

## Potere discrezionale “bifronte” della P.A. in materia di esclusione dalla gara per grave illecito professionale e sindacato del G.A.

di Gianluigi Delle Cave

Data di pubblicazione: 9-11-2021

*L'esclusione dalla gara per grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, disegna un potere discrezionale in una duplice prospettiva: è connotato da discrezionalità tecnica, specie nell'apprezzamento dei fatti (i precedenti contrattuali della società) e nella sussunzione dei medesimi nell'ambito dei gravi illeciti professionali, e da discrezionalità amministrativa, in particolare nella valutazione relativa alla conseguente, o meno, inaffidabilità dell'impresa, non venendo in predicato, in tale caso, una scienza tecnica o giuridica ma una valutazione di opportunità circa il venir meno dell'affidabilità a cagione della precedente condotta dell'operatore.*

### Guida alla lettura

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (“CGARS”), nella sentenza in commento, ha chiarito come la fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50 del 2016 (i.e. esclusione per “**gravi illeciti professionali**”) si fonda quindi su tre elementi costitutivi: i gravi illeciti professionali commessi dall'operatore economico e l'idoneità di questi a rendere dubbia l'integrità e la moralità, nonché la dimostrazione della stazione appaltante della sussistenza di detti due elementi. La norma contempla poi alcune situazioni che integrano il requisito dei gravi illeciti professionali quali: (i) le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; (ii) il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio e il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sulla gara, nonché (iii) l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

L'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella lettera c) del comma 5 dell'art. 80 è, peraltro, **meramente esemplificativa**, per come è reso evidente sia dalla possibilità della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione “con mezzi adeguati”, sia dall'*incipit* del secondo inciso (si veda anche Cons. Stato, sez. IV, 8 ottobre 2020 n. 5967).

Ebbene, secondo i giudici di *secondo grado*, armonicamente con la formulazione “aperta” della norma, il potere di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) del Codice è un potere discrezionale in una

duplice prospettiva. Esso, infatti, è connotato:

(a) da **discrezionalità tecnica**, specie nell'apprezzamento dei fatti e nella sussunzione dei medesimi nell'ambito dei gravi illeciti professionali;

(b) da **discrezionalità amministrativa**, specie nella valutazione relativa alla conseguente, o meno, inaffidabilità dell'impresa, laddove bisogna stabilire se i "*gravi illeciti professionali*" sono "*tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*", non venendo in predicato, in tale caso, una scienza tecnica o giuridica (che invece soccorre nel sussumere le condotte poste in essere dall'operatore nella nozione di gravi illeciti professionali) ma una valutazione di opportunità circa il venir meno dell'affidabilità a cagione della precedente condotta dell'operatore.

Alla luce di ciò, il CGARS ha evidenziato come "*la commistione fra discrezionalità tecnica e amministrativa deriva dalla compartecipazione di due organi a detta attività valutativa, la Commissione di gara, organo tecnico nella composizione e nell'attività che svolge, e il RUP, nel quale alle competenze tecniche si aggiunge il potere di scelta amministrativa (in quanto organo dell'Amministrazione)*".

Orbene, in quanto potere amministrativo altamente discrezionale, esso non è vincolato dalla legge in modo tale che possa ritenersi sussistere un solo atto legittimamente attuativo della norma. Vi è infatti potere discrezionale se la disposizione di legge può essere attuata (legittimamente) attraverso atti di vario contenuto (atteso che la discrezionalità comporta una scelta fra più soluzioni possibili), la cui individuazione discende da un giudizio che, purché "affidabile" (nel senso di non illogico, non omissivo, non abnorme), rimane insindacabile dal giudice della legittimità amministrativa (pur essendo passibile di valutazione da parte del giudice contabile per quanto riguarda la responsabilità per *mala gestio*), fatto salvo il rispetto dei canoni (discendenti dalla legge e/o dai principi generali) che governano l'esercizio della funzione. Il rispetto di detti ultimi limiti "*costituisce l'oggetto del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità amministrativa, nella prospettiva della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione in relazione al fine pubblico*".

Quanto invece alla discrezionalità tecnica, pure si è specificato che il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della Commissione non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto "*il sindacato sostitutivo non può essere svolto al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica*" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2019 n. 173). In buona sostanza, dunque, per **sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice** non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare "*la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto*" (v. Cons. Stato, sez. II, 2 settembre 2019 n. 6058).

Ciò detto, il CGARS ha ulteriormente evidenziato come, nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) del Codice, la discrezionalità si esplica innanzitutto sull'*an*: la richiamata lett. c) non fa derivare l'esclusione da una circostanza indipendente dalla volontà

dell'Amministrazione, al pari delle fattispecie escludenti di cui ad altre lettere del medesimo comma 5 dell'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016 (sottoposizione a fallimento, conflitto di interessi, distorsione della concorrenza, ecc.) ma dalla dimostrazione della stazione appaltante circa l'**inaffidabilità** dell'operatore economico. E, benché la disposizione individui i gravi illeciti professionali come causa della valutazione discrezionale di inaffidabilità, essa non stabilisce un rapporto di necessarietà fra le due situazioni, il verificarsi del grave illecito professionale e la valutazione di inaffidabilità. Da ciò discende che, una volta accertato il grave illecito professionale, l'Amministrazione adotta il provvedimento espulsivo solo laddove ritenga che la commissione di detto illecito abbia reso l'operatore economico inaffidabile. Il relativo giudizio, quindi, *“è espressione di ampia discrezionalità da parte della p.a., cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore”*. Ne consegue che il sindacato che il g.a. è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento *“deve essere mantenuto sul piano della ‘non pretestuosità’ della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera ‘non condivisibilità’ della valutazione stessa”* (Cons. Stato, sez. IV, 8 ottobre 2020 n. 5967 e Id., sez. V, 27 febbraio 2019 n. 1367).

Ed ancora, sottolineano i giudici amministrativi che, al fine di inquadrare la fattispecie, l'ampia discrezionalità che connota il potere escludente di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) del d. lgs. n. 50 del 2016 trova il proprio fondamento anche nel diritto UE, che disegna detta causa di esclusione come facoltativa. Ed infatti, ai sensi dell'art. 57 par. 4 della direttiva 2014/24, le amministrazioni aggiudicatrici *“possono escludere”* oppure gli Stati membri *“possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere”* dalla partecipazione alla procedura di appalto un operatore economico in una delle già elencate situazioni: dal testo della disposizione in questione risulta quindi che *“il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto è stato affidato alle amministrazioni aggiudicatrici, e non a un giudice nazionale”* (CGUE, sez. IV, 19 giugno 2019, C-41/18).

In sintesi, la facoltà di cui dispone qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di appalto è destinata in modo particolare a consentirle di **valutare l'integrità e l'affidabilità** di ciascuno degli offerenti. In particolare, viene in evidenza un *“elemento essenziale del rapporto tra l'aggiudicatario dell'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice, vale a dire l'affidabilità del primo, sulla quale si fonda la fiducia che vi ripone la seconda”*. In tal senso, il considerando 101, comma 1, della direttiva sopra menzionata prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere gli *“operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili”*, mentre il comma 2 prende in considerazione, nell'esecuzione degli appalti pubblici precedenti, *“comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico”*.

Nell'ambito della discrezionalità di cui beneficia l'Amministrazione, la Corte di giustizia ha stabilito che le amministrazioni aggiudicatrici devono poter escludere un operatore economico *“in qualunque momento della procedura”* e non solo dopo che un organo giurisdizionale ha pronunciato la sua sentenza, il che costituisce un indizio ulteriore della volontà del legislatore dell'Unione di lasciare un **ampio margine di scelta** all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare la propria valutazione sull'affidabilità dell'operatore economico. E ciò in quanto *“se un'amministrazione aggiudicatrice dovesse essere automaticamente vincolata da una*

*valutazione effettuata da un terzo, le sarebbe probabilmente difficile accordare un'attenzione particolare al principio di proporzionalità al momento dell'applicazione dei motivi facoltativi di esclusione. Orbene, secondo il considerando 101 della direttiva 2014/24, tale principio implica in particolare che, prima di decidere di escludere un operatore economico, una simile amministrazione aggiudicatrice prenda in considerazione il carattere lieve delle irregolarità commesse o la ripetizione di lievi irregolarità" (ancora CGUE, sez. IV, 19 giugno 2019, C-41/18).*

Ne deriva che la Corte di giustizia non impone all'Amministrazione di inferire da un'irregolarità non definitiva (in quanto oggetto di contenzioso) l'inaffidabilità, pretendendo piuttosto che sia lasciata alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione di detta irregolarità, in un'ottica che tende a riconoscere e a confidare nella **capacità valutativa del soggetto pubblico**. Tanto è vero che nella motivazione della pronuncia della CGUE più volte richiamata si legge proprio che *"il potere discrezionale che l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 conferisce all'amministrazione aggiudicatrice è infatti paralizzato dalla semplice proposizione da parte di un candidato o di un offerente di un ricorso diretto contro la risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico di cui era firmatario, quand'anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione"*.

## REPUBBLICA ITALIANA

### IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

#### II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

##### Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

#### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 430 del 2021, proposto dalla società

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Gianni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

#### **contro**

Comune di Taormina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Scuderi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Palermo, via Gioacchino Ventura n. 1;

Regione Siciliana - Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità in persona del

legale rappresentante *pro tempore* , rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore* , rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Rotigliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Palermo, via Filippo Cordova, n. 95;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta) n. -OMISSIS-, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Taormina e di Regione Siciliana - Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 settembre 2021 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. La controversia riguarda la procedura di gara indetta dal Comune di Taormina, con bando 30 maggio 2018, per l'affidamento del *“servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati ed indifferenziati, compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene pubblica all'interno dell'A.R.O. di Taormina”* (CIG 74371523FB).

2. Nella graduatoria finale è risultata prima classificata (e successivamente aggiudicataria) -OMISSIS- (di seguito: “-OMISSIS-”), con punteggio complessivo di 92,2626, mentre al secondo posto si è collocata, con punti 88,6857, -OMISSIS- (di seguito: “-OMISSIS-”).

3. Quest'ultima ha impugnato l'aggiudicazione e gli atti di gara, deducendo, per quanto di interesse in questa sede, la violazione dell'art. 80 comma 5 lett. c) del d. lgs. n. 50 del 2016 e del paragrafo 5.3, lett. e) del bando, nonché difetto di motivazione e di istruttoria atteso che l'esistenza delle vicende patologiche dichiarate dalla -OMISSIS- avrebbe dovuto indurre la Commissione di gara ad un'attenta valutazione dell'affidabilità dell'impresa.

4. Con sentenza -OMISSIS- il Tar Sicilia – Catania ha accolto il ricorso.

5. Successivamente la Commissione Urega, in data 11 giugno 2020, ha proposto

l'aggiudicazione in favore di -OMISSIS- e, a seguito di interlocuzioni con l'Amministrazione comunale, ha riconvocato i concorrenti per la seduta del 7 settembre 2020 e in quella sede "per la terza volta" ha proposto l'aggiudicazione in favore di -OMISSIS-.

6. -OMISSIS- ha impugnato l'aggiudicazione e gli atti di gara con ricorso al Tar Sicilia – Catania.

7. Il Tar, con sentenza -OMISSIS-, ha accolto il ricorso.

8. -OMISSIS- ha appellato la sentenza davanti a questo CGARS con ricorso n. 430 del 2021.

9. Nel giudizio d'appello si sono costituiti il Comune di Taormina e -OMISSIS-.

10. All'udienza del 22 settembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

11. L'appello è meritevole di accoglimento.

12. Gli esiti del presente giudizio consentono al Collegio di superare l'istanza di rinvio depositata da parte appellante (motivata in ragione della contemporanea discussione di altra causa presso il Tar Napoli, peraltro di natura cautelare): peraltro già in sede di discussione era stato comunicato al sostituto del difensore di parte appellante che esigenze di ruolo non consentivano di accordare il richiesto rinvio, tanto che il predetto delegato ha discusso la causa .

