

E' conforme alla Costituzione e al diritto eurounitario il principio della c.d. invarianza della graduatoria.

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 22-11-2021

L'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 fissa la regola di invarianza della graduatoria concorsuale e di irrilevanza delle sopravvenienze. Pertanto, una volta annullata l'aggiudicazione precedente, la stazione appaltante non ha affatto l'obbligo di rinnovare l'intera procedura a gara ma deve procedere allo scorrimento della graduatoria con affidamento alla seconda classificata, con offerta valutata come non anomala dall'Amministrazione.

L'art. 95 del Codice dei contratti pubblici stabilisce che «ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte» (comma 15).

La norma esprime il principio della c.d. invarianza della graduatoria, secondo il quale la graduatoria si cristallizza una volta giunti all'aggiudicazione definitiva. Essa opera da limite, oltre il quale non può più procedersi alla rideterminazione della graduatoria ormai consolidatasi^[1].

Infatti, il principio in esame preclude all'Amministrazione, successivamente all'aggiudicazione definitiva, la possibilità di rideterminare, ora per l'allora, tutti i punteggi attribuiti dalla Commissione giudicatrice. In sostanza, non è possibile elaborare una nuova graduatoria all'esito dell'esclusione di un concorrente che non avrebbe dovuto essere ammesso alla gara.

Conseguentemente, dopo l'aggiudicazione definitiva, l'esclusione di un concorrente può consentire soltanto di procedere allo scorrimento della graduatoria, senza alcun ricalcolo e modifica dei punteggi attribuiti, sulla base dei quali si è predisposta la graduatoria finale.

La *ratio* delle norma in parola consiste nell'impedire l'alterazione della trasparenza e della correttezza del confronto concorrenziale, potenzialmente correlata alla partecipazione di fatto di un concorrente solo successivamente estromesso della gara.

Quello espresso dall'art. 95, comma 15, del Codice degli appalti è un principio conforme al dettato costituzionale e non «contrasta con il diritto eurounitario».

Infatti, osserva il Collegio, la norma in parola è conforme con il quadro costituzionale perché applicativa dei «principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, declinat(i) sotto i profili specifici della trasparenza, celerità, efficienza dell'azione». Inoltre, è compatibile con il diritto U.E. perché tende «a limitare l'uso strumentale della giustizia mediante la

promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria mossi dall'unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest'ultima traendone vantaggi». Per tali salienti motivi la regola in questione, lungi dall'essere incompatibile con il diritto U.E., si appalesa, viceversa, «funzionale ai valori sovranazionali della effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo».

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 11/11/2021

N. 07533/2021REG.PROV.COLL.

N. 04705/2021 REG.RIC.

N. 05069/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4705 del 2021, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Aldo Travi, Claudia Sarrocco, Federico Novelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Greco, Bruno Nascimbene, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa

dall'avvocato Carmelo Barreca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Invernizzi, Massimo Luciani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Massimo Luciani in Roma, I.go Tevere Raffaello Sanzio 9;
-OMISSIS-, non costituito in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 5069 del 2021, proposto da
-OMISSIS- in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmelo Barreca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Greco, Bruno Nascimbene, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Aldo Travi, Claudia Sarrocco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Invernizzi, Massimo Luciani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Massimo Luciani in Roma, I.go Tevere Raffaello Sanzio 9;

per la riforma

quanto al ricorso n. 4705 del 2021:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per La Lombardia (sezione Quarta) n. -OMISSIS-, resa tra le parti,

quanto al ricorso n. 5069 del 2021:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per La Lombardia (sezione Quarta) n. -OMISSIS-, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del-OMISSIS-, -OMISSIS--OMISSIS-,-OMISSIS- e di -OMISSIS-, -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2021 il Consigliere Giuseppe Rotondo e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Claudia Sarrocco, Guido Greco, Bruno Nascimbene, Roberto Invernizzi, Massimo Luciani e Carmelo Barreca Carmelo Barreca, Angelo Clarizia, Claudia Sarrocco, Guido Greco, Bruno Nascimbene, Roberto Invernizzi e Massimo Luciani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il complesso contenzioso origina dalla gara di appalto indetta dal -OMISSIS- per l'aggiudicazione dell'appalto inerente il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, delle connesse prestazioni accessorie di igiene urbana e di gestione della Tari.

2. La procedura, indetta col metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, veniva avviata nel 2018.

2.1. Il gestore uscente era l'impresa -OMISSIS-, che, nelle more del nuovo affidamento del servizio, ha continuato a svolgere l'attività in regime provvisorio.

2.2. La gara veniva aggiudicata al -OMISSIS-. con provvedimento dirigenziale 25 luglio 2019. Al secondo posto risultava -OMISSIS-e al terzo posto -OMISSIS-.

3. All'esito della procedura di gara, venivano promossi due distinti ricorsi dinanzi al T.a.r. per la Lombardia.

4. Il primo (n.r.g. 1832/2019), da parte del gestore uscente -OMISSIS-.

4.1. Nell'ambito di tale giudizio, venivano proposti:

- ricorso incidentale, da parte di -OMISSIS- (contro la mancata esclusione di -OMISSIS- dalla gara e per la rideterminazione dei punteggi assegnati);

- ricorso incidentale, da parte di -OMISSIS-;

-motivi aggiunti da parte della ricorrente principale e dalle ricorrenti incidentali.

4.2. L'incrocio di tali ricorsi si doveva, altresì, al fatto che, successivamente all'aggiudicazione (disposta con determinazione dirigenziale n. -OMISSIS-, e dichiarata efficace con

determinazione dirigenziale n. -OMISSIS- ai sensi dell'art. 32, comma 7, del codice dei contratti pubblici), l'impresa -OMISSIS- si era vista dapprima sospendere e poi annullare in autotutela, con determinazione dirigenziale n. -OMISSIS-, le pregresse determinazioni di aggiudicazione (n. -OMISSIS- e n. -OMISSIS-) e, successivamente, sostituita nell'affidamento dal-OMISSIS-(con determinazione n. -OMISSIS-).

4.2. La sospensione dell'aggiudicazione, e il successivo annullamento all'esito delle istruttorie procedurali, originava dalle indagini penali avviate nei confronti di -OMISSIS- e del suo Amministratore dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di -OMISSIS-, nonché dalla verifica circa il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale dell'impresa che dava esito negativo tenuto conto della pronuncia del CGRS n. -OMISSIS- (che aveva dichiarato l'inefficacia di un contratto stipulato dall'Amministrazione comunale di -OMISSIS- con -OMISSIS- per causa imputabile alla impresa, determinando così la perdita della capacità tecnica e professionale relativa al requisito della esecuzione di servizi analoghi nel triennio 2015/2017).

4.3. Da queste sopravvenienze fattuali, la proposizione di ulteriori motivi aggiunti da parte di -OMISSIS- e -OMISSIS-, volti a contestare, secondo i rispettivi interessi, l'annullamento dell'aggiudicazione e l'affidamento del servizio in favore -OMISSIS-, cui faceva replica, da parte di quest'ultima, la proposizione di due ricorsi incidentali (sempre nel ricorso RG 1832/2019).

