sono eterogenee e spaziano da condotte tipizzate dallo stesso art. 80 d.lgs. n. 50/2016 a condotte non tipizzate (quali i provvedimenti sanzionatori esecutivi comminati dall’ANAC o dall’AGCM).

In tema preme osservare come, pur in presenza di ipotesi di “gravi illeciti professionali”, le stazioni appaltanti non possono procedere ad una esclusione automatica dell’operatore economico, ma devono valutare se le condotte contestate possano mettere in dubbio l’affidabilità e l’integrità dell’operatore economico e, in via subordinata, se le eventuali misure di *self cleaning* adottate siano idonee e sufficienti a ristabilire la sua integrità o affidabilità professionale. Si consideri, infatti, come il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione della esistenza di un illecito professionale e sulla sua qualificazione in termini di

gravità tali da minare la affidabilità del concorrente, necessita una **espressa e puntuale motivazione**. *A contrario*, l'ammissione alla gara di una impresa, non ritenendo "rilevanti" le pregresse vicende professionali dichiarate, non necessita di analitica motivazione, potendo risultare anche implicita o *per facta concludentia*, ossia con la stessa ammissione alla gara dell'impresa.

Il giudizio sull'affidabilità ed integrità dell'operatore, conseguente alla commissione di gravi illeciti professionali, poi, deve essere messo **in relazione con il contratto oggetto dell'affidamento**, così da poter declinare in termini relativi e concreti la nozione d'inaffidabilità e assenza d'integrità, ai fini della specifica procedura di gara interessata. La valutazione, infatti, deve essere posta in aderenza al caso specifico. Ed ancora, invece, da un punto di vista temporale la rilevanza della condotta è limitata da quanto previsto dal comma 10 del medesimo art. 80 d.lgs. n. 50/2016.

Alla luce di questo breve *excursus*, ben si può comprendere ora la portata della pronuncia in oggetto.

Nel caso di specie, infatti, il Consiglio di Stato è stato chiamato a **valutare la legittimità** (in termini di logicità, ragionevolezza e proporzionalità) della **valutazione di affidabilità dell'operatore economico**.

L'operatore economico aggiudicatario, infatti, non aveva dichiarato l'esistenza di un procedimento penale a carico del suo rappresentante per il reato di esercizio abusivo della professione medica. Per tale omessa dichiarazione, la stazione appaltante non aveva disposto l'automatica esclusione dalla procedura, ma aveva valutato discrezionalmente l'incidenza dei concreti comportamenti sull'integrità ed affidabilità del concorrente, ritenendoli irrilevanti.

Il Consiglio di Stato ha riconosciuto la correttezza della valutazione espressa dalla stazione appaltante poiché osservava che i fatti contestati non avessero nulla a che fare con lo specifico settore di attività oggetto della procedura di gara.

La valutazione di affidabilità dell'operatore economico per la pendenza di un rinvio a giudizio, infatti, non può estendersi sino ad apprezzare ogni condotta penalmente rilevante ai fini del giudizio di inaffidabilità e non integrità dell'operatore economico: la definizione dell'art. 80, comma 5, lett. c., di "**gravi illeciti professionali**" presume che la condotta contestata sia stata tenuta **in fase di esecuzione** di una prestazione contrattuale o, comunque, in qualche modo **riferibile temporalmente e logicamente** ad una procedura ad evidenza pubblica.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8258 del 2020, proposto da Ministero dell'Interno, in persona del Ministro in carica; Agenzia del Demanio, in persona del Presidente dell'Agenzia in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Simone Nocentini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Augusto Bonazzi, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

-OMISSIS-, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, Sezione seconda, n. -OMISSIS- resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS- e della -OMISSIS-

Visto il dispositivo di sentenza n. 2767 depositato il 6 aprile 2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 marzo 2021, tenuta da remoto con la modalità di cui all'art. 4, ultimo periodo, 30 aprile 2020, n. 28 cui rinvia l'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito in l. 176/2020, e del d.l. 183/2020, conv. in l. 21/2021, il Cons. Federico Di Matteo e data la presenza degli avvocati Bonazzi, Nocentini e dell'avvocato dello Stato Piracci, ai sensi delle disposizioni sopra ricordate;

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato il 2 ottobre 2019 la Prefettura di Arezzo e l'Agenzia del demanio – Direzione regionale per la Toscana e l'Umbria indicevano una procedura di gara per *“l'affidamento per l'ambito territoriale della provincia di Arezzo, del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o*

confisca ai sensi dell'art. 214 bis del D.Lgs. n. 285/92 e s.m.i."