13. Con i primi due motivi ai quali è affidato l'appello -OMISSIS- ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto che:

- la stazione appaltante non abbia effettuato la valutazione sull'affidabilità di -OMISSIS-: l'Amministrazione avrebbe invece svolto detta valutazione, riservata all'Amministrazione e connotata da discrezionalità tecnica (quindi scrutinabile solo in modo estrinseco), sulla base di una rinnovata istruttoria;

- *"l'esito della rinnovazione della valutazione dovesse necessariamente, alla luce del giudicato, condurre l'amministrazione ad apprezzare gli episodi dichiarati dall'impresa in termini di illecito professionale, sostenendo tale posizione attraverso il richiamo all'art. 10-bis, L. n. 241/1990"*;

- il vizio di violazione del giudicato avrebbe dovuto essere proposto con le forme del rito d'ottemperanza e non invece con le modalità proprie del rito ordinario.

13.1. Si premette, in ordine alla censura relativa al rito applicabile alla presente controversia, che il giudice di primo grado ha ritenuto *" l'operato dell'amministrazione e del seggio di gara viziato da difetto di motivazione e dalla violazione delle norme di azione di cui alla rubrica; e la violazione risulta tanto più grave e qualificata, in ragione della circostanza per cui si proveniva*

da un precedente annullamento giurisdizionale ”, decretando “illegittimo” l’operato dell’Amministrazione locale, che non ha provveduto alla “*doverosa valutazione sulla moralità professionale*”.

La pronuncia non appare però lineare in punto di vizio sotteso all’invalidazione dell’atto, posto che altri passaggi motivazionali sono incentrati sul mancato rispetto dell’effetto conformativo del giudicato.

Nondimeno, si rileva che il ricorso di primo grado reca motivi di ricorso basati principalmente sulla violazione di legge e/o della *lex specialis*, laddove solo nella rubrica del primo motivo di ricorso si trova un riferimento alla violazione del giudicato.

Di talché si può affermare, in base alla correlazione tra *petitum* e *causa petendi* in rapporto alla lesione dell’interesse vantato e, dunque, in relazione ai vizi dedotti, che l’oggetto del presente scrutinio sia la violazione di legge e non tanto la violazione o elusione del giudicato, considerando anche l’effetto conformativo discendente dalla pronuncia del Tar n. -OMISSIS-, su cui *infra*.

Ai sensi dell’art. 32 comma 2 primo periodo c.p.a., in base al quale “*il giudice qualifica l’azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali*”, questo Collegio ritiene di qualificare, nel rispetto di quanto deciso dall’Adunanza plenaria 15 gennaio 2020 n. 2, il ricorso introduttivo come domanda di annullamento e non come ricorso per ottemperanza al fine di fare valere la violazione del giudicato.

Posto che la sede per sindacare la legittimità dell’atto in sede di riedizione del potere amministrativo sotto profili che non abbiano formato oggetto delle statuizioni della sentenza (e che non integrano l’ambito della deducibilità) è il giudizio ordinario di cognizione, non si pone un problema di rito, o, meglio, di conversione del rito ordinario in rito speciale d’ottemperanza.

13.2. Premesso ciò, lo scrutinio delle ulteriori censure richiede di ripercorrere le tappe principali della vicenda controversa.

Con sentenza -OMISSIS- (non impugnata) il Tar ha annullato l’aggiudicazione a -OMISSIS-, accogliendo il terzo motivo di ricorso, relativo alla violazione dell’art. 80 comma 5 lett. c del d. lgs. n. 50 del 2016 *ratione temporis* vigente (in particolare lo stesso Tar ha rappresentato il terzo motivo di ricorso come avente ad oggetto “*l’esistenza delle vicende patologiche dichiarate dalla -OMISSIS- ” che avrebbero “ dovuto indurre la Commissione di gara ad un’attenta valutazione e verifica circa l’attitudine di tali precedenti a fare revocare in dubbio l’affidabilità dell’impresa ”*).

13.3. In seguito a detta pronuncia, il rup (con nota 27 marzo 2020, inviata alla -OMISSIS- e alle amministrazioni interessate) ha avviato l’istruttoria, volta ad acquisire la documentazione relativa ai precedenti contrattuali della società.

Acquisita la documentazione, la Commissione di gara, durante la seduta dell’11 giugno 2020, “*visti gli atti di gara e la documentazione del RUP prima elencata, dalla quale si rileva che la*

*-OMISSIS- ha svolto le prestazioni regolarmente e che le penali comminatele risultano contestate ed ancora non definite o transatte (Publiambiente e Comune di Villa Literno), come da attestazioni/dichiarazioni prodotte dalle varie amministrazioni ”, non ha rilevato “ motivi oggettivi di esclusione quali: significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto, gravi illeciti professionali posti in essere nelle procedure di gara ” e ha riproposto l’aggiudicazione a -OMISSIS-.*

Dopo che la società -OMISSIS- ha contestato la predetta decisione per omessa pubblicità della seduta, la Commissione di gara, nella seduta del 7 settembre 2020, ha rivalutato la documentazione, riproponendo l’aggiudicazione in favore di -OMISSIS-, dopo aver concluso che *“la commissione, rivisti gli atti di gara, riassunti nel prospetto sopra riportato [...] dai quali si rileva che la -OMISSIS- ha svolto le prestazioni regolarmente e che le penali comminatele risultano contestate ed al momento della gara ancora non definite (confermate anche dalla documentazione trasmessa da trucco nella quale risulterà anche Atti transattivi o tentativi di conciliazione Puglia in mente e comune di Villa Literno, Acerra) e che la rescissione ove si è concretizzata ha ad argomento fatti non attinenti l’affidabilità dell’impresa nell’esecuzione servizio, come da attestazioni/dichiarazioni delle varie amministrazioni/enti prodotte da -OMISSIS- nel DGUE, non rileva motivi oggettivi di esclusione quali: significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto, gravi illeciti professionali posti in essere nelle procedure di gara, così come dettano le linee guida n 6 dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, approvate dal Consiglio con delibera numero 1293 del 16 novembre 2016 ed aggiornate con delibera del Consiglio numero 1008 del 11 ottobre 2017”.*

Detti provvedimenti sono stati impugnati nell’ambito del presente giudizio.

13.4. Con la sentenza qui impugnata il giudice di primo grado ha dapprima affermato che:

- la Commissione ha ritenuto che la contestazione in giudizio impedisse di apprezzare il precedente alla stregua di un grave illecito professionale, *“ignorando del tutto i principi contenuti nella sentenza della Corte di Giustizia UE 19/6/19, causa C-41/18, richiamata dalla ricorrente”;*

- i casi di rescissione che hanno visto come protagonista -OMISSIS- sarebbero stati ritenuti non rilevanti in ragione della considerazione in base alla quale *“la risoluzione determinata da illeciti commessi in sede di assegnazione dell’appalto e non di esecuzione dei lavori non assumerebbe rilievo ai fini della valutazione della moralità professionale della ditta”;*

- tale asserzione si porrebbe in insanabile contrasto con il disposto dell’art. 80, comma 5, lett. c), che sanziona con l’esclusione *“il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione”;*

- inoltre la stazione appaltante, da una parte, non avrebbe espresso alcuna valutazione circa la condotta censurabile tenuta dalla -OMISSIS- in occasione dell’appalto di Casola – *“ non valendo certamente a sanare la posizione dell’impresa la produzione delle certificazioni attestanti la regolare esecuzione di un appalto la cui aggiudicazione era a monte viziata ”* – e,

dall'altro lato, avrebbe *"liquidato"* la questione relativa al precedente di Publiambiente (oggi Alia Servizi Ambientali) ritenendo che *"le contestazioni della Stazione appaltante si riferiscono ad un periodo complessivo di due mesi di servizio avviato d'urgenza l'1.12.2015 e revocato il 27.01.2016. La cessazione anticipata del rapporto contrattuale è stata contestata in giudizio e la vicenda si è conclusa con atto di transazione dell'1.02.2019 che esclude espressamente ogni riconoscimento di responsabilità"*;

- il breve arco di tempo in cui si è protratto il contratto, lungi dal rappresentare *"un'attenuante"*, sarebbe la conseguenza della tempestiva revoca dell'aggiudicazione cui la committente è stata costretta a causa delle numerose inadempienze di cui la ditta appaltatrice si è resa responsabile in sede di esecuzione dei lavori;

- neppure potrebbe ritenersi che il deficit di informazione/valutazione sia stato successivamente colmato per mezzo dell'attività istruttoria svolta dal rup dopo la esplicita richiesta avanzatagli in data 29 ottobre 2019 dalla -OMISSIS-, posto che tale organo: *"(i) si è limitato ad interpellare solo alcune delle stazioni appaltanti (omettendo, invece, di estendere l'attività istruttoria anche agli altri episodi citati dalla stessa -OMISSIS-, e di considerare ad esempio anche l'appalto bandito da Publiambiente spa); (ii) ha effettuato gli accertamenti verosimilmente in un solo giorno (tra il 29.10.2019 – data in cui ha ricevuto il sollecito della -OMISSIS- – ed il 30.10.2019, data in cui ha formalizzato le proprie conclusioni); (iii) non ha specificato le modalità attraverso le quali avrebbe svolto le asserite indagini"*.

Da ultimo il Tar ha concluso rilevando che *" la società controinteressata - con riguardo alle gare indette da Publiambiente spa, Comune di Gela, Comune di Riesi, Comune di Piazza Armerina, Comune di Acerra, Comune di Acireale, Comune di Marano, indicate nella propria domanda di partecipazione - si era limitata a menzionare lo scioglimento unilaterale del rapporto, le penalità e le decurtazioni subite, senza fornire alcuna indicazione circa le ragioni che hanno determinato l'adozione dei citati provvedimenti, e senza quindi consentire al Comune di Taormina di poter effettuare quelle valutazioni funzionali ad apprezzare l'affidabilità del concorrente. In altre parole, non ricorre l'ipotesi della "dichiarazione falsa", che dà luogo all'automatica esclusione, ma piuttosto quella della dichiarazione incompleta (o reticente) che postula l'esercizio di una attività valutativa da parte della stazione appaltante. Ed infatti, proprio con riferimento alla stessa impresa, ma a diversa gara d'appalto, questo Tribunale (Sez. I, sentenza n. 2235/2018) ha già avuto modo di specificare che avuto riguardo alle plurime risoluzioni subite dalla controinteressata (ancorché sub iudice ) e delle penali contrattuali dichiarate (le quali non risulta-no tutte giudizialmente contestate), ritiene il Collegio che la stazione appaltate era tenuta a compiere una doverosa valutazione sulla moralità professionale, di cui però non v'è traccia nel verbale di gara"*.

13.5. Esposta per sommi capi la vicenda controversa il Collegio osserva quanto segue.

La Commissione di gara, nella seduta del 7 settembre 2020 (e prima nella seduta dell'11 giugno 2020), ha dapprima riepilogato le situazioni che avrebbero potuto portare la stazione appaltante a ritenere dubbia l'affidabilità di -OMISSIS-, evidenziando specificamente le notizie apprese in seguito all'approfondimento istruttorio disposto dal rup.