5. Il ricorso n.r.g. -OMISSIS- veniva proposto dall'impresa -OMISSIS-per contestare gli atti di aggiudicazione del servizio in favore -OMISSIS--.

6. Il T.a.r. per la Lombardia, previa riunione dei gravami, con sentenza -OMISSIS-, così provvedeva:

A) quanto al ricorso n. 1832/2019:

A.1. respingeva i due ricorsi per motivi aggiunti proposti da -OMISSIS-;

A.2. respingeva il ricorso per motivi aggiunti del 22 febbraio 2021 proposto da -OMISSIS-;

A.3. dichiarava, infine, l'improcedibilità:

aa) del ricorso principale e dei successivi ricorsi per motivi aggiunti proposti da -OMISSIS- il 26 settembre 2019 e il 6 ottobre 2019 per sopravvenuta carenza di interesse all'impugnazione (ex art. 35 del c.p.a.), in quanto rivolti contro l'originaria aggiudicazione del 2019, in seguito annullata in autotutela del-OMISSIS-;

ab) del ricorso incidentale proposto da -OMISSIS- il 9 settembre 2019;

ac) delle impugnazioni incidentali proposte dalla -OMISSIS-, in quanto risultata aggiudicataria;

B) quanto al ricorso n.r.g. -OMISSIS-:

bb) dichiarava improcedibile il gravame principale proposto dal-OMISSIS-contro l'originaria aggiudicazione ad -OMISSIS- del 2019 per sopravvenuta carenza di interesse, ai sensi dell'art. 35 del c.p.a., considerato che l'aggiudicazione di cui sopra era stata poi annullata in autotutela dal-OMISSIS- con atto impugnato da -OMISSIS- nel ricorso connesso RG 1832/2019;

bc) dichiarava improcedibile l'atto di intervento di -OMISSIS-, ciò in ragione sia dell'improcedibilità del gravame principale n.r.g. -OMISSIS-, sia dell'esito del giudizio connesso n.r.g. -OMISSIS-nel quale le pretese di -OMISSIS- venivano respinte;

C) compensava, infine, tutte le spese.

7. Appellano la sentenza le imprese -OMISSIS-, e -OMISSIS-.

8. -OMISSIS-propone l'appello n.r.g. 4705/2021, a mezzo del quale chiede la riforma della sentenza n. -OMISSIS- nella parte in cui è stata respinta l'impugnazione dalla stessa proposta nei confronti dell'aggiudicazione disposta dal-OMISSIS- in favore -OMISSIS- con determinazione dirigenziale 4 febbraio 2021, n. 147.

8.1. L'impresa appellante deduce quattro motivi di appello, nell'ordine:

a. Illegittimità della sentenza, nella parte in cui ha respinto la censura proposta da -OMISSIS- nei confronti del punteggio assegnato a -OMISSIS- e degli atti successivi della procedura di gara (compresi l'assegnazione dei punteggi 'definitivi' alla stessa impresa, la graduatoria finale e, infine, l'affidamento dell'appalto alla medesima impresa), in relazione all'omessa riparametrazione dei punteggi, in seguito all'esclusione di -OMISSIS- dalla procedura di gara; erronea applicazione dell'art. 95, comma 15, del codice dei contratti pubblici: il-OMISSIS-, dopo l'esclusione di -OMISSIS-, avrebbe dovuto procedere alla riparametrazione, per assicurare la coerenza dei punteggi e della graduatoria con la lex specialis;

b. Illegittimità della sentenza, nella parte in cui ha respinto la domanda proposta da -OMISSIS- nei confronti del-OMISSIS- di risarcimento del danno;

c. Illegittimità della sentenza, nella parte in cui ha respinto la censura proposta da -OMISSIS- nei confronti dell'ammissione di -OMISSIS- alla procedura di gara e agli atti successivi (compresi la valutazione dell'offerta di -OMISSIS- da parte della Commissione giudicatrice, l'assegnazione dei punteggi alla stessa impresa, la graduatoria finale e, infine, l'affidamento dell'appalto alla medesima impresa), in relazione alla circostanza che -OMISSIS- si era resa responsabile di grave illecito professionale in un appalto simile con un altro Comune;

d. Illegittimità della sentenza, nella parte in cui ha respinto la censura proposta da -OMISSIS- concernente il punteggio assegnato dalla Commissione giudicatrice a -OMISSIS- per alcuni elementi dell'offerta tecnica, nonché gli atti successivi della procedura di gara (ivi compresi l'assegnazione dei punteggi 'definitivi' alla stessa impresa, la graduatoria finale e, infine, l'affidamento dell'appalto alla medesima impresa);

e. inoltre, qualora il giudice d'appello ritenesse di dover condividere l'interpretazione dell'art. 95, comma 15, accolta dal Tar, l'appellante chiede:

e.1. il rinvio alla Corte costituzionale per l'esame di legittimità dell'art. 95, comma 15, codice dei contratti con riferimento agli artt. 3 Cost. (per violazione del principio di ragionevolezza, alla luce della circostanza che il consolidamento dei punteggi sarebbe rimesso a una ragione contingente, rappresentata dal momento in cui la stazione appaltante ha percezione della illegittimità dell'ammissione di un concorrente alla gara), 24 Cost. (per la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale), 113 Cost. (per l'esclusione della tutela giurisdizionale nei confronti di un atto illegittimo dell'amministrazione; chiede, altresì):

e.2. il rinvio pregiudiziale alla CGUE, in relazione sempre all'art. 95, comma 15, codice dei contratti, per lo scrutinio di conformità della norma in questione con la direttiva ricorsi, con particolare riferimento ai 'considerando' n. 1 e n. 13 ss., e ai § 1.1, 2.1 e 2.7.

8.2. L'appellante -OMISSIS- non ha impugnato, infine, i capi della sentenza che hanno respinto i motivi 24, 25 e 26.

9. Si sono costituiti il-OMISSIS-, l'impresa --OMISSIS- e -OMISSIS--OMISSIS- quest'ultima proponendo anche appello incidentale avverso le eccepite censure assorbite dalla decisione di primo grado.

10. -OMISSIS- propone l'appello n.r.g. 5069/2021, a mezzo del quale articola sei autonomi motivi contestando anche i meri obiter dicta del T.a.r.:

10.1. Eccesso di potere per arbitrio e sviamento – illogicità. violazione art. 97 Cost. e violazione del giusto procedimento.

“L'altalenante e contraddittorio comportamento del Comune”, lascerebbe “chiaramente intendere una precisa volontà del Comune di superare e sovvertire gli effetti della procedura di selezione, danneggiando -OMISSIS-”.

10.2. Violazione del disciplinare di gara – violazione art. 86 d. lvo 50/16 - eccesso di potere per arbitrio – illogicità. violazione art. 97 Cost. e del principio di legittimo affidamento. violazione art. 6 ed 1 prot. 1. CEDU.

Illegittimità dei presupposti in base ai quali è stato disposto l'annullamento dell'aggiudicazione: un primo, inerente i requisiti di capacità economica di -OMISSIS-; un secondo, inerente i poteri gestori affidati al Custode Giudiziario e l'irrelevanza del richiamo a provvedimenti integrativi dell'Autorità giudiziaria.