1.1. Espletate le operazioni di gara, l'offerta del r.t.i -OMISSIS-, mandataria, e -OMISSIS-, mandante, risultava prima graduata, con il punteggio di 84,30 punti, mentre seconda graduata era -OMISSIS- con il punteggio di 70,20 punti; con determinazione dirigenziale 17 marzo 2020, prot. 2020/468/R.I., la procedura di gara era aggiudicata al r.t.i. -OMISSIS-.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana -OMISSIS-impugnava il predetto provvedimento di aggiudicazione sulla base di cinque motivi:

- con il primo motivo lamentava la violazione da parte dell'aggiudicatario degli obblighi dichiarativi di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici, come ribaditi nel disciplinare di gara, per non aver dichiarato la pendenza di un procedimento penale per il reato di esercizio abusivo della professione a carico di -OMISSIS- socio amministratore della società mandataria del raggruppamento;

- con il secondo motivo di ricorso assumeva che l'aggiudicatario non aveva reso la specifica dichiarazione, prevista dal capitolato speciale per gli operatori esercenti attività di demolizione/rottamazione, relativa all'obbligo di iscrizione al "*Registro elettronico nazionale per la tracciabilità dei rifiuti*" istituito ai sensi del d.l. n. 135/2018, convertito dalla legge n 12/2019;

- con il terzo motivo di ricorso contestava la presenza di una serie di difformità nella documentazione amministrativa presentata dal raggruppamento aggiudicatario rispetto a quanto previsto dal disciplinare di gara e precisamente la mancanza di una dichiarazione di un tecnico che attestasse, tra le altre, la presenza di vie di accesso e di esodo e la separazione netta dell'area adibita a depositaria da altra area appartenente allo stesso soggetto destinata all'esercizio di altra attività, poiché nella relazione tecnica presentata dall'aggiudicatario era descritta la sola via d'accesso alla depositaria, senza individuazione di alcuna via di esodo, del tutto mancante;

- con il quarto motivo lamentava la mancanza in capo all'aggiudicatario di un requisito tecnico essenziale di gara, ovvero la garanzia dell'intervento sul luogo in cui il veicolo sequestrato/fermato si trova entro trenta minuti dalla richiesta dell'organo accertatore, considerato che, a suo avviso, le imprese componenti il raggruppamento e i relativi subappaltatori risultavano concentrati sui versanti sud ed ovest della provincia di Arezzo, con conseguente totale scopertura del lato nord-est, ossia della zona del Casentino e della Val Tiberina, e data la generica e lacunosa dichiarazione di garanzia di tempestivo intervento in ogni zona del territorio provinciale;

- con il quinto motivo di ricorso deduceva che i vizi prospettati, relativi all'inidoneità della depositaria e all'insufficienza della distribuzione geografica dell'aggiudicatario nella Provincia, avrebbero dovuto determinare l'esclusione dell'offerta presentata dall'aggiudicatario, o in via subordinata, l'attribuzione di un punteggio inferiore rispetto a quello che le era stato attribuito e, comunque, non superiore alla soglia di 42/70 punti necessaria per l'accesso alla successiva fase di valutazione dell'offerta economica.

2.1. Si costituivano in giudizio il Ministero dell'Interno, l'Agenzia del Demanio e il r.t.i. -OMISSIS- che concludevano per il rigetto del ricorso.

In pendenza del giudizio la stazione appaltante procedevano alla verifica dei requisiti dichiarati dall'aggiudicatario, cui, con nota del 6 aprile 2020, richiedevano integrazione documentale che, fornita, consentiva la dichiarazione di efficacia del provvedimento di aggiudicazione con nota del 31 agosto 2020.

Ottenuta a seguito di apposita istanza di accesso documentazione inerente la fase di verifica dei requisiti dichiarati dall'aggiudicatario, -OMISSIS- proponeva motivi aggiunti, estendendo l'impugnazione al provvedimento dichiarativo dell'efficacia dell'aggiudicazione e assumendo in particolare che:

- a) contrariamente a quanto ritenuto in sede di verifica, i precedenti penali non dichiarati al momento della presentazione della domanda di partecipazione, erano comunque incidenti sui requisiti morali;
- b) la -OMISSIS-, mandante del raggruppamento aggiudicatario ed incaricata di svolgere l'attività di demolizione dei veicoli nella misura del 30%, era priva della necessaria iscrizione nell'apposita categoria dell'Albo Nazionale Gestori Ambientali individuata dal disciplinare di gara, non potendosi consentire l'integrazione di tale requisito mediante stipula di un contratto di avvalimento in violazione dell'art. 89 comma 10 del d.lgs. n. 50/2016;
- c) la mancata presentazione di polizze assicurative valide al momento di presentazione dell'offerta a copertura del "rischio di esercizio";
- d) l'inidoneità e la non conformità alle caratteristiche richieste dalla *lex specialis* del sito adibito a depositaria da parte -OMISSIS--OMISSIS-.

2.2. Con la sentenza in epigrafe indicata, il giudice di primo grado accoglieva il ricorso principale e i motivi aggiunti ed annullava i provvedimenti impugnati.

Il tribunale:

- riteneva che la società mandataria del raggruppamento aggiudicatario fosse tenuta a dichiarare il procedimento penale a carico del suo rappresentate per il reato di esercizio abusivo della professione medica, giunto alla fase del rinvio a giudizio, in quanto suscettibile di integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

- precisava che correttamente, giuste le chiare indicazioni fornite dall'Adunanza plenaria nella sentenza 20 agosto 2020, n. 16, la stazione appaltante per la violazione dell'obbligo dichiarativo non aveva disposto l'automatica esclusione dalla procedura, ma aveva valutato discrezionalmente l'incidenza dei concreti comportamenti sull'integrità ed affidabilità del concorrente;