Lo schema riassuntivo contiene i seguenti riferimenti:

- Casola: la società aveva già reso noto la circostanza dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, oggetto di contenzioso concluso sfavorevolmente per -OMISSIS-, e la pendenza del procedimento penale per falsa attestazione davanti al Tribunale di Napoli e di altro procedimento davanti al Tribunale di Torre Annunziata, nonché la pronuncia del Consiglio di Stato, che ha escluso che l'episodio possa rilevare quale causa di esclusione, oltre che la sussistenza del certificato di regolare esecuzione del contratto; il rup ha trasmesso documentazione riguardante la regolare esecuzione del contratto;

- Publiambiente s.p.a.: la società aveva già reso noto la circostanza delle penali e dello scioglimento unilaterale del rapporto, senza riportare le inadempienze, e del giudizio pendente davanti al Tribunale di Firenze; il rup ha trasmesso l'atto di transazione;

- Villa Literno: la società aveva già reso noto la circostanza della morosità del Comune e del fatto che la società ritiene risolto il contratto mentre il Comune ha contestato la grave negligenza della società, della comunicazione al casellario ANAC, dell'accoglimento dell'appello cautelare da parte del Consiglio di Stato e della modesta entità delle penali, oltre che il giudizio pendente davanti al tribunale di Napoli e il certificato di servizio; il rup ha trasmesso notizia dell'applicazione di penali pari allo 0.84% dell'importo contrattuale, della stipulazione dell'accordo transattivo e della cancellazione dell'annotazione con provvedimento ANAC;

- Gela: la società aveva già reso noto la circostanza della morosità del Comune e del fatto che la società ritiene risolto il contratto mentre il Comune ha contestato la grave negligenza della società, della comunicazione al casellario ANAC, dell'accoglimento dell'appello cautelare da parte del Consiglio di Stato e della modesta entità delle penali, oltre che il giudizio pendente davanti al tribunale di Napoli e il certificato di servizio; il rup ha trasmesso notizia dell'applicazione di penali pari allo 0,84% dell'importo contrattuale, della stipulazione dell'accordo transattivo e della cancellazione dell'annotazione con provvedimento ANAC;

- Mondragone: la società aveva già reso noto la circostanza che il Comune "moroso" ha intimato la prosecuzione delle attività mentre la società ha ottenuto dei decreti ingiuntivi, oltre alla pendenza di un contenzioso davanti al Tribunale di Napoli; il rup non ha trasmesso ulteriori notizie;

- Gela: la società aveva già reso noto la morosità del Comune "moroso" e l'ottenimento dei decreti ingiuntivi, oltre all'applicazione di penali (che risultano contestate in un procedimento non concluso); il rup ha trasmesso attestato di regolare esecuzione, una scrittura privata transattiva, riguardante un debito del Comune nei confronti di -OMISSIS-, notizie in ordine a un contenzioso pendente presso il Tribunale di Palermo per revoca dei decreti ingiuntivi, di cui non è noto l'esito;

- Riesi: la società aveva già reso nota l'applicazione di penali e decurtazioni, oggetto di contenzioso; il rup ha comunicato l'avvenuta applicazione di penali, pari allo 0,598% dell'importo contrattuale;

- Piazza Armerina: la società aveva già reso nota l'applicazione di penali e decurtazioni, oggetto di contenzioso; il rup ha comunicato l'avvenuta applicazione di penali, pari allo 0,3% dell'importo contrattuale;
- Acerra: la società aveva già reso nota l'applicazione di penali e decurtazioni, oggetto di contenzioso; il rup ha comunicato l'avvenuta applicazione di penali nel 2020, pari allo 1,15% dell'importo contrattuale, oltre a precedenti penali, oggetto di un contenzioso non concluso;
- Acireale: la società aveva già reso nota l'applicazione di penali e decurtazioni, oggetto di contenzioso; il rup ha comunicato l'avvenuta applicazione di penali, pari allo 0,36% dell'importo contrattuale, contestate davanti al Tribunale di Catania;
- Marano: la società aveva già reso nota l'applicazione di penali e decurtazioni, oggetto di contenzioso; il rup ha comunicato l'avvenuta applicazione di penali, nel 2017, nel 2018 e nel 2019 (risultano contestate quelle relative ai primi due anni);
- Boscotrecase: la società aveva trasmesso il certificato di regolare esecuzione senza protocollo e data; il rup non ha trasmesso ulteriori notizie;
- Procida: la società aveva trasmesso il certificato di regolare esecuzione; il rup non ha trasmesso ulteriori notizie;
- SRR4 Caltanissetta: la società aveva trasmesso certificato di regolare esecuzione anno 2016; il rup ha trasmesso ulteriori certificati per periodi successivi;
- Monte di Procida: la società aveva trasmesso il certificato di regolare esecuzione senza protocollo e data; il rup non ha trasmesso ulteriori notizie;
- San Giovanni Rotondo e Pollena Trocchia: la società aveva trasmesso il certificato di regolare esecuzione senza protocollo e data; il rup non ha trasmesso ulteriori notizie.

La Commissione di gara ha poi svolto, nell'ambito della medesima seduta, la conseguente valutazione sull'integrazione della fattispecie escludente di cui all'art. 80 comma 5 lett. c del d. lgs. n. 50 del 2016, prendendo in considerazione gli elementi riportati nello schema riassuntivo.

La Commissione di gara non ha reputato le suddette vicende integranti detta fattispecie dal momento che *“la -OMISSIS- ha svolto le prestazioni regolarmente”, “ le penali comminatele risultano contestate ed al momento della gara non definite ”, “ la rescissione ove si è concretizzata ha ad argomento fatti non attinenti all'affidabilità dell'impresa nell'esecuzione del servizio ”* (verbale 7 settembre 2020).

Con determina 16 settembre 2020 n. 278 il rup, dopo avere richiamato il suddetto verbale di gara, lo ha approvato e ha aggiudicato la gara a -OMISSIS- (svolgendo ulteriori considerazioni, su cui *infra*).

13.6. In tale contesto il Collegio ritiene che l'Amministrazione abbia svolto la valutazione dei precedenti contrattuali che hanno visto protagonista l'aggiudicataria e che essa non sia censurabile sulla base dei motivi dedotti.

13.7. Innanzitutto, quanto alla portata del giudicato derivante dalla sentenza -OMISSIS-, il Tar ha ritenuto l'operato dell'Amministrazione e del seggio di gara viziato da difetto di motivazione e dalla violazione delle norme di cui al primo motivo di ricorso (*"nullità per violazione e/o elusione del giudicato (art. 21 septies l. n. 241/90) – violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), d. lgs. n. 50/16 – difetto di motivazione"*), tanto più grave in ragione del precedente annullamento giurisdizionale.

Il medesimo giudice ha aggiunto *"salva restando la possibilità per la stazione appaltante di operare la valutazione che è mancata"*.

L'effetto conformativo derivante da detta pronuncia è quindi volto a tutelare l'interesse strumentale dell'allora ricorrente, qui appellata, la società -OMISSIS-: dalla pronuncia discende infatti l'obbligo, per la stazione appaltante, di valutare la moralità professionale di -OMISSIS- (*"ritiene il Collegio che la stazione appaltante era tenuta a compiere una doverosa valutazione sulla moralità professionale, di cui però non v'è traccia nel verbale di gara"*), anche in ragione delle omissioni contenute nelle dichiarazioni rese in gara dall'aggiudicataria in merito a pregressi rapporti contrattuali della medesima con altre amministrazioni (*"non ricorre l'ipotesi della "dichiarazione falsa", che dà luogo all'automatica esclusione, ma piuttosto quella della dichiarazione incompleta (o reticente) che postula l'esercizio di una attività valutativa da parte della stazione appaltante"*).

In particolare con sentenza -OMISSIS- il Tar ha accolto *"il terzo motivo di ricorso – col quale, appunto, era stato dedotto il difetto di motivazione circa il rilievo escludente dei numerosi precedenti della -OMISSIS- – dichiarando assorbiti gli altri memoria"* (così parte appellata nella memoria 4 maggio 2021) e non il secondo e il terzo motivo di ricorso, rimasti invece assorbiti, incentrati anche sulla violazione degli obblighi informativi in sede di gara da parte di -OMISSIS- (così nella sentenza n. -OMISSIS-). Sicché il riferimento alle dichiarazioni incomplete dell'aggiudicataria, contenuto nella sentenza *ottemperanda*, deve essere inteso nel senso di compulsare l'Amministrazione ad acquisirle, in modo da valutare la posizione della società in modo completo, e non invece nel senso di imporre una valutazione della condotta di -OMISSIS- nella gara qui controversa in punto di omissioni dichiarative.

L'ottemperanza a detta pronuncia avrebbe quindi richiesto, come in effetti è stato, che l'Amministrazione rinnovasse la procedura nella parte che aveva costituito la ragione dell'annullamento, quindi la valutazione dei precedenti professionali di -OMISSIS- e la conseguente aggiudicazione.

Né può farsi discendere dalla sentenza n. -OMISSIS- la necessità che la rinnovazione dell'attività procedimentale dovesse comportare l'esclusione della -OMISSIS- sulla base del principio recepito anche dall'attuale art. 10- *bis* della legge n. 241 del 1990, in base al quale, *"in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi"*

*già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato".*

La teoria del *one shot* è, per costante giurisprudenza, ritenuta estranea al nostro ordinamento, poiché in contrasto con il principio di inesauribilità del potere amministrativo, a sua volta, giustificato dalla necessità che la tutela pubblica sia continuativamente assicurata (Cons. St., sez. III, 11 novembre 2019 n. 8435, sez. IV, 29 ottobre 2108 n. 6146 e 7 aprile 2017 n. 1620).

Trova invece applicazione, secondo un orientamento giurisprudenziale, la diversa teorica del c.d. *one shot* temperato, per la quale, ad evitare che l'Amministrazione possa riprovedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale, è dovere della pubblica amministrazione riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato (Cons. St., sez. IV, 15 maggio 2020 n. 3095).

Nel caso di specie è ciò che è avvenuto (conformemente alla norma), atteso che gli atti qui impugnati sono stati adottati in seguito all'(unico) annullamento disposto dalla sentenza n. -OMISSIS-: in disparte ogni valutazione in merito alla vigenza nel nostro ordinamento di detto principio, non si pone nel caso di specie un tema di violazione del medesimo.

Si rileva, peraltro, che il principio dello *one shot* temperato, secondo cui l'Amministrazione, a seguito dell'annullamento di un proprio atto, può rinnovare il procedimento per una sola volta, dovendo perciò riesaminare l'affare nella sua interezza e sollevando, una volta per tutte, ogni questione ritenuta rilevante, fa sì che essa non possa “ *successivamente tornare a decidere in senso sfavorevole neppure in relazione a profili non ancora esaminati* ” (Cons. St., sez. IV, 15 maggio 2020 n. 3095).

Detto principio, pertanto, è posto a tutela della parte istante, e in particolare dell'interesse pretensivo del medesimo, che, avendo presentato un'istanza ampliativa, ha ricevuto un provvedimento negativo, annullato dal giudice. Ciò è reso evidente dalla lettera dell'art. 10- *bis* della legge n. 241 del 1990, che riguarda i procedimenti ad istanza di parte, il diniego ricevuto dagli istanti che hanno presentato osservazioni, il successivo annullamento di detto diniego e la regola per cui “ *nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato* ”. La regola è quindi posta a tutela del soggetto istante che ha ricevuto un diniego, poi annullato in sede giurisdizionale (e non opera rispetto a atti di secondo grado posti in essere dalla stessa Amministrazione).

Essa, confrontandosi con il principio di continuità dell'attività amministrativa e, attraverso quest'ultimo, con il principio di buon andamento, non è passibile di interpretazione analogica, non potendo quindi andare a favore del soggetto che non ha presentato l'istanza di avvio del procedimento, come nel caso di specie, laddove la concorrente -OMISSIS- ha “sollecitato” il diniego (o meglio, l'esclusione) della domanda di partecipazione di altro soggetto, la -OMISSIS-.

Non è il caso del ricorrente di primo grado in questo giudizio, che non ha impugnato un

provvedimento negativo circa l'istanza (l'offerta) dal medesimo presentata ma ha gravato un provvedimento positivo reso sull'istanza di un concorrente, di talché non risponde a un suo interesse pretensivo invocare il principio dello *one shot* temperato.

Nel caso di specie, pertanto, il principio non risulta supportare in modo pertinente la domanda di annullamento dell'atto e la decisione di annullamento del giudice di primo grado.

Del resto, l'Ad. plen. ha espressamente osservato che, *“nel caso di giudicato di annullamento su vizi sostanziali, la riedizione del potere, con commissione di eventuali nuovi vizi, dia luogo a violazione/elusione del giudicato ogniqualevolta i nuovi vizi derivino da una nuova valutazione su aspetti incontrovertiti e non indicati dal giudicato come necessitanti di una nuova valutazione”* (Ad. plen. 15 gennaio 2013 n. 2), mentre nel caso di specie l'obbligo di compiere una nuova valutazione dei precedenti di -OMISSIS- deriva direttamente dalla sentenza n. -OMISSIS-.