10.3. Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara. eccesso di potere per travisamento di fatto. violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara e del principio di massima partecipazione.

Il T.a.r. erroneamente avrebbe ritenuto legittima la carenza del requisito di partecipazione

previsto al punto E4 del disciplinare (triennio di lavori).

10.4. Presunta omissione agli obblighi dichiarativi in relazione all'esistenza della sentenza CGARS n° -OMISSIS-.

La sentenza impugnata avrebbe aggiunto un profilo escludente non contenuto nel provvedimento impugnato.

10.5. Sui secondi motivi aggiunti e l'aggiudicazione per scorrimento alla -OMISSIS-: l'affermazione del Comune, contenuta nel provvedimento di aggiudicazione, secondo cui "i requisiti di partecipazione -OMISSIS- sono già stati valutati in sede di ammissione alla prima fase di gara" deve ritenersi illegittima e viziata da travisamento di fatto, poiché in sede di ammissione nessuna valutazione poteva essere stata effettuata in relazione a circostanze non dichiarate.

12. Si sono costituiti il -OMISSIS-, -OMISSIS-, quest'ultime due spiegando anche ricorso incidentale.

Le parti hanno prodotto memorie.

13. All'udienza del 21 ottobre 2021, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

14. Preliminarmente, il Collegio dispone la riunione dei due appelli, per connessione oggettiva e parzialmente soggettiva.

15. -OMISSIS- propone l'appello n.r.g. 4705/2021, a mezzo del quale chiede la riforma della sentenza n. -OMISSIS- nella parte in cui è stata respinta l'impugnazione dalla stessa proposta nei confronti dell'aggiudicazione disposta dal-OMISSIS- a favore -OMISSIS- con determinazione dirigenziale 4 febbraio 2021, n. 147. Solleva, altresì, in via incidentale, la questione di legittimità costituzionale e interpone richiesta di rinvio pregiudiziale alla CGUE, in relazione all'art. 95, comma 15, codice dei contratti (sembra in modo strumentale perché, essendo gestore uscente, vuole continuare a svolgere il servizio con affidamenti temporanei (come sta facendo il -OMISSIS-)

15.1. -OMISSIS- non ha impugnato, invece, i capi della sentenza che hanno respinto i motivi 24, 25 e 26.

16. -OMISSIS- propone l'appello n.r.g. 5069/2021 a mezzo del quale articola sei autonomi motivi, contestando anche i meri obiter dicta del T.a.r.

17. L'appello nrg 4705/2021 è stato proposto dall'impresa -OMISSIS- nei confronti del-OMISSIS- nonché le imprese -OMISSIS- e -OMISSIS-, quest'ultima appellante anche in via incidentale.

18. L'appello nrg 5069/2021 è stato proposto dalla impresa -OMISSIS- nei confronti del-OMISSIS- nonché delle imprese -OMISSIS- e -OMISSIS-.

19. Entrambi i gravami sono stati proposti avverso la medesima sentenza del Tar per la Lombardia, -OMISSIS-.

20. Gli appelli principali sono infondati.

21. Il Tar per la Lombardia ha fatto buon governo delle norme di disciplina della procedura di gara. La sentenza, pertanto, s'appalesa ragionevole in rito e nel merito delle decisioni assunte e merita, pertanto, conferma.

22. Il contenzioso concerne l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, delle connesse prestazioni accessorie di igiene urbana e di gestione della Tari.

22.1 La gara si concludeva con l'aggiudicazione al raggruppamento -OMISSIS- e -OMISSIS-

22.2. -OMISSIS-e -OMISSIS-si classificavano, rispettivamente, seconda e terza in graduatoria.

23. Le imprese escluse instauravano un giudizio dinanzi al Tar per la Lombardia.

24. Nelle more del giudizio, il-OMISSIS- annullava d'ufficio l'aggiudicazione con provvedimento datato 30 dicembre 2020, a seguito della "verifica del possesso dei requisiti di idoneità professionale in capo alla società --OMISSIS-". (verifica scaturita dalle perplessità in capo alla stazione appaltante derivanti da un'indagine penale che vedeva coinvolti i soci di -OMISSIS- e dalla comunicazione di tale evento ricevuta a cura del Custode Giudiziario della società).

24.1. Il provvedimento veniva impugnato dalla -OMISSIS-con ricorso per motivi aggiunti.

25. Con determinazione n. 147 del 4 febbraio 2021, il Comune aggiudicava la gara alla -OMISSIS-(seconda in graduatoria), da qui originavano ulteriori motivi aggiunti da parte di -OMISSIS-

26. Da questi fatti scaturiva il complesso contenzioso che coinvolgeva (i) l'aggiudicazione originaria, (ii) l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione originaria, (iii) la nuova aggiudicazione; il tutto, con ricorsi incrociati, principali e incidentali.

26.1. Si instauravano due giudizi dinanzi al Tar per la Lombardia (n.r.g. -OMISSIS-- n.r.g. -OMISSIS-), definiti, previa riunione, con la sentenza oggi appellata.

27. Sull'appello principale nrg. 4705/2021.

27.1. L'appello è proposto da -OMISSIS-, (originariamente terza classificata, divenuta seconda a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione in favore di -OMISSIS- e che ora contesta l'aggiudicazione definitiva disposta per scorrimento in favore -OMISSIS-, seconda

classificata).

28. L'appello è infondato.

29. L'Amministrazione civica ha aggiudicato la gara alla -OMISSIS- in quanto collocata al secondo posto in graduatoria, ciò in applicazione della legge speciale di gara e a mente dell'art. 95, comma 15, del D.Lgs. n. 50 del 2016.

30. L'appellante, con un primo ordine di censure, contesta le modalità dell'aggiudicazione in relazione alla mancata riparametrazione dei punteggi.

30.1. La censura è destituita di giuridico fondamento.

30.2. Il Collegio aderisce all'orientamento giurisprudenziale che valorizza i principi cardine dell'effettività dei mezzi processuali e della celerità, economicità nonché del buon andamento dell'azione amministrativa, ancor più accentuati nelle procedure di gara per l'affidamento degli appalti pubblici in ragione del notevole impatto che gli stessi hanno sull'economia generale.

In forza di tali principi, la giurisprudenza ha affermato che, una volta annullata l'aggiudicazione precedente, la stazione appaltante non ha affatto l'obbligo di rinnovare l'intera procedura a gara ma deve procedere allo scorrimento della graduatoria, nella quale la ricorrente vittoriosa si è classificata seconda, con offerta valutata come non anomala dall'Amministrazione" (Vedasi Tar Abruzzo Sez. I, 24/ 06/ 2020, n.-OMISSIS-, Tar Lazio, Roma, Sez.II, 01/07/2020, n.-OMISSIS-, Consiglio di Stato , sez. IV , 20/04/2016 , n. -OMISSIS-; Consiglio di Stato, sez. IV, 22/12/2014, n. -OMISSIS-; Consiglio di Stato, sez. III, 19/12/2011, n. -OMISSIS-).