- nondimeno, stimava la valutazione della stazione appaltante illogica ed irragionevole per due

ragioni:

a) per la gravità del reato, perpetrato contro la pubblica amministrazione, ma lesivo dell'interesse generale della collettività e, specialmente, della salute dei soggetti bisognosi di cure, connotato da forte disvalore per le modalità con le quali veniva realizzato considerato che era fatto abuso di professione medica con millanteria ed inganno dei pazienti;

b) per essere il reato contestato da apprezzare unitamente ad altre condanne definitive riportate dal medesimo operatore economico, le quali, se è vero che, ai sensi dell'art. 80, comma 10 – bis) d.lgs. n. 50 del 2016, perdono rilevanza escludente se intervenute ante triennio dall'indizione della procedura di gara, nondimeno, specie se relative a fatti gravi e significativi e relativamente recenti, non perdono "in assoluto" ogni rilevanza, ma possono essere riprese nell'ambito "mezzi adeguati" con i quali l'art. 80, comma 5, citato, consente alla stazione appaltante di dar prova di inaffidabilità e non integrità dell'operatore concorrente;

- concludeva nel senso che la valutazione della stazione appaltante si sarebbe dovuta concludere con un giudizio negativo con conseguente esclusione dalla gara del r.t.i. -OMISSIS-.

3. Propongono appello il Ministero dell'Interno e l'Agenzia del Demanio; si sono costituite in giudizio -OMISSIS- ed -OMISSIS-; quest'ultima ha concluso per l'accoglimento dell'appello.

-OMISSIS- ha depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm. e memoria di replica.

All'udienza del 18 marzo 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con un unico motivo di appello le amministrazioni assumono che la sentenza di primo grado sia stata pronunciata in "*Violazione e falsa applicazione degli artt. 80, commi 5, 10, 10 bis del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. nonché difetto di motivazione*" per aver il giudice ingiustamente ritenuto illogica ed irragionevole la valutazione di affidabilità dell'aggiudicatario.

Argomentano le appellanti che il r.u.p. sia giunto a tale conclusione mantenendo un atteggiamento prudenziale ispirato alla verifica di "oggettivi indici di pericolo" per l'esecuzione dell'appalto; assumendo tale prospettiva è stato ritenuto decisivo, in primo luogo, che i fatti contestati non avessero nulla a che fare con lo specifico settore di attività oggetto della procedura di gara e che perciò non si potesse pervenire ad una determinazione di esclusione dalla procedura in ragione di un mero rinvio a giudizio, dovendo attendere conferma delle condotte fraudolente con una pronuncia di condanna.

D'altronde, sempre ad avviso delle appellanti, le conclusioni del tribunale sarebbero scorrette anche nella parte in cui, pur dando atto che le pregresse condanne perdono rilevanza escludente al trascorrere di un certo periodo di tempo, hanno poi ritenuto che l'amministrazione avrebbe dovuto tenerne conto per formulare un giudizio negativo sull'affidabilità del concorrente: in tal modo l'operatore economico sarebbe così

ingiustamente penalizzato per condanne, risalenti nel tempo, e relative a reati meno gravi di quelle che comportano esclusione automatica per un periodo di cinque anni.

2. Il motivo è fondato.

2.1. In tema di obblighi dichiarativi gravanti sui concorrenti di una procedura di gara, con specifico riguardo a circostanze rilevanti anche nella vicenda oggetto del presente giudizio, la giurisprudenza ha innanzitutto affermato che oggetto dell'obbligo dichiarativo è anche un decreto di rinvio a giudizio (cui va equiparato il caso, come quello odierno, di citazione a giudizio) a condizione, però, che sia relativo a condotte tenute nell'esecuzione di precedenti contratti di appalto, di modo che essa costituisca vicenda professionale suscettibile di essere qualificata come "grave illecito professionale" e purchè sia riferibile ad uno dei soggetti elencati all'art. 80, comma 3, del codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6615).

E' stato poi definito puntualmente il contenuto della valutazione cui è tenuta la stazione appaltante qualora sia venuta a conoscenza di una condotta potenzialmente suscettibile di integrare un "grave illecito professionale" incidente sulla affidabilità e integrità del concorrente (priva di portata escludente automatica come correttamente ritenuto dal giudice di primo grado in adesione alle indicazioni dell'Adunanza plenaria 20 agosto 2020, n. 16). In particolare (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307) è stato precisato che:

- la stazione appaltante è tenuta ad una duplice valutazione: dapprima se si tratti, in ogni aspetto, di un effettivo caso di pregresso "grave illecito professionale" e poi in che termini il fatto che lo integra risulti incongruo rispetto all'affidabilità dell'impresa in vista del particolare contratto per il quale è gara;

- da quest'ultimo punto di vista, il giudizio della stazione appaltante *"non può che investire il fatto in sé, in tutti i suoi profili sostanziali, e non la sola valutazione e il trattamento datogli in sede penale"*, considerato che l'apprezzamento del medesimo fatto in sede penale e da parte dell'amministrazione ex art. 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti pubblici è ben distinto proprio per le diverse finalità istituzionali della valutazione e gli inerenti parametri normativi;

- non occorre un giudicato sulla vicenda addebitata al concorrente per poterne trarre ragioni di inaffidabilità o non integrità giustificanti la sua esclusione (e cioè che il fatto sia stato accertato in sede penale con sentenza definitiva), poiché l'amministrazione è investita di un autonomo e distinto apprezzamento in funzione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara;

- in definitiva l'amministrazione è chiamata a svolgere *"un sillogismo giuridico complesso che si articola su due livelli, dalla cui integrazione discende la complessiva verifica del grave illecito professionale a effetto escludente: da un lato occorre che il comportamento pregresso assuma la qualificazione oggettiva di comportamento in grado d'incrinare l'affidabilità e integrità dell'operatore nei rapporti con l'amministrazione; dall'altro, il fatto così qualificato va messo in relazione con il contratto oggetto dell'affidamento, così da poter declinare in termini relativi e concreti la nozione d'inaffidabilità e assenza d'integrità, ai fini della specifica procedura di gara interessata"*.