Non si pone quindi, in questo giudizio, una questione relativa al rispetto del principio dello *one shot* temperato.

13.8. Considerata la portata conformativa derivante dalla sentenza n. -OMISSIS-, si ritiene che la stazione appaltante abbia adempiuto l'obbligo di rinnovazione della gara, con riferimento alle precedenti determinazioni invalidate con la sentenza n. -OMISSIS-.

Si ritiene innanzitutto che la circostanza che la Commissione di gara si sia riunita due volte per rinnovare la valutazione dei precedenti di -OMISSIS-, in data 11 giugno 2020 e in data 7 settembre 2020, e che la seconda seduta sia stata convocata dopo che -OMISSIS- ha rilevato la mancata pubblicità della prima convocazione, non costituisce di per sé un motivo di invalidità di detto scrutinio, atteso anche che il verbale della seconda seduta riporta lo svolgimento di un'attività di maggiore approfondimento sulle vicende pregresse che hanno interessato -OMISSIS- e che la stessa Commissione di gara ha dichiarato di essersi riunita il 7 settembre 2020 per *“meglio esprimere la propria valutazione”*.

Si ritiene pertanto che quanto riportato nel verbale dell'11 giugno 2020 si possa ritenere superato dalla successiva attività, di cui al verbale 7 settembre 2020, tanto è vero che il rup, nella determina di aggiudicazione 16 settembre 2020 n. 278, approva il verbale di Commissione 7 settembre 2020, e non anche quello dell'11 giugno 2020.

In particolare la Commissione di gara ha preso in considerazione, nella seduta del 7 settembre 2020, le precedenti vicende contrattuali che hanno visto -OMISSIS- protagonista, evidenziando le notizie fornite in corso di gara dalla stessa società, rispetto a quelle acquisite successivamente dal rup.

Questi, con nota 27 marzo 2020, ha infatti disposto approfondimenti istruttori nei confronti di Publiambiente s.p.a., Comune di Gela, Comune di Riesi, Comune di Piazza Armerina, Comune di Acerra, Comune di Acireale, Comune di Marano, cioè le amministrazioni richiamate nella sentenza n. -OMISSIS-, che aveva fatto riferimento alla “ridotta” istruttoria compiuta in quell'occasione.

Successivamente l'Amministrazione ha valutato quei precedenti (nei termini esposti *infra*).

Atteso che nella sentenza n. -OMISSIS- non si rinvergono vincoli sul risultato di detta valutazione (che altrimenti si porrebbe comunque un tema di violazione del giudicato) non si pone quindi una questione di ottemperanza al giudicato, ma di violazione di legge nell'ambito dell'attività amministrativa posta in essere in seguito e a causa del *decisum* di cui alla sentenza n. -OMISSIS- (così peraltro anche i motivi del ricorso introduttivo, come illustrato sopra).

13.9. Attraverso gli atti qui impugnati l'Amministrazione ha quindi riesercitato il potere di cui alla causa escludente prevista dall'art. 80 comma 5 lett. c) del d. lgs. n. 50 del 2016 (la cui violazione è stata la causa dell'annullamento giurisdizionale alla base dell'obbligo conformativo), in cui la stessa è chiamata a fissare *"il punto di rottura dell'affidamento nel progresso e/o futuro contraente"* (ss. uu. 17 febbraio 2012 n. 2312 e Ad. plen. 28 agosto 2020 n. 16).

In base all' art. 80 comma 5 lett. c) del d. lgs. n. 50 del 2016, vigente *ratione temporis* (le modifiche di cui all'art. 5 comma 1 del d.l. 14 dicembre 2018 n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019 n. 12, che ha sostituito l'originaria lettera c) con le attuali lettere c), c- bis ) e c- ter ), *" si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indicano le gare, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte "*, così il richiamato art. 5 comma 2 nel caso di specie la gara è stata bandita il 30 maggio 2018), *" la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione"* .

La fattispecie di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) del d. lgs. n. 50 del 2016 si fonda quindi su tre elementi costitutivi: i gravi illeciti professionali commessi dall'operatore economico e l'idoneità di questi a rendere dubbia l'integrità e la moralità, nonché la dimostrazione della stazione appaltante della sussistenza di detti due elementi.

La norma contempla poi alcune situazioni che integrano il requisito dei gravi illeciti professionali quali le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni, il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio e il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sulla gara,

nonché l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

L'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella lettera c) del comma 5 dell'art. 80 è, peraltro, meramente esemplificativa, per come è reso evidente sia dalla possibilità della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione “*con mezzi adeguati*”, sia dall' *incipit* del secondo inciso (“*Tra questi [id est , gravi illeciti professionali] rientrano*”) che precede l'elencazione (Cons. St., sez. IV, 8 ottobre 2020 n. 5967).

Su un punto, è bene essere chiari: armonicamente con la formulazione “aperta” della norma, e con la necessità dalla stessa postulata che la valutazione sia resa dalla stessa stazione appaltante (art. 34 comma 2 cpa primo alinea) il potere di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) del d. lgs. n. 50 del 2016 è un potere discrezionale in una duplice prospettiva.

Esso è connotato da discrezionalità tecnica, specie nell'apprezzamento dei fatti (i precedenti contrattuali di -OMISSIS-) e nella sussunzione dei medesimi nell'ambito dei gravi illeciti professionali, e da discrezionalità amministrativa, specie nella valutazione relativa alla conseguente, o meno, inaffidabilità dell'impresa, laddove bisogna stabilire se i “ *gravi illeciti professionali* ” sono “ *tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità* ”, non venendo in predicato, in tale caso, una scienza tecnica o giuridica (che invece soccorre nel sussumere le condotte poste in essere dall'operatore nella nozione di gravi illeciti professionali) ma una valutazione di opportunità circa il venir meno dell'affidabilità a cagione della precedente condotta dell'operatore.

La commistione fra discrezionalità tecnica e amministrativa deriva dalla compartecipazione di due organi a detta attività valutativa, la Commissione di gara, organo tecnico nella composizione e nell'attività che svolge, e il rup, nel quale alle competenze tecniche si aggiunge il potere di scelta amministrativa (in quanto organo dell'Amministrazione). Nel caso di specie la valutazione infatti è stata compiuta dapprima dalla Commissione di gara e poi dal rup, che, con determina 16 settembre 2020 n. 278, ha approvato il verbale 7 settembre 2020, dopo avere valutato gli atti di gara e svolto ulteriori approfondimenti istruttori.

In quanto potere amministrativo altamente discrezionale, esso non è vincolato dalla legge in modo tale che possa ritenersi sussistere un solo atto legittimamente attuativo della norma.

Vi è infatti potere discrezionale se la disposizione di legge può essere attuata (legittimamente) attraverso atti di vario contenuto (atteso che la discrezionalità comporta una scelta fra più soluzioni possibili), la cui individuazione discende da un giudizio che, purchè “affidabile” (nel senso di non illogico, non omissivo, non abnorme), rimane insindacabile dal giudice della legittimità amministrativa (pur essendo passibile di valutazione da parte del giudice contabile per quanto riguarda la responsabilità per *mala gestio*), fatto salvo il rispetto dei canoni (discendenti dalla legge e/o dai principi generali) che governano l'esercizio della funzione.

Il rispetto di detti ultimi limiti costituisce l'oggetto del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità amministrativa, nella prospettiva della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata

dall'amministrazione in relazione al fine pubblico. E ciò senza che peraltro questo Giudice possa intervenire sul merito amministrativo, cioè sulla scelta di opportunità, non governata da norme giuridiche, sicché è impedito al g.a. di sostituire una valutazione opinabile con altra valutazione opinabile.

Osta a ciò, nel caso in cui il potere non sia stato esercitato, il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34 comma 2 c.p.a. (secondo cui il giudice non può pronunciare "*con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*").

Laddove invece il potere sia stato esercitato, operano per esso i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale.

Quanto invece alla discrezionalità tecnica (di cui è appunto permeata la fattispecie in esame) la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato afferma che il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della Commissione non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto il sindacato sostitutivo non può essere svolto al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica (Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2019 n. 173).

Ne deriva che, come da consolidato indirizzo giurisprudenziale, per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare "*la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto*" (Cons. St., sez. II, 2 settembre 2019 n. 6058), ciò che nel caso di specie, come meglio si dirà, non è accaduto, in quanto non sono emersi travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, idonei a porre in dubbio il giudizio globale di affidabilità, ma margini di fisiologica opinabilità e non condivisibilità della valutazione tecnico-discrezionale.

Nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) del d. lgs. n. 50 del 2016 la discrezionalità si esplica innanzitutto sull'*an*: la richiamata lett. c) non fa derivare l'esclusione da una circostanza indipendente dalla volontà dell'Amministrazione, al pari delle fattispecie escludenti di cui ad altre lettere del medesimo comma 5 dell'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016 (sottoposizione a fallimento, conflitto di interessi, distorsione della concorrenza ...) ma dalla dimostrazione della stazione appaltante circa l'inaffidabilità dell'operatore economico. E, benché la disposizione individui i gravi illeciti professionali come causa della valutazione discrezionale di inaffidabilità, essa non stabilisce un rapporto di necessarietà fra le due situazioni, il verificarsi del grave illecito professionale e la valutazione di inaffidabilità.

Ne deriva che, una volta accertato il grave illecito professionale, l'Amministrazione adotta il provvedimento espulsivo solo laddove ritenga che la commissione di detto illecito abbia reso l'operatore economico inaffidabile. "*Il relativo giudizio quindi è espressione di ampia discrezionalità da parte della p.a., cui il legislatore ha voluto riconoscere "un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore. Ne consegue che il sindacato che il g.a. è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione*

stessa” (cfr. Cass. Civ., S.U., 17 febbraio 2012, n. 2312)” (Cons. St., sez. IV, 8 ottobre 2020 n. 5967 e sez. V, 27 febbraio 2019 n. 1367).

13.10. Da ultimo si rileva, al fine di inquadrare la fattispecie, che l'ampia discrezionalità che connota il potere escludente di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) del d. lgs. n. 50 del 2016 trova il proprio fondamento nel diritto UE, che disegna detta causa di esclusione come facoltativa.

Ai sensi dell'art. 57 par. 4 della direttiva 2014/24 le amministrazioni aggiudicatrici “*possono escludere*” oppure gli Stati membri “*possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere*” dalla partecipazione alla procedura di appalto un operatore economico in una delle suddette situazioni: dal testo della disposizione in questione risulta quindi che “*il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto è stato affidato alle amministrazioni aggiudicatrici, e non a un giudice nazionale*” (Corte giust., sez. IV, 19 giugno 2019, C-41/18).

La facoltà di cui dispone qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di appalto è destinata in modo particolare a consentirle di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti, come dimostrano l'art. 57 par. 4, lett. c) e g), nonché il considerando 101 della direttiva 2014/24. In particolare, viene in evidenza un “*elemento essenziale del rapporto tra l'aggiudicatario dell'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice, vale a dire l'affidabilità del primo, sulla quale si fonda la fiducia che vi ripone la seconda*”. In tal senso, il considerando 101 comma 1 della direttiva prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere gli “*operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili*”, mentre il comma 2 prende in considerazione, nell'esecuzione degli appalti pubblici precedenti, “*comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico*”.

Nell'ambito della discrezionalità di cui beneficia l'Amministrazione la Corte di giustizia ha stabilito che le amministrazioni aggiudicatrici devono poter escludere un operatore economico “*in qualunque momento della procedura*” e non solo dopo che un organo giurisdizionale ha pronunciato la sua sentenza, il che costituisce un indizio ulteriore della volontà del legislatore dell'Unione di lasciare un ampio margine di scelta all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare la propria valutazione sull'affidabilità dell'operatore economico. E ciò in quanto “*se un'amministrazione aggiudicatrice dovesse essere automaticamente vincolata da una valutazione effettuata da un terzo, le sarebbe probabilmente difficile accordare un'attenzione particolare al principio di proporzionalità al momento dell'applicazione dei motivi facoltativi di esclusione. Orbene, secondo il considerando 101 della direttiva 2014/24, tale principio implica in particolare che, prima di decidere di escludere un operatore economico, una simile amministrazione aggiudicatrice prenda in considerazione il carattere lieve delle irregolarità commesse o la ripetizione di lievi irregolarità*”.