In altri termini, conclusa la fase di ammissione, ogni successiva vicenda (così come l'annullamento dell'aggiudicazione), non incide sulla graduatoria medesima, che rimane così cristallizzata, sussistendo il solo obbligo della stazione appaltante di procedere allo scorrimento della graduatoria senza alcun ricalcolo e modifica dei punteggi attribuiti.

Sul punto, l'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 fissa la regola di invarianza della graduatoria concorsuale e di irrilevanza delle sopravvenienze.

Il Consiglio di Stato (sez. III, 22 febbraio 2017, n. -OMISSIS-) ha chiarito che la regola in parola mira a sterilizzare, per comune intendimento, l'alterazione della trasparenza e della correttezza del confronto concorrenziale, potenzialmente correlata alla partecipazione di fatto di un concorrente solo successivamente estromesso della gara.

La norma in esame è coerente al quadro costituzionale con riferimento ai principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, declinato sotto i profili specifici della trasparenza, celerità, efficienza dell'azione. E neppure contrasta con il diritto eurounitario poiché si pone esattamente nell'ottica esattamente convergente a quella patrocinata dall'appellante, ovvero nel senso di essere funzionale ai valori sovranazionali della effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo, laddove tende a limitare l'uso strumentale

della giustizia mediante la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria mossi dall'unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest'ultima traendone vantaggio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2018, n. -OMISSIS-).

Lo stesso Consiglio di Stato (sez. III, 14 ottobre 2020, n. -OMISSIS-) ha corroborato l'interpretazione della norma in esame nel significato più rigoroso tratto dal suo tenore testuale laddove ha rilevato che essa risponde alla duplice finalità: a) per un verso, di garantire continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento; b) per altro verso di impedire, o comunque vanificare, in prospettiva antielusiva, la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria.

Neppure ricorrevano, nella fattispecie, i temperamenti apportati dall'interpretazione giurisprudenziale alle rigidità ed alle distorsioni derivanti dall'estensione di tale regola oltre il perimetro dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, circoscritto alle ipotesi in cui la regressione della procedura comporti comunque il ricalcolo di medie aritmetiche o la rideterminazione di soglie di anomalia.

E invero, la lettera di invito prevedeva, al punto 3.1.1., che i singoli Commissari attribuissero, ai fini dell'assegnazione dei punteggi da attribuire all'offerta tecnica, un "coefficiente variabile da zero a uno"; che si procedesse al calcolo della media provvisoria dei coefficienti relativi a ciascun subcriterio, che venisse trasformata la suddetta media provvisoria di ciascun sub-criterio in una media definitiva riportando a uno la media più alta e proporzionando direttamente a tale media massima le altre; il punteggio da attribuire all'offerta economica sarebbe scaturito dall'applicazione, "a ciascun elemento economico", di un "coefficiente, variabile da zero a uno, calcolato tramite la seguente formula di interpolazione lineare $C_i = R_a / R_{max}$ "; "terminata l'attribuzione dei coefficienti agli elementi qualitativi e quantitativi, la commissione avrebbe provveduto, in relazione a ciascuna offerta, all'attribuzione dei punteggi per ogni singolo criterio secondo il metodo aggregativo compensatore.

Ebbene, l'applicazione del metodo aggregativo-compensatore (con assegnazione diretta dei coefficienti) per la determinazione del punteggio relativo agli elementi qualitativi e quantitativi dell'offerta tecnica e della formula di interpolazione lineare per la determinazione del punteggio relativo all'offerta economica, prevista dalla lettera di invito al punto 3.1.1., sottendeva l'enucleazione di coefficienti ottenuti da valori medi (dove il calcolo della media ha lo scopo di rappresentare con un solo numero, compreso tra un minimo e un massimo, un insieme di dati, rispetto ai quali la media rappresenta un valore finale ottenuto dalla sommatoria di risultati parziali divisa per il numero dei concorrenti: cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2018, n. -OMISSIS-), in corrispondenza dei quali l'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 enuncia l'irrelevanza delle sopravvenienze (irrelevanza pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza anche nel caso di enucleazione dei coefficienti tramite confronto a coppie, ove la graduatoria viene stilata attribuendo a ciascun concorrente un punteggio finale che è pari alla media dei punteggi dallo stesso riportati all'esito dell'insieme dei confronti con gli altri concorrenti ed operando la "normalizzazione" al valore "uno" in relazione al concorrente che

abbia riportato il punteggio più alto (cfr Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. -OMISSIS-; sez. V, 9 luglio 2019, n. -OMISSIS-; Tar Campania, Salerno, sez. II, 3 maggio 2021, n.-OMISSIS-).

Le censure quivi esaminate (sopra rubricate ai punti 8.1.a.- 8.1.e (e.1. – e.2) vanno, pertanto respinte.

31. Con altro ordine di rilievi (sopra 8.1.b), parte appellante lamenta l'illegittimità della sentenza nella parte in cui ha respinto la domanda proposta da -OMISSIS- nei confronti del-OMISSIS- di risarcimento del danno.

31.1. L'assunto riposa sempre sull'art. 95, comma 15, D.Lgs. n. 50/2016.

A dire delle società istanti, l'amministrazione civica sarebbe tenuta al risarcimento del danno contemplato dalla norma in commento, poiché in casi del genere, anche alla stregua della normativa comunitaria, l'alternativa all'annullamento pieno dell'esito legittimo della gara può essere costituita soltanto dal risarcimento dei danni”.

31.2. La censura – in disparte le eccepite inammissibilità, formulata dal Comune per genericità della domanda in relazione alla quantificazione del danno, e irricevibilità per tardività della domanda risarcitoria – s'appalesa infondata.

La risarcibilità del danno presuppone, in ogni caso e comunque, una condotta illecita, meglio illegittima dell'amministrazione e l'accertamento del danno ingiusto, inteso come vulnus alle norme di azione, altrimenti non riparabile in sede conformativa ovvero con le modalità del risarcimento in forma specifica (id est, reintegrazione nella posizione giuridica soggettiva lesa).

31.3. Nel caso di specie, difetta il presupposto del danno ingiusto.

Il Comune ha annullato in autotutela l'aggiudicazione originaria e disposto la decadenza di -OMISSIS-dall'affidamento.

Orbene, per effetto dell'annullamento e del successivo scorrimento della graduatoria in favore della seconda classificata (reputato legittimo, ai sensi dell'art. 95 cit.), è evidente che – per quanto sopra argomentato - non può tornare in discussione l'attribuzione dei punteggi della precedente gara con l'effetto ulteriore che il risultato finale della procedura comunque sarebbe stato quello oggi divisato. -OMISSIS-nulla può, dunque, lamentare in termini di pregiudizio economico riveniente dall'applicazione dell'art. 95, comma 15, D.Lgs n. 50 del 2016.

Diversamente opinando, si accedrebbe a una lettura incostituzionale della norma, sotto il profilo della sua ragionevolezza, in quanto isolerebbe il risarcimento da ogni forma di danno (ingiusto), ovvero pregiudizio, creando i presupposti di un ingiustificato arricchimento, distonico rispetto ai parametri di risarcibilità ammessi dall'ordinamento giuridico.