2.3. Alla luce di tali principi la decisione della stazione appaltante di ammettere il r.t.i. -OMISSIS- alla procedura di gara *de qua* è corretta e legittima.

Relativamente al reato di abusivo esercizio della professione due sono le ragioni evidenziate dal R.u.p. nella relazione del 31 agosto 2020, cioè l'attuale pendenza del procedimento penale e la circostanza che la condotta contestata *"fa riferimento ad un ambito non attinente con il servizio oggetto di gara"*.

Se la prima ragione di per sé non costituisce motivo sufficiente ad escludere la rilevanza della condotta, lo è certamente la seconda: non ogni condotta penalmente rilevante può essere apprezzata come indizio di inaffidabilità e non integrità dell'operatore economico, ma, per espressa indicazione normativa, solo la condotta suscettibile di integrare un *"grave errore professionale"*, tale essendo la condotta tenuta in fase di esecuzione di una prestazione contrattuale o, comunque, in qualche modo riferibile temporalmente e logicamente ad una procedura di affidamento di contratti pubblici (cfr. sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307, spec. par. 4.3., secondo cui *"quel che conta però per la scelta del contraente di un nuovo contratto è la pregressa presenza di omissioni, mancanze o scorrettezze nell'adempimento dei doveri nascenti dagli impegni nella propria attività economica, tali che possono adeguatamente portate a qualificare l'operatore come non affidabile per ulteriori contratti pubblici"*).

L'integrità ed affidabilità di un concorrente va apprezzata nella sua veste di operatore economico, poiché altrimenti sarebbe concessa alla stazione appaltante una valutazione oltre i limiti della funzione esercitata che è quella di pervenire alla scelta del miglior contraente cui affidare l'esecuzione del contratto pubblico e sovrapponendo l'un giudizio, sulla idoneità del contraente ad eseguire il contratto, all'altro, quello relativo al possesso dei requisiti di idoneità morale che costituiscono il requisito generale per contrattare con una pubblica amministrazione (e la cui assenza è sottoposta alla diversa disciplina dell'esclusione automatica dalla procedura ai sensi dell'art. 80, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016).

Correttamente pertanto il r.u.p. ha arrestato la sua valutazione alla prima fase del sillogismo giuridico sopra indicato: la condotta contestata non era suscettibile di integrare un *"grave errore professionale"* e per questa ragione non era possibile passare alla valutazione dell'episodio contestato, delle modalità con le quali si era svolto.

2.4. Corretta è stata anche la decisione della stazione appaltante di non tener conto degli altri precedenti penali accertati e segnatamente della condanna riportata dal legale rappresentante della mandataria per falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico, come pure delle condanne per i reati in materia di trattamento dei rifiuti riportate dal legale rappresentante della mandante, in punto di valutazione di affidabilità dell'operatore economico (medesimo discorso varrebbe ove si volesse ipotizzare, come fa l'appellata nella sua memoria difensiva, che i reati relativi al trattamento dei rifiuti per i quali la mandante è stata condannata siano riconducibili alla causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. a) del codice dei contratti pubblici): si trattava di condanne risalenti nel tempo, emesse nel 2013 con riferimento a fatti commessi diversi anni prima.

Sul punto la sentenza di primo grado, ipotizzando il recupero dei precedenti penali non più

attuali, come “mezzi di prova” idonei a contestualizzare la valutazione di inaffidabilità e non integrità dell'operatore economico, finisce per disapplicare il limite della rilevanza temporale delle condotte suscettibili di integrare ragioni di esclusione dalla procedura di gara fissato dall'art. 80, comma 10 – *bis*) del codice dei contratti pubblici (sul cui significato si rinvia a Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6635; V, 26 ottobre 2020, n. 6534), il quale, peraltro, fissa tale limite temporale di rilevanza non solo per le cause di esclusione di cui al comma 5 dell'art. 80, ma nella sua prima parte (“*Nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma 10, se la pena principale ha una durata inferiore, rispettivamente a sette e cinque anni di reclusione, la durata dell'esclusione è pari alla durata della pena principale*”) anche per quelle fondate sull'esistenza di condanne penali, unitamente al limite temporale previsto, sempre per il caso di condanne penali, dal comma 10 dell'art. 80.