“*Il legislatore dell'Unione ha inteso affidare all'amministrazione aggiudicatrice, e a essa soltanto, nella fase della selezione degli offerenti, il compito di valutare se un candidato o un offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto*” (Corte giust., sez. IV, 19 giugno 2019, C-41/18).

Ne deriva che la Corte di giustizia non impone all'Amministrazione di inferire da un'irregolarità non definitiva (in quanto oggetto di contenzioso) l'inaffidabilità, pretendendo piuttosto che sia lasciata alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione di detta irregolarità, in un'ottica che tende a riconoscere e a confidare nella capacità valutativa del soggetto pubblico. Tanto è vero che nella motivazione della pronuncia si legge che *“ Il potere discrezionale che l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 conferisce all'amministrazione aggiudicatrice è infatti paralizzato dalla semplice proposizione da parte di un candidato o di un offerente di un ricorso diretto contro la risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico di cui era firmatario, quand'anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione ”* (Corte giust., sez. IV, 19 giugno 2019, C-41/18).

13.11. Detto ciò in termini generali, nel caso di specie la stazione appaltante ha svolto la valutazione dovuta in ragione dell'effetto conformativo della sentenza n. -OMISSIS-, avente, come sopra illustrato, una portata di tutela del solo interesse procedimentale del ricorrente, e non anche del riconoscimento del bene della vita.

La Commissione di gara non ha reputato le vicende sopra riferite (contenute nello schema riassuntivo di cui al verbale 7 settembre 2020) ascrivibili alla fattispecie escludente dell'illecito professionale dal momento che *“la -OMISSIS- ha svolto le prestazioni regolarmente”, “le penali comminate risultano contestate ed al momento della gara non definite”, “la rescissione ove si è concretizzata ha ad argomento fatti non attinenti all'affidabilità dell'impresa nell'esecuzione del servizio”* (verbale 7 settembre 2020).

Dette affermazioni trovano corrispondenza nello schema riassuntivo contenuto nello stesso verbale:

- in alcuni casi *“la -OMISSIS- ha svolto le prestazioni regolarmente”*, con affermazione idonea a ricomprendere l'esecuzione (in parte o totalmente) delle prestazioni contrattuali rese nei confronti dei comuni di Casola (in parte), Villa Literno, Gela, Boscotrecase, Procida, SRR 4 Caltanissetta, Monte di Procida, San Giovanni Rotondo e Pollena Trocchia;

- *“le penali comminate risultano contestate ed al momento della gara non definite”*, con affermazione idonea a ricomprendere il rapporto contrattuale di -OMISSIS- con Publiambiente (transazione), Villa Literno, Mondragone, Gela, Riesi, Piazza Armerina, Acerra, Acireale e Marano;

- *“la rescissione ove si è concretizzata ha ad argomento fatti non attinenti all'affidabilità dell'impresa nell'esecuzione del servizio”*: a Villa Literno è stata l'impresa a risolvere il contratto per inadempimento della stazione appaltante, a Gela il contenzioso, definito in via bonaria, ha riguardato la morosità del Comune, mentre il Comune di Acerra ha dichiarato non essere intervenuta *“nessuna risoluzione contrattuale”* (così dal verbale 7 settembre 2020), così come il Comune di Marano.

Con determina 16 settembre 2020 n. 278 il rup, dopo avere richiamato il suddetto verbale di gara e prima di disporre l'aggiudicazione alla -OMISSIS-, ha rilevato altresì che:

- con riferimento al precedente di Publiambiente (oggi Alia Servizi Ambientali), il Comune ha ritenuto che *“le contestazioni della Stazione appaltante si riferiscono ad un periodo complessivo di due mesi di servizio avviato d’urgenza l’1.12.2015 e revocato il 27.01.2016. La cessazione anticipata del rapporto contrattuale è stata contestata in giudizio e la vicenda si è conclusa con atto di transazione dell’1.02.2019 che esclude espressamente ogni riconoscimento di responsabilità”*;

- gli episodi di Gela, Riesi, Piazza Armerina e Acireale non risultano di particolare rilevanza;

- gli episodi di Acerra rendono evidenti inadempienze da parte di entrambe le parti;

- per Marano le penali sono in parte contestate.

A fronte di detta valutazione, che ha compreso numerose vicende contrattuali, di cui non tutte connotate da inadempimento, lo scrutinio svolto dalla Commissione e dal rup ha carattere complessivo e di per sé non viene alterato da singole situazioni, in tesi più gravi (secondo l'impostazione di controparte).

Invero il giudizio deve essere inteso in senso globale, avendo quale parametro l'affidabilità dell'operatore, che non è inficiata da singoli episodi, specie laddove l'attività precedente appare assai numerosa, come nel caso di specie, sicché non è il numero delle irregolarità a rilevare, né la gravità del singolo episodio ad essere dirimente, quanto piuttosto la complessiva condotta dell'impresa.

Il giudizio globale peraltro deve tenere in considerazione la variabile (che rende il giudizio relativo) dell'ampiezza dell'attività imprenditoriale precedente, oltre che del tempo trascorso da quando esse è stata posta in essere (di talché potrebbe essere ascrivibile a un modello gestionale non più in uso): più un'impresa ha esperienza, più si moltiplicano le occasioni di irregolarità, e tale circostanza non può andare, di per sé stessa, a detrimento dell'operatore economico, altrimenti verrebbero necessariamente privilegiate le imprese con poca esperienza, cioè quelle con minor rischio di avere già posto in essere inesatte esecuzioni del contratto.

Nel caso di specie è cospicua la precedente attività negoziale di -OMISSIS- e si contano numerosi attestati di regolare esecuzione, pur a fronte di altri episodi di segno opposto, che però la Commissione ha ritenuto superabili con una valutazione che, per quanto opinabile, non è passibile di essere ritenuta priva di razionalità.

Né sono censurabili le modalità con la quale la stazione appaltante ha reso il giudizio ad essere determinante.

Risultano infatti essere stati presi in considerazione dalla Commissione di gara numerosi episodi.

Rispetto ad essi la Commissione ha osservato, con modalità sintetiche, che:

- in alcuni casi *“la -OMISSIS- ha svolto le prestazioni regolarmente”*, con affermazione idonea a ricomprendere l’esecuzione (in parte o totalmente) delle prestazioni contrattuali rese nei confronti dei comuni di Casola (in parte), Villa Literno, Gela, Boscotrecase, Procida, SRR 4 Caltanissetta, Monte di Procida, San Giovanni Rotondo e Pollena Trocchia;

- *“le penali comminatele risultano contestate ed al momento della gara non definite”*, con affermazione idonea a ricomprendere il rapporto contrattuale di -OMISSIS- con Publiambiente (sulla cui transazione *infra*), Villa Literno (oggetto di transazione in data 12 aprile 2019), Mondragone, Gela, Riesi, Piazza Armerina, Acerra, Acireale e Marano;

- *“la rescissione ove si è concretizzata ha ad argomento fatti non attinenti all’affidabilità dell’impresa nell’esecuzione del servizio”*: a Villa Literno è stata l’impresa a risolvere il contratto per inadempimento della stazione appaltante, a Gela il contenzioso, definito in via bonaria, ha riguardato la morosità del Comune, mentre il Comune di Acerra ha dichiarato non essere intervenuta *“nessuna risoluzione contrattuale”* (così dal verbale 7 settembre 2020), così come il Comune di Marano.

Le valutazioni espresse dalla Commissione in modo sintentico (*“la -OMISSIS- ha svolto le prestazioni regolarmente”*, *“le penali comminatele risultano contestate ed al momento della gara non definite”* e *“la rescissione ove si è concretizzata ha ad argomento fatti non attinenti all’affidabilità dell’impresa nell’esecuzione del servizio”*) trovano quindi corrispondenza nello schema riassuntivo riportato nel verbale del 7 settembre 2020 e sopra richiamato.

Anche le valutazioni del rup di cui alla determina 16 settembre 2020, che ha approvato il verbale del 7 settembre 2020, non sono contraddette dai fatti. Invero gli episodi di Gela, Riesi, Piazza Armerina e Acireale non risultano di particolare rilevanza, la vicenda di Gela peraltro, come quella di Acerra, presenta inadempienze da entrambe le parti, mentre le penali irrogate dal Comune di Marano risultano dallo schema riassuntivo in parte contestate.

Il conseguente giudizio di mancata integrazione delle fattispecie di significative carenze nell’esecuzione del precedente contratto e di gravi illeciti professionali, cui è conseguita la (ri)proposta di aggiudicazione, non appare quindi criticabile sulla base delle censure dedotte, così come l’aggiudicazione disposta dal rup dopo avere approvato il suddetto verbale.

La Commissione e il rup hanno infatti preso in considerazione nel suo complesso i precedenti contrattuali di -OMISSIS-, ritenendoli non idonei a incrinare il giudizio di affidabilità dell’impresa.

Si aggiunge che in molti casi l’importo delle penali è esiguo rispetto al prezzo complessivo del contratto (e ciò indipendentemente dal fatto che l’importo della penale sia quantificato in relazione all’intero contratto, atteso che, una volta evidente tale aspetto, la percentuale di penale irrogata consente comunque di rappresentare l’inadempienza commessa rispetto al complessivo impegno contrattuale, con un’indicazione ancora più precisa qualora di consideri anche la parte di contratto già adempiuta).

In tale contesto:

- la decisione di considerare la contestazione in giudizio di una penale o di una risoluzione in senso ostativo rispetto al giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, come già sopra illustrato, anche in relazione alla giurisprudenza della Corte di giustizia (*"l'irrogazione di una penale non costituisce da sola indizio del fatto che l'inadempienza all'origine della stessa è espressiva di una significativa o persistente carenza nell'esecuzione di un precedente contratto"*, così Cons. St., sez. IV, 16 febbraio 2021 n. 1443);

- il giudizio sulla gravità dei precedenti inadempimenti è stato legittimamente compiuto considerando anche gli andamenti e le iniziative giudiziali e stragiudiziali successive (purché precedenti all'atto qui impugnato): sono infatti gli episodi di asserito illecito professionale che, se successivi, non possono essere considerati, non gli esiti di giudizi su fatti precedenti o la lettura che di detti fatti hanno dato le parti attraverso atti transattivi (come per la vicenda del Comune di Villa Literno), che possono aiutare l'Amministrazione nell'interpretazione del fatto;

- singole circostanze non sono idonee a inficiare il giudizio globalmente reso (come il fatto che le penali applicate dal Comune di Acerra, comunque *sub iudice*, superino la percentuale dell'1% e considerando che la relativa posizione è presa in considerazione sia tenendo conto della contestazione delle penali, sia delle dedotte inadempienze da parte di entrambe le parti).

Parte appellata ha, inoltre, dedotto che l'Amministrazione non avrebbe valutato adeguatamente la vicenda di Casola, relativa alla revoca del provvedimento di aggiudicazione nei confronti di -OMISSIS-, definita in appello dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 2775 del 2014, secondo cui, in quella gara, il contratto di collaborazione professionale presentato dalla società per la comprova del requisito di partecipazione richiesto non era *"corrispondente al vero"* (così dalla sentenza del Cons. St., sez. IV, 8 ottobre 2020 n. 5967).

Pur apprezzando la considerazione in base alla quale la circostanza che l'attestato di regolare esecuzione non proverebbe nulla *"dal momento che un operatore economico può bene eseguire un servizio che, però, si è (malamente) aggiudicato grazie al mendacio"*, la vicenda è comunque risalente a sei anni prima rispetto agli atti qui impugnati, è oggetto di un procedimento penale non ancora definito (secondo quanto riferito da parte appellata) e comunque riguarda uno dei rapporti contrattuali avviati da -OMISSIS-, che è stata controparte di numerose amministrazioni, con vicende contrattuali sfociate solo in parte in vicende contenziose, peraltro per la maggior parte non definite alla data del settembre 2020 (né, per i motivi sopra esposti, si può ritenere che l'Amministrazione dovesse, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia, riconoscere necessariamente portata escludente alle risoluzioni non definitive).