32. Con un terzo ordine di doglianze (sopra 8.1.c), l'appellante censura l'ammissione in gara della “-OMISSIS-” in relazione alla circostanza che la stessa impresa si sarebbe resa

responsabile di grave illecito professionale in un appalto simile con un altro Comune (art. 80, comma 5, lett. c, D.Lgs. 50/2016).

32.1. Anche queste censure sono infondate.

32.2. La sentenza ha dato conto, traendone argomentazioni immuni da vizi logici, delle ragioni esplicitate dal Comune a fondamento della propria decisione di non trarre dalla sentenza del Tribunale di -OMISSIS- “la prova di un grave illecito professionale” a carico della impresa “-OMISSIS-”, tanto sulla scorta di congruenti elementi di fatto e di diritto.

32.3. E' sufficiente evidenziare, unitamente a quanto già argomentato dal Tar e condiviso dal Collegio, che la sentenza del Tribunale di -OMISSIS- non è passata in giudicato; che la stessa ha accertato, non già l'esistenza di penali contrattuali bensì, di un credito opposto in compensazione dalla stazione appaltante; che l'importo del credito è di entità molto limitata rispetto al valore del contratto.

32.4. Questi gli elementi di fatto, la decisione del-OMISSIS-, di ritenere insussistenti i presupposti per imputare all'impresa “gravi illeciti disciplinari”, tali cioè da inficiarne la integrità e l'affidabilità, s'appalesa immune da vizi logici e di travisamento dei fatti.

33. Con un quarto ordine di rilievi (8.1.d), parte appellante contesta la sentenza nella parte in cui non ha riscontrato come illegittimo il punteggio assegnato dalla commissione giudicatrice a -OMISSIS-in relazione a taluni elementi dell'offerta tecnica, in particolare, avuto riguardo ai sub-criteri identificati al § 10.1 e § 10.2 della lettera di invito.

33.1. Le censure sono infondate, a prescindere dai profili di eccezionale inammissibilità formulati dal Comune in primo grado (reiterati nella memoria difensiva in appello) a cagione della asserita insindacabilità nel merito delle valutazioni operate dalla stazione appaltante.

33.2. La valutazione delle offerte è stata contrassegnata dal punteggio numerico e da un giudizio disvelatore del punteggio medesimo.

33.3. Non è possibile inferire contraddittorietà di giudizi sulla base di una diversa formulazione di valutazione operata dai singoli membri, trattandosi di espressioni di merito afferenti lo specifico della discrezionalità tecnica riservata all'organo ausiliario dell'amministrazione che esprime il punteggio finale all'esito della composizione dei giudizi medesimi.

L'importante è che siano comuni gli elementi su cui si è basata la valutazione in relazione all'applicazione del singolo sub-criterio.

33.4. Le valutazioni della commissione, e dei singoli commissari, risultano tutte sufficientemente motivate alla stregua di esplicitate argomentazioni immuni da vizi logici e travisamento dei fatti.

33.5. Il Tar ha fatto buon governo delle regole e dei principi che informano il sindacato sulla

discrezionalità (tecnica) esercitata dall'amministrazione.

Sussiste, tra il giudizio dei commissari e il punteggio attribuito (nello specifico riferiti alla -OMISSIS-: da sufficiente a buono) un non illogico e irragionevole nesso di relazione, tenuto conto degli elementi dell'offerta tecnica valutati dalla commissione (il Tar ha dato puntuale riscontro dei singoli elementi tecnici presi in esame: id est, "camere d'aria usate, uso di olio idraulico biodegradabile, raccolta di scarpe di gomma usate).

34. L'appello in esame (nrg n. 4705/2021) s'appalesa, pertanto infondato e deve essere respinto.

35. L'-OMISSIS- ha proposto, nell'ambito dello stesso giudizio, appello incidentale impugnando la medesima sentenza nella parte in cui non ha ritenuto di dovere esaminare le censure articolate in primo grado con ricorso incidentale e tese a ottenere: l'esclusione di -OMISSIS- dalla gara, data la portata ostativa di vicende a sfondo penale, ex artt. 80 dlgs 50/2016, 57 dir. 24/2014/UE in rapporto agli obblighi di trasparenza assunti con un apposito "patto di integrità" sottoscritto in forza della *lex specialis*; la declaratoria di erroneità del punteggio tecnico assegnato ad -OMISSIS- e il mancato raggiungimento da parte della sua offerta del livello prestazionale minimo chiesto dalla *lex specialis*; l'anomalia dell'offerta di -OMISSIS-.

35.1. La declaratoria di improcedibilità dei ricorsi incidentali di -OMISSIS-(di cui al capo di sentenza impugnata in via incidentale), violerebbe (i) le disposizioni sul giusto processo ex art. 2 cpa, 6 CEDU, 100 e 111 Cost. le quali "per ragioni di concentrazione delle tutele ed economia di giudizi futuri, impongono che la pronuncia verta su tutte le questioni proposte dalle parti, anche in via incidentale"; (ii) gli artt. 88 e 120 cpa e 112 e 277 cpc., in rapporto all'art. 39 cpa, "che vincolano la sentenza al rispetto tra il chiesto e il pronunciato".

36. Il Collegio ritiene corretta la decisione del Tar e meritevole di conferma in parte qua.

36.1. L'esame delle censure dedotte in via incidentale avrebbe avuto ragione di esserci se il ricorso principale fosse stato accolto, oppure, invertendo l'esame dei gravami, se quello incidentale, trattato con priorità a motivo di censure escludenti, fosse stato ritenuto fondato.

36.2. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza 5 settembre 2019, CAUSA C 333/18, ha chiarito che, il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale c.d. escludente, si compone nel senso che si impone al giudice a quo il divieto di dichiarare irricevibile il ricorso principale in caso di ricorsi intesi alla reciproca esclusione, indipendentemente da quale sia il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorso.

36.3. L'interesse valorizzato dal diritto eurounitario (*rectius*, dalla CGUE) è quello che s'impunta in capo al ricorrente principale che in passato, sulla scorta di un certo indirizzo giurisprudenziale, si vedeva non esaminato il proprio ricorso nel caso di ritenuta fondatezza e di accoglimento del gravame incidentale.

36.4. Sennonché, nel caso di specie il ricorso principale è stato esaminato e respinto, con conseguente consolidamento della posizione dell'appellante al terzo posto della graduatoria.

36.5. Ragion per cui, militano nel senso della correttezza della decisione impugnata, altrettanti principi eurounitari di speditezza del processo, effettività della tutela (non meramente strumentale e sconnessa da un interesse soggettivo) nonché giusto processo, quest'ultimo inteso non nella sua eccezione più estesa e autoreferenziale di trattazione di ogni singola censura bensì, di trattazione delle domande ove sorrette da un serio e concreto interesse all'azione.

36.6. Interesse, quest'ultimo, che si coglie positivamente nel caso di reciproci ricorsi escludenti, siccome finalizzati alla tutela di un interesse, per così dire, più ampio e superiore, quale quello volto alla rinnovazione della gara, ma che diventa recessivo, siccome privo di contenuto concreto, ove del tutto sganciato da questa finalità ovvero sorretto da mero tuziorismo.