La ricorrente, pertanto, non avrebbe potuto limitarsi ad affermare, come fatto in memoria, che le condanne penali per i reati ambientali riportate dai vertici della mandante erano causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 1, del codice, ma considerato il ragionamento svolto dal giudice di appello – che ha ritenuto le stesse solo utili come “mezzi di prova” dell'inaffidabilità del concorrente e, dunque, come cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, del codice – avrebbe dovuto proporre autonomo motivo di ricorso per affermare la ricorrenza di una ragione di esclusione automatica, il cui limite temporale di rilevanza non era ancora superato, contrariamente a quanto ritenuto dalla stazione appaltante.

3. Vanno esaminati i motivi di ricorso riproposti da -OMISSIS- in quanto assorbiti dal giudice di primo grado.

3.1. Con il primo motivo la ricorrente aveva sostenuto la necessità dell'esclusione dalla gara del r.t.i. -OMISSIS- per “*Violazione e/o falsa applicazione artt. 80, 83 e 85 del D.lgs. 50/2016, dl. 135/2018 conv. in l. 12/2019, d.lgs. n. 209/2003; violazione della lex specialis; eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza dei presupposti e di motivazione, travisamento*”, ciò in quanto la mandante del raggruppamento, -OMISSIS- e la ausiliaria -OMISSIS- non avevano reso la specifica dichiarazione richiesta dal capitolato speciale alle società esercenti l'attività di demolizione/rottamazione di “*essere obbligato all'iscrizione al “Registro elettronico nazionale per la tracciabilità dei rifiuti”*”, istituito ai sensi del decreto – legge n. 135/2018, convertito dalla legge n. 12/2019, nonché al rispetto degli adempimenti derivanti dall'iscrizione al medesimo registro”, avendo entrambe dichiarato di non essere assoggettate all'iscrizione nel registro REN – Registro elettronico nazionale delle imprese che esercitano la professione di trasportatore su strada, che è tutt'altro adempimento.

3.1.1. Il motivo è infondato.

Per quanto corrisponda al vero che le due società al momento della trasmissione del DGUE non avessero reso la dichiarazione relativa all'obbligo di iscrizione “*Registro elettronico nazionale per la tracciabilità dei rifiuti*” (se, cioè, fossero tenute o meno all'iscrizione), tale carenza documentale risulta successivamente sanata in esito a specifica richiesta dalla stazione appaltante, come è dato evincere dalla già citata nota del R.u.p. del 31 agosto 2020, relativa all'esito delle verifiche ai fini dell'aggiudicazione in cui si dà atto che “*Sono pervenute in data 27/05/2020 le dichiarazioni di -OMISSIS-sull'obbligo di iscrizione al Registro*

tracciabilità rifiuti (non appena sarà reso operativo)".

3.2. Nel secondo motivo riproposto varie sono le ragioni di *"violazione e falsa applicazione art. 81 e ss. d.lgs.vo n. 50/2016 e del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto dei presupposti, carenza di motivazione"* che, secondo la ricorrente, avrebbero dovuto comportare l'esclusione dell'impresa aggiudicataria per inadeguatezza dell'offerta e non corrispondenza alle richieste del capitolato tecnico, in particolare:

a) l'aver attestato nella relazione tecnica depositata unitamente alla documentazione amministrativa l'esistenza di una sola via di accesso alla depositaria, laddove, invece, il disciplinare di gara, al par. A.3, richiedeva l'esistenza di vie di accesso e di esodo;

b) l'aver omesso di precisare che l'area di accesso alla zona destinata a depositaria del complesso immobiliare indicato dall'aggiudicataria era adibita e destinata ad altra attività, di officina meccanica e carrozzeria, con conseguente confusione e commistione tra le diverse attività economiche e reciproco pregiudizio delle stesse;

c) l'aver offerto un'area per la depositaria con accesso estremamente difficile (specialmente per camion e autoarticolati) per le ridotte dimensioni degli spazi (il corsello comune per giungere al deposito aveva una lunghezza di circa 5 m) e l'ostruzione dovuta alla presenza costante di autoveicoli ivi parcheggiati;

d) l'aver attestato nella richiamata relazione tecnica la presenza di una netta separazione dell'area della depositaria dall'area destinata ad altra attività commerciale della società, mediante una alta recinzione e aver specificato che all'interno dell'area della depositaria fosse presente una superficie al chiuso destinata a parcheggio dei veicoli incidentati, sebbene tale area al chiuso non sia stata evidenziata dal tecnico né la circostanza potrebbe essere ricavata dalla planimetria allegata alla relazione.

3.2.1. Il motivo è infondato.

E' vero che il disciplinare di gara al par. A.3 prevedeva che nella Relazione tecnica (che le imprese partecipanti erano tenute a trasmettere alla stazione appaltante) fosse attestato *"che la destinazione dell'area ove è ubicata la depositaria (è conforme/compatibile al piano regolatore corrente nonché alle leggi vigenti, alle norme urbanistiche e) presenti vie di accesso e di esodo"*, ma è altrettanto vero, come evidenziato dalla stazione appaltante, che non era specificato che le due vie dovessero essere separate, per cui si deve ritenere che le stesse potessero anche coincidere, cioè che la stessa via potesse consentire al tempo stesso l'accesso all'area e l'esodo da essa.