Parte appellata ha altresì censurato le argomentazioni addotte dal Comune per superare il precedente di Publiambiente, in base alle quali *"le contestazioni della Stazione appaltante si riferiscono ad un periodo complessivo di due mesi di servizio avviato d'urgenza l'1.12.2015 e revocato il 27.01.2016. La cessazione anticipata del rapporto contrattuale è stata contestata in giudizio e la vicenda si è conclusa con atto di transazione dell'1.02.2019 che esclude espressamente ogni riconoscimento di responsabilità"*.

In particolare, secondo parte appellata, le inadempienze di -OMISSIS- avrebbero indotto il committente pubblico a porre fine al rapporto attraverso la *“revoca in via definitiva dell’aggiudicazione”* in data 27 gennaio 2016 n. 556 (che descrive le irregolarità compiute in termini di *“numerosi episodi di mancato recupero dei servizi tralasciati”*, *“utilizzo di mezzi non conformi”*, *“accesso agli impianti in orari non autorizzati”*).

Senonché, nel caso di specie, la sottoscrizione della transazione (secondo quanto riferito da parte appellata) *“non implica alcuna ammissione di responsabilità così come non comporta il riconoscimento della fondatezza delle domande formulate di fronte al Tribunale di Firenze ed al T.A.R. Toscana”*, così evidenziandosi le reciproche concessioni che costituiscono il cuore dell’istituto di cui all’art. 1965 c.c.

Parte appellata non ha quindi addotto motivi sufficienti a ritenere che la sottoscrizione abbia lasciato integre le ragioni dell’Amministrazione sottese all’atto di ritiro dell’aggiudicazione, atteso che la lite cui la transazione ha posto fine risulta, dalle stesse affermazioni di parte appellata, avere avuto ad oggetto l’atto dell’Amministrazione (e i relativi presupposti): del resto la causa della transazione consiste anche nel superamento di una situazione di incertezza, rendendo certe le conseguenze di detta incertezza.

A fronte di ciò non risulta sufficiente a inficiare la valutazione svolta la circostanza che il rup, nella determina di aggiudicazione 16 settembre 2020 n. 278, abbia rilevato altresì (ma non solo) che *“le contestazioni della Stazione appaltante si riferiscono ad un periodo complessivo di due mesi di servizio avviato d’urgenza l’1.12.2015 e revocato il 27.01.2016”*, avendo altresì dato conto dell’atto di transazione 1 febbraio 2019.

13.12. Le censure scrutinate sono pertanto meritevoli di accoglimento atteso che gli atti impugnati resistono al motivo accolto dal giudice di primo grado, non potendoli ritenere posti in essere in violazione dell’art. 80 comma 5 lett. c del d. lgs. n. 50 del 2016.

Né depone in senso contrario l’orientamento giurisprudenziale richiamato da Cons. St., sez. IV, 1 luglio 2020 n. 4227, in base al quale *“la transazione stipulata a seguito della risoluzione contrattuale disposta dalla stazione appaltante per grave inadempimento impedisce l’accertamento giudiziale circa la legittimità o meno della risoluzione stessa, ma determina definitivamente il consolidamento del fatto storico costituito dalla risoluzione per inadempimento disposta dalla stazione appaltante, che richiede, ai sensi dell’art. 1455 c.c., l’importanza e quindi la gravità dell’inadempimento. Tale circostanza (risoluzione contrattuale composta mediante transazione), integra comunque il presupposto del grave errore nell’esecuzione della prestazione, rilevante ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. n. 163/06. Pertanto deve essere dichiarata in sede di partecipazione, potendo rilevare potenzialmente come grave illecito professionale, la risoluzione di un contratto d’appalto seppur poi si è giunti a transazione, non potendo il concorrente dichiarante omettere di rendere la dichiarazione facendo riferimento ad una propria valutazione di non gravità della vicenda”* (Cons. Stato, III, 13 giugno 2018, n. 3628).

Detto orientamento nasce infatti per circostanziare gli obblighi dichiarativi del concorrente, che quindi necessariamente ricomprendono anche le risoluzioni oggetto di transazione, e le

conseguenti fattispecie escludenti di cui all'attuale lett. c- *bis*) del comma 5 dell'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016 ma lascia integra la rilevanza solo potenziale della vicenda in termini di grave illecito professionale di cui all'attuale lett. c) del medesimo comma ("*potendo rilevare potenzialmente come grave illecito professionale*").

Del resto, nel caso di specie, il fatto che la transazione non implichi accertamento della responsabilità comporta che, anche a ritenere provato il fatto storico dell'inadempimento, manchi l'accertamento appunto della responsabilità della parte in detto inadempimento e quindi dell'aspetto potenzialmente rilevante in ordine all'affidabilità dell'operatore.

In ogni caso, anche con riferimento a detta vicenda, peraltro non recente, si rileva che essa riguarda uno dei rapporti contrattuali avviati da -OMISSIS-, nell'ambito di un giudizio globalmente reso.

Ne deriva che il giudizio di mancata integrazione delle fattispecie di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) del d. lgs. n. 50 del 2016 *ratione temporis* vigente non appare quindi, sulla base delle censure dedotte, inficiato dal carattere dell'abnormità e dell'irragionevolezza, considerata la discrezionalità che caratterizza la valutazione dell'Amministrazione.

Né la circostanza che la sentenza del Tar campano n. 787 del 18 febbraio 20 sia stata confermata dal Consiglio di Stato, sez. IV, con sentenza 8 ottobre 2020 n. 5967, è sufficiente a deporre in senso contrario, pur riguardando un provvedimento escludente di -OMISSIS- da una gara d'appalto per i precedenti inadempimenti della medesima.

Si rileva innanzitutto che la sentenza del Consiglio di Stato 8 ottobre 2020 n. 5967 è successiva rispetto alla determinazione di aggiudicazione del rup (16 settembre 2020), oltre che della seduta della Commissione di gara del 7 settembre 2020.

Si osserva altresì che:

- il giudizio di affidabilità dell'operatore economico rientra nella discrezionalità di ciascuna stazione appaltante, che può ritenere di privilegiare un aspetto o l'altro della condotta dell'impresa nell'ambito di una valutazione globale, complessivamente intesa, con il limite dell'irragionevolezza;
- la decisione richiamata, la n. 5967 del 2020, ha determinato comunque la reiezione del ricorso e la sopravvivenza della determinazione (discrezionale) dell'Amministrazione;
- essa si fonda, nel merito del sindacato giurisdizionale, sugli stessi elementi che sono stati valutati in questa sede: l'approfondita istruttoria compiuta dalla stazione appaltante, l'irrilevanza dei singoli episodi e il giudizio di "*complessiva inaffidabilità*" per la gestione del servizio dimostrata dalla -OMISSIS- nel corso della sua storia imprenditoriale e "discrezionalmente" valutate dalla stazione appaltante;
- l'ampia discrezionalità che pervade il potere escludente della stazione appaltante nella fattispecie rilevante in questo giudizio pone il limite dell'opinabilità all'intervento di questo

Giudice (che non può sostituire una valutazione opinabile ad altra valutazione opinabile),

Lo stesso è a dirsi rispetto alla sentenza del Consiglio di stato, sez. IV, richiamata da parte appellata, 16 febbraio 2021 n. 1443, con la quale viene confermata la sentenza del Tar di reiezione del ricorso demolitorio avverso l'esclusione della ricorrente, fondata sull'ampia discrezionalità dell'Amministrazione, che le consente di apprezzare titoli di reato diversi da quelli di cui all'art. 80 comma 1 e 2, che possono rientrare, in concorso come nella specie con altri elementi, nel fulcro dell'apprezzamento dell'esistenza dell'avvenuta commissione dei *"gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la [sua] integrità o affidabilità"* dell'operatore economico, con la precisazione che *"l'irrogazione di una penale non costituisce da sola indizio del fatto che l'inadempienza all'origine della stessa è espressiva di una significativa o persistente carenza nell'esecuzione di un precedente contratto, nondimeno la circostanza che non sia intervenuta risoluzione contrattuale, e che il contratto abbia avuto ulteriore esecuzione, non costituisce elemento decisivo per escluderne in assoluto la rilevanza"*.

13.12. Le censure scrutinate sono pertanto meritevoli di accoglimento, con la conseguente riforma della sentenza impugnata sul punto e reiezione del motivo del ricorso introduttivo accolto dal Tar.

14. Infine, parte appellata ha poi riproposto le censure, dedotte con il ricorso introduttivo ma assorbite dal Tar (*"In conclusione il ricorso, assorbite le altre censure, va accolto"*).

14.1. L'appellante ha dedotto, con il terzo mezzo, l'inammissibilità dei motivi di ricorso introduttivo da 2 a 6, poi riproposti in questo grado di giudizio con memoria dalla parte appellata, dichiarati assorbiti dal Tar.

Detti motivi sarebbero innanzitutto inammissibili come osservato dalla odierna appellante principale nel terzo motivo del proprio appello.

Questi, infatti, erano già stati proposti con la domanda spiegata nel giudizio concluso con la sentenza n. -OMISSIS-, con la quale il giudice di primo grado li ha dichiarati assorbiti.

E' la stessa ricorrente, odierna appellata, a introdurre, con il ricorso introduttivo, i motivi dal secondo in poi come riproposizione dei motivi assorbiti nel giudizio concluso con sentenza n. -OMISSIS- (*"Col presente motivo e con quelli successivi, si ripropongono i motivi dichiarati "assorbiti" da Codesto Tribunale"*).

Ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a. si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite e che non siano state riproposte con atto di appello o con memoria notificata nei termini di costituzione della parte, nell'ambito del giudizio che ha visto in primo grado quelle censure non essere esaminate.

In seguito alla sentenza n. -OMISSIS- l'allora ricorrente (vittoriosa in primo grado) ha quindi rinunciato a detti motivi, facendo affidamento sulla sentenza favorevole, con la quale, peraltro, è stato accolto un motivo di ricorso volto alla tutela dell'interesse strumentale dell'allora

ricorrente, “*salva restando la possibilità per la stazione appaltante di operare la valutazione che è mancata*”.

Né si può affermare che -OMISSIS- non avesse sul punto un interesse, atteso che “l’interesse ad appellare in via principale una sentenza che abbia soltanto in parte accolto i motivi proposti può consistere nella mera riproposizione dei motivi assorbiti, in tutti quei casi nei quali l’interesse fatto valere con l’impugnazione non sia integralmente soddisfatto dal semplice annullamento del provvedimento, ma l’amministrazione sia tenuta ad un comportamento positivo successivo all’annullamento e la parte possa attraverso la pronuncia giurisdizionale sui motivi di ricorso non esaminati o disattesi, fare valere il proprio interesse all’accertamento giurisdizionale delle modalità di esercizio dell’adozione delle determinazioni dell’amministrazione, conseguenti all’annullamento giurisdizionale del provvedimento” (CGARS 21 maggio 2021 n. 469).

E’ pur vero che la rinuncia non estingue l’azione (art. 310 c.p.a.) ma il processo amministrativo è connotato da termini di decadenza inderogabili che non risultano rispettati dall’impugnazione degli atti di gara successivi alla sentenza n. -OMISSIS-, nelle parti in cui sono dedotte (e non riproposte, in quanto l’istituto della riproposizione opera all’interno del medesimo giudizio) violazioni identiche a quelle già proposte nel precedente giudizio, in quanto riguardanti atti adottati nel corso della procedura e non intaccati dalla pronuncia di annullamento né dalla successiva attività conformativa, e quindi non afferenti alla parte della procedura che è stata rinnovata.

La gara infatti è stata rinnovata solo nella parte riguardante l’ammissione di -OMISSIS-, con specifico riferimento alla valutazione dei precedenti contrattuali della medesima, essendo così circoscritto, come sopra illustrato, l’effetto conformativo derivante dalla sentenza n. -OMISSIS-. Del resto la stessa Amministrazione ha precisato che “*la gara in esame è di fatto tornata alla fase di verifica dei requisiti limitatamente all’ammissione della concorrente -OMISSIS-*” (nota 20 luglio 2020 n. 16784).