36.7. Correttamente, pertanto, il Tar ha dichiarato il ricorso incidentale improcedibile per carenza di interesse.

37. In conclusione, definitivamente pronunciando sull'appello n. 4705/2021, la Sezione:

- respinge l'appello principale, proposto dall'impresa -OMISSIS-;

- respinge l'appello incidentale proposto dall'impresa

- OMISSIS-

38. Sull'appello principale nrg. 5069/2021.

38.1. L'appello viene proposto da -OMISSIS- (società attualmente sotto sequestro penale, gestita dal custode/amministratore giudiziario) avverso la stessa sentenza -OMISSIS-, con la quale il Tar per la Lombardia:

- ha respinto il ricorso di primo grado (motivi aggiunti al ricorso 1832/2019) con cui la società aveva impugnato il provvedimento prot. 1995, datato 30 dicembre 2020, recante l'annullamento e revoca dell'aggiudicazione precedentemente disposta in proprio favore e la esclusione dalla procedura di selezione per l'affidamento dell'appalto del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani (determinazioni n. 1248 e n. 1293 del 2019, recanti l'affidamento definitivo ad -OMISSIS- dell'appalto di cui è causa);

- ha respinto il secondo ricorso per motivi aggiunti al ricorso nrg con cui sempre la -OMISSIS- aveva successivamente impugnato la determina dirigenziale n° 147 del 4 febbraio 2021, con cui il-OMISSIS- "dopo avere annullato e revocato l'aggiudicazione precedentemente disposta in favore di -OMISSIS- (già impugnata in precedenza), ha aggiudicato il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani (CIG 7750783478) alla ditta --OMISSIS--".

38.2. La revoca dell'aggiudicazione originava dal procedimento di verifica e controllo sui requisiti di capacità economica dell'impresa, avviati dal Comune a procedura in corso e prima della stipula del contratto. Detto procedimento di verifica muoveva, a sua volta, dalla sopravvenuta conoscenza di vicende giudiziarie che vedevano coinvolta la -OMISSIS-, dalle quali era derivata, a seguito dei provvedimenti adottati dall'autorità giudiziaria penale, la modifica della "governance" di -OMISSIS-, "così come amministrata e vigilata".

Il Comune riscontrava, all'esito di una corposa e fitta interlocuzione con la società e gli uffici giudiziari, "limitazioni della capacità di agire e del potere negoziale conseguenti alle misure cautelari adottate nei confronti della (società) stessa, dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale nonché dei requisiti dettati dalla *lex specialis* del bando di gara" e ne traeva la conseguenza che, in assenza di essi, "vengono meno le condizioni di legge per procedere all'aggiudicazione".

38.3. L'annullamento della medesima aggiudicazione originava, invece, dalla ritenuta carenza, in capo alla -OMISSIS-, dei requisiti tecnico professionali accertata a seguito della sentenza n. -OMISSIS- con la quale il Consiglio per la Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, pronunciandosi sul ricorso nrg n. 814 del 2017, avente a oggetto l'aggiudicazione del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani differenziati ed indifferenziati all'interno del Comune di -OMISSIS-, aveva <dichiarato inefficace l'aggiudicazione a seguito della condotta tenuta da --OMISSIS-, in sede di gara, sia in ragione delle dichiarazioni reticenti rilasciate in ordine alle penali, sia in ragione della (irrituale) plurima produzione di buste sigillate contenute all'interno del medesimo plico".

38.4. Il Comune "Alla luce di quanto appreso, avendo --OMISSIS- prodotto, in sede di offerta, una dichiarazione del Comune di -OMISSIS- da cui risultava che essa --OMISSIS- avrebbe "nell'ultimo triennio 2017/2016/2015" svolto in favore di Comuni con più di 80.000 abitanti servizi analoghi a quello da aggiudicare e "che non si è provveduto alla risoluzione del contratto per inadempimento", laddove invece il § E-4 del Disciplinare di Gara (pag. 13) prevedeva espressamente che il servizio prestato avrebbe dovuto essere effettivo "senza che i relativi contratti si siano risolti per causa dell'affidatario", ed essendo, al contrario, il rapporto con il Comune di -OMISSIS- cessato per fatto dell'affidatario (...) ha ritenuto che vi fossero gli estremi per considerare non soddisfatto il requisito di cui al punto E-4 del Disciplinare di gara".

35. Con successiva determinazione n. 147 del 4 febbraio 2021, il Comune, sulla scorta degli atti presupposti, affidava il servizio all'-OMISSIS-.

36. La -OMISSIS- contesta sia le motivazioni sottese all'annullamento e revoca dell'aggiudicazione, sia l'aggiudicazione in favore -OMISSIS-.

37. Nell'ordine di trattazione delle questioni, il Collegio ritiene di dovere principiare, per ragioni di pregiudizialità e di economia processuale, dallo scrutinio dei motivi di appello a mezzo dei quali la -OMISSIS- contesta la sentenza -OMISSIS- nella parte in cui ha respinto il ricorso (per motivi aggiunti, da valere anche come autonomo) proposto dalla stessa società contro la determinazione n. 1995 del 20 dicembre 2020 nell'ambito del giudizio di primo grado nrg 1832/2019.

38. Con un primo motivo, parte appellante contesta “L’altalenante e contraddittorio comportamento del Comune” che lascerebbe “chiaramente intendere una precisa volontà del Comune di superare e sovvertire gli effetti della procedura di selezione, danneggiando -OMISSIS-”.

39. Il motivo è infondato.

39.1. La motivazione del Tar è corretta e condivisa dal Collegio.

39.2. Il Collegio ritiene che la stazione appaltante abbia proceduto nel rigoroso rispetto dei principi informatori dell’azione amministrativa.

Il potere di sospensione degli effetti dell’atto amministrativo ha carattere generale ed è normato nell’art. 21-quater, comma 2, della legge n. 241 del 1990, a mente del quale “l’efficacia ovvero l’esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell’atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze. La sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l’esercizio del potere di annullamento di cui all’articolo 21-nonies.

Le ragioni sottese alla sospensione sono state indicate nel divisato provvedimento e rispondono a esigenze di doverosa verifica circa l’effettiva possidenza dei requisiti dichiarati in gara dall’impresa.

Il Tar ha ricostruito correttamente, e in fedele aderenza allo sviluppo degli accadimenti, quello che è stato l’incedere dei fatti che hanno originato la decisione di sospendere gli effetti del provvedimento di aggiudicazione.

Nel caso di specie, la stazione appaltante, a causa di criticità riscontrate nella affidabilità di -OMISSIS-, derivanti da indagini penali in corso, aveva disposto in autotutela la sospensione dell’efficacia dell’aggiudicazione e disposto ulteriori verifiche sulla idoneità dell’impresa a di assolvere agli obblighi di contratto. Nel corso di tale procedimento sono emerse, a seguito delle interlocuzioni con le competenti autorità e di acquisizioni documentali, ulteriori criticità che sono state sempre palesate all’impresa e oggetto di contraddittorio.

L’articolo 11, comma 9, del d.lgs. 163/2006, impone all’amministrazione di definire il procedimento con l’adozione di un provvedimento conclusivo espresso recante conferma ovvero annullamento in autotutela dell’aggiudicazione precedentemente disposta.