L'attestazione, in conformità alle richieste del disciplinare, della netta separazione dell'area della depositaria *"da altra area appartenente allo stesso soggetto e destinata all'esercizio di altra attività commerciale"*, è confermata dalla planimetria della *"area depositaria"* versata in atti, ove è evidenziata la recinzione dell'area di deposito che risulta in questo modo separata dall'altra area di cui si compone il complesso di titolarità del concorrente; la possibilità che vi sia confusione e commistione tra le diverse attività svolte dalla concorrente è meramente

supposta e priva di qualsivoglia valido riscontro.

Irrilevante risulta, in assenza di diversa disposizione del disciplinare di gara, sia la circostanza del carattere di bene comune a tutte le unità immobiliari insistenti sul fabbricato del resede che circonda l'immobile compreso il corsello per giungere alla depositeria, sia la difficoltà di accesso all'area, peraltro meramente supposta dal ricorrente e, certamente, non assumibile a ragione di esclusione dalla procedura.

Da ultimo è ancora meramente supposta e non provata la asserita non corrispondenza alla reale situazione di fatto della attestata (nella relazione tecnica) presenza all'interno dell'area destinata a depositeria di una superficie di mq 141 riservata al parcheggio di veicoli incidentati, la quale, invece, risulta chiaramente indicata nella planimetria allegata proprio come "area veicoli incidentati mq 141"; come pure è frutto di mera congettura l'incapacità dell'area destinata a depositeria ad accogliere tutti i veicoli che si renderà necessario prendere in carico negli anni di durata del contratto.

3.3. Con il terzo motivo l'esclusione dell'aggiudicatario era stata reclamata in conseguenza della *"Violazione e/o falsa applicazione artt. 68 e 94 del D.lgs. 50/2016, violazione del Capitolato tecnico. Eccesso di potere per travisamento, difetto di istruttoria, carenza di motivazione"* ovvero per asserita difformità dell'offerta rispetto alle specifiche tecniche contenute nella legge di gara; più esattamente, l'offerta del r.t.i. aggiudicatario non garantirebbe l'intervento sul luogo in cui il veicolo sequestrato/fermato si trova nel tempo di trenta minuti dalla chiamata dell'organo accertatore.

La ricorrente ha argomentato tale conclusione sulla base della proposta tecnica dell'aggiudicatario laddove, per le zone della provincia *"ove i tempi di intervento potrebbero non rispettare i limiti temporali imposti"*, vale a dire quelle lontane delle sedi delle imprese raggruppate e dei subappaltatori, era assunto l'impegno a far *"stazionare personale al fine di garantire il rispetto dei tempi di intervento"*: tale forma di intervento, mediante *"stazionamento del personale"* è secondo la ricorrente *"abbastanza improbabile per non dire impossibile"*, perché imporrebbe che per l'intera giornata (24 ore su 24) sia mantenuto in attesa personale pronto all'intervento, il quale, peraltro, non potrebbe sapere quale sia il mezzo più idoneo, tra quelli a disposizione, per l'intervento, dipendendo dalle circostanze concrete della natura del veicolo fermato o sequestrato, così che l'offerta sarebbe stata generica e lacunosa.

3.3.1. Il motivo è infondato.

Ancorché il profilo in esame dell'offerta tecnica del r.t.i. aggiudicatario potesse essere considerato meritevole di approfondimento, non per questo può assumersi la difformità dell'offerta tecnica rispetto alle richieste dalla stazione appaltante.

Occorre infatti tener conto del fatto che l'art. 2 del capitolato tecnico – prescrivendo che *"il custode – acquirente deve garantire: ...b) l'intervento sul luogo in cui il veicolo sequestrato/fermato si trova, con un veicolo tecnicamente idoneo al recupero, entro 30 minuti prima dalla richiesta dell'Organo Accertatore"* – imponeva solamente di assumere l'impegno ad adempiere nei tempi imposti, senz'altro richiedere.

Ciò posto, le difficoltà ipotizzate dalla ricorrente a mantenere l'impegno assunto per la dislocazione delle sedi delle imprese raggruppate (concentrate sui versanti sud e ovest della provincia di Arezzo) e la concreta impossibilità di garantire lo "stazionamento del personale" promesso, possono aver rilievo in fase di esecuzione del contratto, poiché, al solo esame dell'offerta, non v'è valida ragione per escludere che l'operatore economico sia effettivamente in grado di organizzare il servizio mediante lo stazionamento di suo personale presso punti predefiniti con idonei veicoli per poter tempestivamente (e, comunque, nei limiti temporali stabiliti) intervenire ove richiesto.

3.4. Con il quarto motivo le doglianze della ricorrente avevano riguardato il punteggio che la commissione giudicatrice aveva assegnato all'offerta del raggruppamento aggiudicatario, punteggio ritenuto manifestamente errato ed irragionevole per eccesso in special modo relativamente al primo parametro costituito dalla "modalità di svolgimento ordinario del servizio"; la ricorrente aveva dedotto che per l'inidoneità della depositaria e l'insufficienza della distribuzione geografica delle sedi, la controinteressata avrebbe meritato una valutazione, se non di "scarsità" (con conseguente attribuzione del coefficiente di 0,1), quanto meno di "carente" (con un coefficiente di 0,3), entrambi inidonei al superamento della soglia di sbarramento fissata in 42/70.

Anche in relazione agli altri parametri, relativi alle "*modalità di gestione delle situazioni straordinarie*" e alle "*modalità di gestione informatica*", la ricorrente aveva sostenuto che l'aggiudicatario avrebbe meritato un punteggio inferiore, per talune incongruenze sulla tempistica di inserimento dei dati ed incertezze sulle modalità di funzionamento del software.