14.2. Ne deriva che detti motivi “riproposti” (in primo grado e poi in appello) sono inammissibili in quanto dedotti oltre il termine di decadenza imposto dal c.p.a. e senza che detto termine possa considerarsi superato dall’istituto della riproposizione dell’assorbimento dei motivi, che opera nell’ambito dello stesso giudizio.

Ove la parte odierna appellata avesse ritenuto di dovere introdurre tali argomenti avrebbe potuto *principaliter* impugnare la sentenza n. -OMISSIS- del Tar, deducendo che erroneamente, ivi, si era proceduto all’assorbimento di alcuni motivi (contrariamente all’insegnamento della Plenaria n. 5 del 2015 sul punto) ed il proprio interesse a che anche su di essi si pronunciasse il Giudice (anche eventualmente, ove accolti, a fine orientativo della successiva attività dell’amministrazione): argomentare diversamente implicherebbe la possibilità di una parcellizzata proposizione di censure avverso la stessa gara, anche in tempi diversi, con nocumento alla certezza dell’assetto degli interessi discendente dall’avvenuto espletamento delle procedure evidenziali.

15. Nondimeno, per completezza e senza recesso alcuno da quanto prima osservato, rileva il

Collegio che detti motivi sono infondati anche nel merito e/o inammissibili in base a argomentazioni diverse, scrutinate in relazione a ciascuno di essi.

15.1. Il primo motivo “riproposto” comprende due profili.

Il primo attiene al fatto che l'amministratore unico della controinteressata, sig. -OMISSIS-, sarebbe stato amministratore unico della -OMISSIS-, allorquando la stessa è stata destinataria di una risoluzione per inadempimento comminata dall'ATO CL2 S.p.A. in liquidazione (così la nota dell'ATO CL2 S.p.A. 7 marzo 2017 n. 324, sulla quale anche l'ordinanza del Tribunale di Palermo del 21 giugno 2017).

Il secondo riguarda i provvedimenti penalmente rilevanti riguardanti l'amministratore unico della -OMISSIS-

15.2. Il primo profilo non è meritevole di accoglimento.

Il comma 5 lett. c) dell'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016 *ratione temporis* vigente pone a carico dell'operatore economico le incombenze dichiarative strumentali alla valutazione di affidabilità del medesimo: del resto, l'autonomia riconosciuta a ogni singola struttura imprenditoriale impone, in mancanza di una specifica previsione di segno contrario, di valutare solo le condotte alla medesima ascrivibili, e non anche quelle di cui si è resa protagonista una diversa società, solo per il fatto che in precedenza aveva svolto la funzione di amministratore unico della medesima la stessa persona fisica che ricopre attualmente la medesima posizione in -OMISSIS-.

Per lo stesso motivo non è rilevante la circostanza che la stessa persona fisica sia amministratore unico di -OMISSIS-, che possiede una partecipazione maggioritaria in -OMISSIS- e in -OMISSIS-

Del resto, allorquando il legislatore ha ritenuto di ampliare l'ambito soggettivo delle cause di esclusione ha perseguito l'obiettivo in modo espresso: è il caso del comma 3 dell'art. 80 che ha ampliato la portata delle situazioni escludenti dei soli commi 1 e 2 dell'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016 (e non anche del comma 5).

L'art. 80, comma 3, del Codice dei contratti pubblici si riferisce letteralmente alle condizioni di esclusione di cui ai commi 1 e 2 (sentenze passate in giudicato e interdittive antimafia) ed ai soci persone fisiche o soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara. Esso prevede infatti l'obbligo dichiarativo per precedenti penali nei confronti *“del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con numero di soci pari o inferiore a 4, se si tratta di altro tipo di società o consorzio”*, precisando che *“ in ogni*

*caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara [...]*".

L'illecito professionale è disciplinato dall'art. 80, comma 5, lett. c), nel testo applicabile *ratione temporis*, che reca cause di esclusione testualmente riferite al solo "operatore economico", in maniera corrispondente a quanto previsto dall'art. 57 par. 1 della direttiva UE 24/2014/UE.

Nel caso di specie, mancano, pertanto, i presupposti di legge per la sussistenza di un obbligo dichiarativo riguardante la condotta di società (altra, rispetto alla -OMISSIS-), accomunata all'appellante dalla circostanza che in passato il sig. -OMISSIS-, attuale amministratore unico della -OMISSIS-, avesse svolto le funzioni di amministratore unico anche in detta altra società. Ciò in quanto, anche a ritenere che il suddetto comma 3 si riferisca alle fattispecie di cui al comma 5, il detto comma 3 impone un obbligo dichiarativo che riguarda le persone fisiche ivi indicate (che hanno ricoperto un ruolo rilevante nella proprietà o nella *governance* della società) mentre nel caso di specie l'asserito illecito professionale sarebbe stato compiuto dalla società di cui lo stesso aveva ricoperto in passato il ruolo di amministratore unico.

La giurisprudenza ha infatti affermato che *"la presenza di eventuali "gravi illeciti professionali" possa assumere rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara solamente quando gli stessi siano riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del medesimo decreto"* (Cons. St., sez. V, 8 aprile 2019 n. 2279). Fra i soggetti individuati dal comma 3 non rientrano gli illeciti commessi dalla società che in passato hanno avuto lo stesso amministratore unico dell'offerente (ma gli "illeciti professionali" commessi dalla stessa persona fisica). Sicché la giurisprudenza che, in applicazione degli obblighi comunicativi derivanti dal combinato disposto del comma 3 e del comma 5 dell'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016, ha ritenuto che anche i soggetti indicati nel comma 3 siano tenuti a rendere le dichiarazioni riguardanti i gravi illeciti professionali dagli stessi commessi, ha espresso la regola con riferimento ai provvedimenti di rilevanza penale che li hanno visti coinvolti (considerato che la stazione appaltante può attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che, per la sua gravità, sia in grado di minare l'integrità morale e professionale del concorrente, anche se non ricompreso nei casi di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 80).

Del resto, anche le Linee Guida n. 6 dell'ANAC, recanti *"Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice"* che *"I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice"*, precisando altresì che è riferito anche ai soggetti individuati dall'art. 80 comma 3 del d. lgs. n. 50 del 2016 *"quando i comportamenti ostativi sono riferibili esclusivamente a persone fisiche"*.

Nel caso di specie si tratta invece di un episodio di risoluzione contrattuale che ha visto coinvolta la società presso la quale l'attuale amministratore unico di -OMISSIS- ha ricoperto in precedenza la medesima carica.

Nel rispetto del principio di tassatività delle cause di esclusione (che determina la *"necessità di*

*interpretare in senso restrittivo le clausole di esclusione poste dalla legge e dal bando in ordine alle dichiarazioni a cui è tenuta l'impresa concorrente, con conseguente esclusiva prevalenza di una interpretazione che non si discosti dal significato letterale delle espressioni in esse contenute e con preclusione di ogni forma di estensione analogica",* così l'Ad. plen. n. 10 del 2012, che si è espressa con riferimento al previgente art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, e Cons. St., sez. IV, 3 maggio 2021 n. 3481), il profilo di censura scrutinato non può quindi essere accolto.

15.3. Il secondo profilo di censura contenuto nel secondo motivo riproposto è innanzitutto inammissibile, atteso che la stessa appellata ha dichiarato che, attraverso esso, è stato introdotto *"un nuovo profilo che rende illegittima l'aggiudicazione e, prima, l'ammissione"* di -OMISSIS- (laddove quindi è ormai decorso il termine di decadenza entro il quale devono essere dedotti al g.a. i motivi di illegittimità degli atti di gara, atteso che la dichiarazione del sig. -OMISSIS- non è stata oggetto di rinnovazione della gara in seguito alla sentenza n. -OMISSIS-) e comunque non fondato in punto di fatto.

Con esso è stata criticata la circostanza che dalla dichiarazione dei precedenti penali sottoscritta dal sig. -OMISSIS- ha dichiarato di avere subito condanne penali e di essere soggetto a quell'epoca a procedimenti penali ma non lo avrebbe fornito tutti i dettagli.

Le vicende di rilievo penale sono state dichiarate dallo stesso nei seguenti termini:

- una prima è stata indicata tramite il titolo del medesimo (*"gestione di rifiuti non autorizzata"*), la norma violata (art. 256 del d. lgs. n. 152 del 2006), il luogo e il tempo del medesimo (in Boscotrecase il 30 luglio 2015), oltre all'organo procedente, il Tribunale di Torre Annunziata, e all'esito del procedimento penale, che è stato archiviato per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.);

- una seconda è stata indicata tramite le norme violate (art. 640 comma 2 n. 1 c.p., truffa a danno dello Stato, l'art. 485 c.p., falsità in scrittura privata, e l'art. 479 c.p., falsità ideologica in atto pubblico), oltre all'organo procedente, il Tribunale di Torre Annunziata, e al provvedimento assunto, consistente nel rinvio a giudizio;

- una terza è stata indicata tramite le norme violate (art. 256 del d. lgs. n. 152 del 2006, gestione di rifiuti non autorizzata, art. 181 comma 1 del d. lgs. n. 42 del 2004, opere eseguite in assenza di autorizzazione o in difformità da essa, e l'art. 479 c.p., falsità ideologica in atto pubblico), oltre all'organo procedente, il Tribunale di Torre Annunziata, e al provvedimento assunto, consistente nel rinvio a giudizio.

Sono state quindi circostanziate le tre vicende penali che hanno visto coinvolto il sig. -OMISSIS- con modalità che hanno consentito alla stazione appaltante di valutare la situazione. Né si vede cosa avrebbe potuto aggiungere il dichiarante rispetto alle notizie fornite.

In calce al motivo si fa altresì riferimento ad un asserito difetto di istruttoria. Detta censura è, prima che infondata, inammissibile in quanto l'argomentazione resa sul punto, peraltro non

approfondita, fa riferimento ad una sentenza resa in altro giudizio riguardante l'esclusione di -OMISSIS- da altra gara d'appalto, peraltro con modalità di non facile comprensione (atteso che si fa riferimento a documentazione afferente a quella causa).

Si evince dalla pronuncia che l'esclusione è dipesa da una complessa valutazione, che ha considerato gli inadempimenti contrattuali della società, le dichiarazioni non veritiere rese in sede di gara e i precedenti penali del sig. -OMISSIS-, che costituiscono solo una delle ragioni della determinazione espulsiva.

In ogni caso la pronuncia del Tar campano dà conto dell'approfondimento istruttorio svolto nell'occasione, che non avrebbe ricevuto una risposta adeguata, e ciò con riferimento alla complessiva situazione di -OMISSIS-. Peraltro, al punto 5.3., si legge che *"la Commissione, nei confronti di -OMISSIS-, amministratore unico e legale rappresentante della -OMISSIS-, ausiliaria della -OMISSIS- Appalti s.r.l., ha correttamente ritenuto di non potere procedere ad un'autonoma valutazione dei profili contestati, posto che l'interessato, in sede di soccorso istruttorio, non ha dato effettivo seguito alla richiesta di precisazioni e documentazione circa i precedenti e le pendenze di giudizi penali, ma si è limitato a ripetere nella sostanza il contenuto della dichiarazione resa all'atto della domanda"*, con la conseguenza, quindi, che l'esclusione non è conseguita a una specifica valorizzazione delle vicende penali riguardanti il sig. -OMISSIS-. Infatti, al punto 7 della sentenza si legge che le risposte istruttorie riguardanti i precedenti penali del sig. -OMISSIS- *"non sono apparse sufficienti alla Commissione per comprendere la reale portata della pendenza in parola e per superare la prima valutazione negativa nei confronti di -OMISSIS-"*, valutazione che quindi è stata resa sulla base degli altri elementi (comunque negativi nei confronti di -OMISSIS-).

La deduzione del vizio istruttorio nel presente giudizio non può basarsi esclusivamente sulle vicende procedurali occorse in altra gara, attesa l'autonomia e la discrezionalità che connotano le determinazioni della stazione appaltante.