Il provvedimento conclusivo è sopraggiunto in termini ragionevoli, coerenti con la tempistica dell’istruttoria, comunque nei termini di esercizio del potere di autotutela normato dalla legge n. 241 del 1990.

39.3. L’appellante censura la sentenza laddove il tar che non avrebbe considerato come l’Amministrazione abbia, di fatto, rimesso in discussione i requisiti professionali e di capacità,

una volta deliberati positivamente.

39.4. La censura è infondata.

La tesi presuppone la cristallizzazione della posizione procedimentale del concorrente alla data di verifica del possesso dei requisiti.

In realtà, come correttamente osservato dal Tar, la stazione appaltante dispone del potere di “chiedere agli offerenti e ai candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura” (art. 85, comma 2, D.Lgs n. 50 del 2016).

Né tale potere è smentito dal successivo articolo 86 che, nel disciplinare i “mezzi di prova”, richiama ai commi 4 e 5 - avuto riguardo alla dimostrazione circa il possesso dei requisiti economici- finanziari e tecnici - l’Allegato XVII, “parte I”, e “parte II” (“Le stazioni appaltanti possono chiedere i certificati, le dichiarazioni e gli altri mezzi di prova di cui al presente articolo e all’allegato XVII come prova dell’assenza di motivi di esclusione ...”).

Le norme sono chiare, nel loro tenore testuale, nell’attribuire alla stazione appaltante un potere di verifica e controllo costante sulla idoneità, capacità e affidabilità dell’impresa risultata aggiudicataria, da intendersi esercitabile fino al momento della stipula del contratto (“in qualsiasi momento nel corso della procedura”), mediante il ricorso ad ampi mezzi di prova il cui elenco, riportato nei citati allegati, è coerente, teleologicamente, con le verifiche effettuate dall’Ente.

E invero, considerata la sottoposizione a sequestro giudiziario dell’intero complesso aziendale di -OMISSIS-, appare evidente come la stazione appaltante avesse il dovere di approfondire l’affidabilità e la idoneità dell’impresa mercé il ricorso ad un supplemento di istruttoria con acquisizione di (ulteriore) documentazione contabile, bancaria, economica e finanziaria prevista dal D.Lgs n. 50 del 2016 - Allegato XVII, parte I, lettere a), b) e c), senza potersi certo accontentare (a motivo di tutela del superiore interesse pubblico alla corretta esecuzione dell’appalto) delle assicurazioni provenienti da -OMISSIS- circa la volontà di dare corso agli impegni contrattuali.

Il comportamento del Comune, incline ai parametri normativi regolatori del potere in concreto esercitato, escludono, sotto altro dedotto profilo censorio, ogni dubbio su eventuali ipotesi di sviamento del potere, insinuati dall’impresa (id est, volontà dell’Ente di disfarsi della -OMISSIS-); sotto questo profilo, le censure s’appalesano generiche e comunque infondate poiché il potere esercitato risulta conforme al paradigma di riferimento e coerente con le finalità di interesse pubblico dichiarate e perseguite.

40. L’appellante censura, altresì, la sentenza, e prima ancora il provvedimento amministrativo originariamente impugnato, sotto un duplice profilo:

-il primo, inerente i requisiti di capacità economica di -OMISSIS-;

- il secondo, inerente i poteri gestori affidati al Custode Giudiziario e l'irrelevanza del richiamo a provvedimenti integrativi dell'A.G.

40.1. Ritiene il Collegio che, l'Amministrazione prima e il Tar poi abbiano correttamente motivato sulle ragioni della revoca e della sua legittimità, tenuto conto delle verifiche eseguite e del loro esito, dal quale è emersa la condizione di status della -OMISSIS-, sotto sequestro, e la difficoltà, di cui si è stato dato conto nella determinazione di revoca, di eseguire correttamente le prestazioni oggetto

dell'appalto.

40.2. Le valutazioni operate sul punto dalla stazione appaltante sono espressione di giudizi connotati da discrezionalità tecnica, sindacabile solo ab esterno con la tecnica dell'eccesso di potere attraverso i vizi sintomatici in grado di disvelare un cattivo esercizio della funzione. 40.3. Ebbene, dette valutazioni s'appalesano immuni da vizi logici e travisamento dei fatti, così restando, per il resto, insindacabile il merito della scelta operata dall'Amministrazione.

40.4. Rilevano le seguenti circostanze:

a) appalto di durata quinquennale per un valore complessivo a base di gara di oltre 66 milioni di euro;

b) impegno finanziario di circa 7 milioni di euro per l'avvio e la gestione di un primo quadrimestre;

c) finanziamento (id est, due linee di credito) ottenuto dal Custode giudiziario per soli 2,6 milioni di euro;

d) inesistenza, *tempus regit actum*, del provvedimento autorizzativo del Tribunale alla prosecuzione della gestione dell'impresa (art. 41 del D.Lgs n. 159 del 2011), inesistenza, a "fortiori", della sua pubblicazione nel registro delle imprese, così da essere opponibile ai terzi (art. 51-bis decreto cit.).

40.5. Parte appellante sostiene che il provvedimento autorizzativo (sopra lett. d) sarebbe, comunque, intervenuto e che la stazione appaltante avrebbe dovuto attenderne il rilascio.

40.6. Le considerazioni non sono persuasive.

40.7. Nessuna rilevanza può avere la circostanza che, successivamente al divisato provvedimento, e per giunta a distanza di numerosi mesi, sia poi intervenuto il "provvedimento di autorizzazione definitivo ex art. 41.1.sexies del D.lvo 159/2011), atteso che la legittimità dell'atto va scrutinata *tempus regit actum*; né può inferirsi che la stazione appaltante avrebbe dovuto aspettare (sine die) il rilascio di tale autorizzazione, restando nella totale incertezza a fronte della esigenza (rispondente al superiore interesse pubblico) di dare avvio al servizio in forma definitiva e a regime.

40.8. Sempre la -OMISSIS- sostiene (sopra lett. a-b-c) che il Comune avrebbe introdotto ex post nella *lex specialis* il seguente nuovo requisito di partecipazione: - l'aggiudicatario dovrà dimostrare, in aggiunta ai requisiti pregressi richiesti dal disciplinare di gara, la disponibilità concreta di almeno EU 7 milioni circa, tra depositi ed affidamenti bancari.

40.9. Il rilievo è infondato.

Il sequestro penale dell'azienda ne ha degradato la capacità economico-finanziaria a "due linee di credito" per complessivi euro 2.6 milioni" (circostanza pacifica).

Senonché, l'avvio del servizio e la gestione di primo quadrimestre, richiedevano un impegno finanziario di quasi sette milioni di euro.

Ebbene, non è revocabile in dubbio che la capacità economica sia venuta meno in capo alla -OMISSIS-. E poiché i requisiti soggettivi e oggettivi devono essere posseduto costantemente dall'impresa (vedi quanto chiarito sopra a tale proposito), ne consegue che legittimamente la stazione appaltante ha tratto, dalla sopravvenuta circostanza, le divise conseguenze.

Non si è trattato di un nuovo requisito introdotto ex post, ma dello stesso requisito che l'impresa non ha mantenuto costantemente nel corso della procedura.