3.4.1. Il motivo è infondato.

Il punteggio attribuito dalla commissione giudicatrice all'offerta del r.t.i. aggiudicatario costituisce l'esito di una valutazione complessiva della prestazione promessa in fase di ordinario svolgimento del servizio, tenendo conto della "*qualità, della adeguatezza e completezza della metodologia esposta rispetto a quanto previsto per l'espletamento del servizio per il recupero, la custodia e la vendita dei veicoli, tenendo conto della dotazione tecnica dell'operatore e della distribuzione dello stesso sul territorio*", valutazione che non può ritenersi inficiata per la sola ragione della disomogenea distribuzione sul territorio delle sedi delle imprese raggruppate e dei subappaltatori, essendo questa solamente uno dei profili che il disciplinare di gara richiedeva la commissione dovesse soppesare.

Vero è invece che il giudizio di "*sufficienza*" (con coefficiente 0,6), a fronte della possibilità di assegnare giudizi anche più lusinghieri (da "*adeguato*" fino ad "*eccellente*" con il coefficiente di 1) significa che la commissione ha ragionevolmente soppesato ogni specifico profilo dell'offerta, ritenendo che la carenza dell'uno potesse essere compensata dalla superiorità nell'altro.

In sostanza, il giudizio conclusivo reso dalla commissione giudicatrice si sottrae alle critiche che vengono rivolte dalla ricorrente proprio perché si tratta di un giudizio di sufficienza, reso all'esito della complessiva valutazione dei punti "forti" come di quelli più "deboli" della proposta tecnica del controinteressato.

Quanto detto vale anche per gli altri parametri, per i quali, peraltro, la censura della ricorrente risulta essere, prima ancora che infondata, inammissibile per la sua genericità e mancanza di allegazione a supporto di quanto meramente affermato.

3.5. Con il quinto motivo riproposto era stata reclamata l'esclusione dell'aggiudicatario dalla procedura per "*Violazione e/o falsa applicazione artt. 83 e 89 D.lgs. 50/2016. Violazione del disciplinare di gara. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e carenza dei presupposti*": la ricorrente aveva dedotto la nullità del contratto di avvalimento stipulato dalla -OMISSIS-, incaricata dell'attività di demolizione dei veicoli nella misura del 30%, con la -OMISSIS- avente ad oggetto l'acquisizione del requisito di qualificazione dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la categoria 5 – codice CER 16.01.04, del quale la prima era sprovvista; in particolare tale contratto si poneva in contrasto con l'art. 89, comma 10, del codice dei contratti pubblici che vieta l'avvalimento per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'art. 212 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152: il r.t.i. -OMISSIS- doveva, dunque, essere escluso per carenza di uno dei requisiti richiesto dalla *lex specialis* in capo agli operatori esercenti proprio l'attività di demolizione/rottamazione.

3.5.1. Il motivo è irricevibile.

La ricorrente dichiara espressamente di aver proposto il predetto motivo nel giudizio di primo grado mediante motivi aggiunti dopo aver effettuato la seconda domanda di accesso agli atti ed aver acquisito copia dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la categoria 5 – Codice CER 16.01.04 della sola ausiliaria -OMISSIS-.

Senonché la mancata iscrizione della -OMISSIS- all'Albo Nazionale Gestori Ambientali era circostanza che la società avrebbe potuto verificare anche senza necessità di acquisire copia dei documenti prodotti dalla componente il raggruppamento controinteressato mediante verifica presso l'ente tenentario del registro.

In sostanza, sapendo che l'iscrizione all'Albo era richiesto quale requisito di partecipazione dalla *lex specialis* per tutti gli operatori esercenti l'attività di demolizione/rottamazione e che lo stesso, per espressa disposizione di legge, non era passibile di avvalimento, la ricorrente ben poteva, anche senza effettuare accesso ai documenti, aver contezza della sua mancanza in capo alla mandante del raggruppamento entro l'originario termine di impugnazione decorrente dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione.

A tutto voler concedere, inoltre, la ricorrente avrebbe dovuto richiedere (ed acquisire) la dichiarazione dell'ausiliaria alla stazione appaltante (del 27 novembre 2019) avente ad oggetto l'elencazione delle risorse messe a disposizione della concorrente con la prima istanza di accesso, così da poter rispettare il termine ordinario per la presentazione del ricorso.

Siccome non è consentito far valere con motivi aggiunti nel corso del giudizio vizi dei provvedimenti impugnati che potevano essere fatti valere quali motivi del ricorso introduttivo del giudizio, pena la violazione del termine per ricorrere (Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2018, n. 429), il motivo di ricorso non può essere esaminato.

3.6. Con il sesto motivo è stata sostenuta l'esclusione del raggruppamento aggiudicatario dalla procedura di gara per *"Violazione e/o falsa applicazione art. 80 e ss. D.lgs. n. 50/2016 e del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto dei presupposti, carenza di motivazione"*, in particolare per la carenza del requisito del possesso di valida polizza assicurativa a copertura del *"rischio di esercizio"* con effetti alla data di presentazione dell'offerta e fino al momento di esecuzione del contratto.

3.6.1. Il motivo è infondato.

La ricorrente ritiene inidonea alla copertura del *"rischio di esercizio"* la polizza assicurativa n. 320795 (vigente fino dal 18 febbraio 2014 al 18 febbraio 2023) perché dalla sua lettura non si evince il rischio assicurato; però la stessa è a copertura della *"attività artigianale/industriale di Codice attività 040 Carrozzeria per qualsiasi tipo di veicoli"*, per cui il rischio coperto risulta comprensivo dell'intera attività lavorativa svolta dall'assicurato.

Viepiù conferma tale conclusione proprio la nota denominata *"Condizioni particolari"* in cui è detto *"con maggior precisazione di quanto indicato in polizza relativamente alla attività svolta"* che il rischio assicurato è rappresentato da *"officina meccanica, compreso elettrauto e lavori di carrozzeria, soccorso stradale con ripristino condizioni sicurezza viabilità, attività di trasporto terzi, traslochi, facchinaggio con recupero e deposito giudiziale"*; è ben vero che tale nota pare riferita ad una polizza avente numero diverso da quella di cui si discute (e precisamente n. 320541), ma è chiaro che essa vale ad esprimere la comune intenzione delle parti relativamente all'oggetto del contratto, onde può essere utilizzata a supporto dell'interpretazione del contratto, peraltro, di contenuto già ampio.

3.7. Con l'ultimo motivo erano state sviluppate ulteriori censure alla luce delle risultanze dell'attività di verifica dei requisiti condotta dal r.u.p. e, in particolare, per l'esito del sopralluogo nell'area adibita a depositaria operato dai tecnici incaricati, conclusosi con un verbale cui la ricorrente aveva avuto accesso in seguito alla presentazione della seconda istanza; in particolare:

a) sarebbe stata accertata la presenza di una porzione di manufatto insistente sull'area da adibire a depositaria non rappresentato nella planimetria prodotto dalla -OMISSIS--OMISSIS- e destinata a restringere fortemente la superficie scoperta sfruttabile al di sotto dei mq 1237 dichiarati in sede di relazione tecnica;

b) sarebbe stata ritenuta inadeguata la recinzione dell'area per aver i tecnici prescritto la necessità di una delimitazione in sommità resa più solida con la recinzione inferiore e la necessità di rendere apribili due finestre da 1,5 mq provviste di comando manuale ad altezza d'uomo e di ripristinare la protezione anti olio del pavimento, requisiti però che dovevano essere già presenti al momento in cui la proposta tecnica veniva formulata alla stazione appaltante e la cui assenza, accertata in sede di sopralluogo, non può essere rimediata quando il contratto dovrebbe avere esecuzione;

c) avrebbe ricevuto conferma il carattere promiscuo delle vie di accesso e di esodo, con le conseguenze già evidenziate in altro motivo di ricorso in punto di rischio di congestioni;

d) sarebbe stata confermata l'assenza di "netta" separazione tra le aree adibite a diverse attività, avendo le immagini del sopralluogo evidenziato come la separazione delle aree fosse operata mediante "semplici paletti stradali collegati con delle catene";

e) sarebbe confermato l'uso promiscuo del medesimo tratto di area per l'accesso alla depositaria;

f) sarebbe risultato particolarmente difficoltoso l'ingresso al sito richiedendo l'invasione dell'opposta corsia di marcia e l'ausilio di tre persone con interruzione del traffico veicolare lungo la carreggiata.

3.7.1. Il motivo è infondato.

La ricorrente ha in sostanza ripreso ragioni di contestazioni già esposte in precedenti motivi e già ritenute infondate, in particolare quanto al carattere promiscuo delle vie di accesso e di esodo dall'area, all'assenza di separazione tra le aree adibite a diversa attività, all'uso promiscuo del corridoio di accesso alla depositaria. Quanto alle altre censure è sufficiente precisare che la presenza di un manufatto – peraltro individuato nella planimetria presente agli atti – all'interno dell'area di deposito recintata non comporta una riduzione dei metri quadrati a disposizione, considerato che la stessa costituisce solamente una "piazzola"; nello stesso verbale di sopralluogo era richiesto solamente che l'area fosse "liberata" dagli ingombri, evidentemente reputandola utilizzabile quale depositaria.

Identico discorso può farsi in relazione alla recinzione: il verbale di sopralluogo conferma quanto attestazione dal perito tecnico nella sua relazione e la prescrizione degli agenti di renderla più solida non è, in alcun modo, dimostrativa dell'originaria carenza del requisito strutturale.

Infine, relativamente alle difficoltà di manovra, la censura non è in alcun modo condivisibile, non fosse altro che per il fatto che le manovre condotte hanno comunque avuto buon esito, ossia è stata dimostrata la possibilità di utilizzo dell'area anche da parte di autoarticolati.

4. In conclusione, l'appello del Ministero dell'Interno e dell'Agenzia del demanio va accolto e, in riforma della sentenza di primo grado, respinto integralmente il ricorso introduttivo del giudizio di -OMISSIS-.

5. Le spese di entrambi i gradi del giudizio possono essere compensate per la peculiarità delle questioni poste con i motivi di ricorso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana n. -OMISSIS- respinge il ricorso di primo grado di -OMISSIS-.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.