41. Il Collegio osserva che le suddette circostanze (sopra enucleate sub lett. a-b-c-d-) non possono formare oggetto di sindacato nel merito, ovvero riguardo al giudizio che ne ha tratto l'amministrazione; lo scrutinio si arresta al profilo (qui ricorrente) della non irragionevolezza e incoerenza della decisione rispetto ai suoi stessi presupposti.

41.1. La decisione di revocare la commessa all'impresa -OMISSIS-, in ragione delle vicende che hanno caratterizzato gli sviluppi post aggiudicazione, si regge, dunque, su sufficienti e congruenti presupposti, di cui l'amministrazione prima e il Tar dopo, hanno dato condivisibile conto e motivazione.

41.2. Il provvedimento di revoca disposto nei confronti di -OMISSIS- s'appalesa, dunque, legittimo, e la sentenza merita conferma in parte qua.

42. Con lo stesso provvedimento (-OMISSIS-), il Comune ha disposto, altresì, l'annullamento dell'aggiudicazione per accertata carenza originaria del requisito di capacità tecnico-professionale.

42.1. La determinazione in parola è, dunque, plurimotivata, ovvero si regge su due autonomi profili escludenti tali per cui la legittimità dell'uno è sufficiente a reggere l'atto e determinare, rispetto all'altro profilo viziante, una sopravvenuta carenza di interesse alla sua trattazione.

42.2. Se ne dovrebbe inferire, pertanto, l'improcedibilità del ricorso rispetto al motivo di annullamento dell'aggiudicazione che riposa sulla carenza del requisito di capacità tecnica, di cui al punto E-4 del disciplinare di gara, accertata per effetto della sentenza del Consiglio di Giustizia

Amministrativa per la Regione Siciliana (CGARS) n. -OMISSIS-.

42.3. Ad ogni modo, il motivo di appello s'appalesa comunque infondato.

E' sufficiente osservare, a integrazione delle condivise argomentazioni rese dal Tar, che:

- il punto E.4.1) del disciplinare prevedeva di servizi analoghi nel triennio 2015/2017 per un ambito territoriale con popolazione servita in ciascun anno di almeno 80.000 abitanti;

- per comprovare il requisito di capacità tecnica, l'impresa -OMISSIS- ha prodotto il contratto concluso con il Comune di -OMISSIS-;

- senonché, tale contratto è stato dichiarato inefficace dal CGRS con la sentenza n. -OMISSIS-, ciò a cagione di errori indotti nella commissione di gara dalla stessa -OMISSIS- e che ne dovevano comportare l'esclusione.

Orbene, la *lex specialis* della gara per cui oggi è causa, prevedeva, quale causa esplicita di esclusione, l'ipotesi che, in riferimento ai servizi analoghi, "i relativi contratti si siano risolti per causa dell'affidatario".

Il contratto con il comune di -OMISSIS- è stato dichiarato inefficace dal giudice amministrativo.

La declaratoria di inefficacia ha comportato che il relativo contratto si sia risolto per causa imputabile all'affidatario.

La stazione appaltante non aveva margini di opinabilità nell'applicazione della clausola escludente, avendo esaurito a un livello più alto e generale di esercizio la propria discrezionalità (id est, disciplinare di gara), e ricorrendo, nella fattispecie, i presupposti di cui all'art. 80, comma5, lett. c-bis, del D.Lgs n. 50 del 2016.

43. In definitiva, per quanto si qui argomentato, l'appello proposto s'appalesa, in parte qua, infondato.

44. L'appellante ha anche impugnato la sentenza nella parte in cui ha riscontrato legittimo l'affidamento del servizio all'-OMISSIS-.

44.1. L'appello è, in parte qua, improcedibile.

Acclarata la legittimità della esclusione di -OMISSIS- dalla gara, nessun interesse, e prima ancora legittimazione attiva, ha l'impresa ad avversare l'aggiudicazione della commessa alla società -OMISSIS-, nulla potendo ritrarre in termini di vantaggio da una eventuale decisione pur di accoglimento, e carente essendo di posizione giuridica soggettiva tutelabile in giudizio.

45. Il rigetto dell'appello, per le motivazioni che precedono, rende improcedibili, per carenza di interesse, gli appelli incidentali promosso dalla -OMISSIS- e da -OMISSIS-.

45.1. La prima, perché risultata comunque aggiudicataria del servizio.

45.2. La seconda, in quanto ha subordinato il proprio appello alla “denegata ipotesi in cui il (...) Collegio adito dovesse ritenere fondate le censure di --OMISSIS- e, per l’effetto, annullare la predetta Determinazione Dirigenziale n. 1995 del 20 dicembre 2020 e disporre la riammissione di --OMISSIS- alla procedura de quo con la conseguente reviviscenza della Determinazione Dirigenziale n. 1248 del 25 luglio 2019 (provvedimento di aggiudicazione) e della Determinazione Dirigenziale n. -OMISSIS-(efficacia dell’aggiudicazione)”, circostanza, questa, che invererebbe nuovamente l’interesse di -OMISSIS-“acché il Consiglio di Stato esamini i motivi di ricorso dichiarati improcedibili dalla sentenza n. -OMISSIS-”.

46. Per quanto sin qui argomentato:

- l’appello proposto da -OMISSIS- s’appalesa parte infondato e parte improcedibile.
- gli appelli incidentali, proposti da -OMISSIS- e -OMISSIS-, vanno dichiarati entrambi improcedibili.

47. In conclusione, definitivamente pronunciando sugli appelli in esame, previa loro riunione, la Sezione così decide:

a) sull’appello n. 4705/2021:

- respinge l’appello principale, proposto dall’impresa -OMISSIS-;
- respinge l’appello incidentale proposto dall’impresa -OMISSIS-

b) sull’appello n. 5069/2021

- in parte respinge e in parte dichiara improcedibile l’appello principale proposto dalla società -OMISSIS-
- dichiara improcedibile gli appelli incidentali proposti da -OMISSIS- e -OMISSIS-.

Le spese relative ad entrambi gli appelli possono essere compensate tra le parti, tenuto conto della complessità dei giudizi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, così decide:

a) appello n. 4705/2021:

- respinge l’appello principale, proposto dall’impresa -OMISSIS-;

- respinge l'appello incidentale proposto dall'impresa -OMISSIS-

b) appello n. 5069/2021:

-in parte respinge e in parte dichiara improcedibile l'appello principale proposto dalla società -OMISSIS-

- dichiara improcedibile gli appelli incidentali proposti da -OMISSIS- e -OMISSIS-.

Spese compensate.

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.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Daniela Di Carlo, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere, Estensore

Michele Conforti, Consigliere

[1] Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013; Id., sez. V, 30 luglio 2018, n. 4664; Tar Sardegna, sez. I, 8 aprile 2021, n. 246. Tuttavia, nel senso che l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione di una gara pubblica non comporta l'automatica aggiudicazione al ricorrente, atteso che, ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a., spetta alla p.a., autrice del bando di gara, esercitare i propri poteri rinnovando se necessario il procedimento, nel rispetto dei principi stabiliti dalla legge, Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2017, n. 841.