15.4. La censura del difetto di istruttoria risulta quindi inammissibile, in quanto non motivata in relazione alle vicende della procedura qui controversa, oltre che infondata, in ragione del fatto che non sono stati apportati elementi utili a ritenere che la Commissione di gara e la stazione appaltante non abbiano svolto, nel caso di specie, la valutazione de quo sulla base degli elementi appresi.

16. Con ulteriore motivo è riproposta la censura di omesso adempimento dell'obbligo informativo che grava sul concorrente in merito ai fatti che possono rilevare quali gravi illeciti professionali.

In particolare la controinteressata non avrebbe fornito dettagliate informazioni (anche riguardanti il valore assoluto delle penali e la percentuale di incidenza sull'importo dell'appalto) in merito a penalità e decurtazioni relative agli appalti di Gela, Riesi, Piazza Armerina, Acerra, Acireale e Marano di Napoli, rispetto ai quali essa si sarebbe limitata ad affermare che dette penalità e decurtazioni si profilavano del tutto illegittime e sono state debitamente contestate dall'impresa. In questo senso, è stata redatta istanza di annullamento in autotutela delle penali ed è in fase di introduzione un procedimento cautelare di

accertamento tecnico preventivo atto ad acquisire prova dell'illegittimità delle penalità e delle decurtazioni.

16.1. Il motivo è innanzitutto inammissibile.

Invero la stazione appaltante ha acquisito gli elementi necessari a svolgere istruttoria, che infatti ha intrapreso (prima e dopo la pronuncia n. -OMISSIS-): le informazioni rese hanno quindi consentito alla stazione appaltante di approfondire le vicende.

-OMISSIS-, peraltro, si è altresì lamentata, con il ricorso introduttivo del presente giudizio, oltre che con il ricorso introduttivo del giudizio concluso con la sentenza n. -OMISSIS-, dell'asserita istruttoria superficiale compiuta, di talché risulta quanto meno contraddittorio che si rimproveri l'Amministrazione di non avere approfondito quelle vicende e contemporaneamente la controinteressata di non avere informato adeguatamente sul punto la parte pubblica.

La sentenza n. -OMISSIS-, non appellata, ha accertato infatti, come sopra riportato, l'illegittima valutazione compiuta dall'Amministrazione dei precedenti contrattuali di -OMISSIS- sulla base anche di una carente istruttoria.

La successiva attività ottemperativa è stata qui gravata da parte di -OMISSIS- anche deducendo il carente approfondimento delle tematiche riguardanti le vicende contrattuali dell'aggiudicataria, sicché l'appellata ha ritenuto di pretendere lo svolgimento di un'attività logicamente e temporalmente successiva alla pretesa violazione di legge riscontrabile, in tesi, sulla base della precedente dichiarazione di -OMISSIS-, che, con il motivo in esame, è censurata in quanto omissiva, e avrebbe quindi potuto condurre di per sé, in quanto carente, all'esclusione di -OMISSIS-, sulla base della valutazione della stazione appaltante, e alla conseguente declaratoria di illegittimità dell'aggiudicazione.

La successiva istruttoria, resa necessaria in seguito alle iniziative giudiziarie della -OMISSIS-, sarebbe *inutiliter data* se fosse stata riscontrata la portata escludente delle omissioni in quanto tali.

Pertanto risulta contraddittorio l'atteggiamento di -OMISSIS- laddove, nella stessa domanda di tutela, ha impugnato la rinnovata valutazione dei precedenti contrattuali di -OMISSIS- (e la rinnovata istruttoria) e contemporaneamente l'illegittima ammissione dell'aggiudicataria alla gara per le omissioni dichiarative, che avrebbero dovuto essere valutate, in funzione eventualmente escludente, dall'Amministrazione in quanto tali.

Ne deriva che l'appellata, insistendo sull'istruttoria che la parte pubblica sarebbe stata tenuta a compiere, ha prestato acquiescenza rispetto alla diversa censura riguardante la mera omissione (e la portata eventualmente escludente della medesima).

16.2. A ciò si aggiunge, nel merito, che proprio la circostanza che l'Amministrazione sia stata nelle condizioni di approfondire le vicende contrattuali che hanno interessato -OMISSIS- consente di ritenere che dette informazioni contenessero gli elementi necessari a acquisire le ulteriori informazioni, necessari ai fini della successiva valutazione discrezionale.

*“La portata dell’obbligo dichiarativo, che grava sulla singola impresa partecipante alla gara, non sempre e necessariamente va parametrato all’ampio potere discrezionale normativamente riconosciuto alla stazione appaltante in ordine alla verifica del requisito di partecipazione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c)” (Cons. St., sez. IV, 3 maggio 2021 n. 3481).* E ciò considerando altresì che l’oggetto dell’obbligo informativo rilevante in punto di gravi illeciti professionali non è delineato con i caratteri della tipicità né in relazione all’oggetto, né in relazione al tipo di informazione che deve essere resa su ogni inadempimento.

Nel caso di specie con la censura in esame non si è criticata la condotta dell’aggiudicataria per non avere informato dei propri precedenti contrattuali ma per non avere comunicato alcune notizie in ordine a detti precedenti.

16.3. Atteso che l’Amministrazione è comunque stata in condizione di valutare i medesimi, anche attraverso un’istruttoria, come sopra illustrato, il motivo non è meritevole di accoglimento.

17. Con ulteriore censura è stato riproposto il motivo riguardante la verifica di anomalia, composto da due profili di doglianza.

Il primo profilo attiene al tempo, in tesi ridotto, nel quale ha avuto luogo la verifica di anomalia: il seggio di gara avrebbe dedicato all’esame delle giustificazioni appena 60 minuti, dalle ore 10 alle ore 11 del 4 marzo 2019 (verbale n. 7/B), anzi, meno, tenuto conto che la durata sopra indicata non terrebbe conto del tempo occorso per compiere le operazioni preliminari all’esame della documentazione pervenuta.

In base al secondo profilo l’aggiudicataria, in sede di giustificazioni, avrebbe dichiarato l’intenzione di subappaltare l’attività di comunicazione e start up, del valore complessivo di 140.000,00 euro, e l’attività di monitoraggio e controllo, del valore complessivo di 91.000,00 euro, con conseguente violazione della regola dell’immodificabilità dell’offerta in quanto ha dichiarato nel DGUE che non avrebbe fatto ricorso al subappalto (e non in quanto contrastanti le norme sul subappalto).

17.1. Il primo profilo è infondato in quanto il tempo utilizzato non è in assoluto esiguo, considerando anche che la Commissione di gara è composta di esperti nel settore.

Peraltro, secondo giurisprudenza consolidata (formatasi in merito alle procedure concorsuali), non è sindacabile in sede di legittimità la congruità del tempo dedicato dalla commissione giudicatrice alla valutazione delle prove d’esame di candidati (Cons. St., sez. VI, 14 gennaio 2021 n. 454). E ciò, n primo luogo, perché manca una predeterminazione, sia pure di massima, ad opera di legge o di regolamenti, dei tempi da dedicare alla verifica di anomalia.

A ciò va aggiunto che, nella gara in esame, la Commissione che ha valutato l’anomalia delle offerte è composta da personale qualificato, quindi in grado in breve tempo di valutare le circostanze incidenti sull’anomalia dell’offerta, tanto più che uno dei componenti della relativa Commissione (dal verbale 7/B del 4 marzo 2019) è anche componente della Commissione giudicatrice della gara. Del resto, con riferimento all’analogia fattispecie delle procedure

concorsuali, la giurisprudenza ha affermato che “ *i componenti della commissione, in ragione delle loro specifiche competenze poste a base dei loro atti di nomina, sono perfettamente in grado di valutare in breve tempo un elaborato*” (Cons. St., sez. IV, 27 settembre 2017 n. 4517).

Da ultimo si aggiunge che la giurisprudenza ha ritenuto rilevante al riguardo, in relazione all'analoga fattispecie delle procedure di concorso, l'emersione di prove che “*l'ipotetica contrazione temporale abbia condotto a esiti valutativi irragionevoli*” (Cons. St., sez. VI, 14 gennaio 2021 n. 454).

Nondimeno, alla luce di quanto si dirà poi nel prosieguo, non è emersa nel presente giudizio alcuna prova che l'ipotetica contrazione temporale abbia condotto a esiti valutativi irragionevoli.

17.2. Il secondo profilo è da respingere in quanto, nel caso di specie, le due attività censurate sono di rilevanza oltremodo ridotta nell'ambito di un appalto dell'importo di più di 21 milioni di euro e avente ad oggetto il “*servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati ed indifferenziati, compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene pubblica all'interno dell'A.R.O. di Taormina*”. La conseguenza è che non pare che la dichiarazione resa in sede di giustificazioni, considerata la ridotta portata della medesima, possa determinare una modifica dell'offerta così da evidenziarne la non serietà.

17.3. Quindi il motivo è nel suo complesso infondato.

18. Con un ulteriore motivo sono stati censurati ulteriori aspetti della verifica di anomalia.

Con il primo profilo è stata criticata la discrasia esistente fra gli oneri di sicurezza esposti nell'offerta e la quantificazione contenuta nelle giustificazioni, rispettivamente ammontanti a euro € 6.675,00 (annui) a € 37.440,00 complessivi.

Se si considera che l'appalto in gara ha la durata di sette anni, si rinviene un costo complessivo esposto in offerta pari a euro 46.725,00, a fronte di giustificazioni rese per € 37.440,00.

Il secondo profilo attiene a altri costi che non sarebbero stati computati i costi delle antenne di lettura e analisi merceologiche, mentre non sarebbero state adeguatamente giustificate altre voci (APP compostaggio, costi per centro del riuso, bagni chimici, triturazione a domicilio sfalci, rastrelliere per condomini, attrezzature per servizio di derattizzazione e disinfestazione, palmari geodetici GNSS per gli operatori e attrezzature per spazzamento, rimozione chewingum, graffiti). Dette incongruenze sarebbero conseguenza del poco tempo dedicato alla verifica di anomalia.

18.1. Il primo profilo non è meritevole di tutela.

Il giudizio sull'anomalia postula un apprezzamento globale e sintetico sull'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e che, nel contraddittorio procedimentale afferente al relativo segmento procedurale, sono consentite compensazioni tra sottostime e sovrastime di talune

voci dell'offerta economica, ferma restando la sua strutturale immodificabilità (Cons. St., sez. V, 24 aprile 2017 n. 1896).

Secondo giurisprudenza costante, l'applicazione di tali principi incontra il duplice limite del divieto di una radicale modificazione della composizione dell'offerta (da intendersi preclusa), che ne alteri l'equilibrio economico (allocando diversamente rilevanti voci di costo nella sola fase delle giustificazioni), e, in particolare, di una revisione della voce degli oneri di sicurezza aziendale, che, quale elemento costitutivo dell'offerta, esige una separata identificabilità ed una rigida inalterabilità, a presidio degli interessi pubblici sottesi alla relativa disciplina legislativa.

Diversamente opinando, infatti, si perverrebbe all'inaccettabile conseguenza di consentire un'indiscriminata ed arbitraria modifica postuma della composizione dell'offerta economica (nella fase del controllo dell'anomalia), con il solo limite del rispetto del saldo complessivo, il che si porrebbe in contrasto con le esigenze conoscitive, da parte della stazione appaltante, della sua struttura di costi, e, segnatamente, degli interessi sottesi alla specifica individuazione degli oneri di sicurezza aziendale (la cui necessaria integrità viene espressamente sancita dall'art. 87, comma 4, d.lgs. cit).

Senonché, nel caso di specie, l'asserita modifica degli oneri della sicurezza (fra offerta e giustificazioni), è ridotta in termini assoluti, essendoci uno scostamento di circa 9,000 euro, e pressoché irrilevante in termini relativi, atteso che il valore complessivo dell'appalto supera i 21 milioni di euro.

L'impalpabilità dello scostamento impedisce, anche in ragione del principio di proporzionalità e di non aggravamento del procedimento, di attribuire rilevanza invalidante a detto scostamento (irrisorio in termini relativi).

Del resto, esso, considerato l'esiguo ammontare relativo dello scarto, non è potenzialmente idoneo a impedire la realizzazione delle finalità proprie dell'indicazione degli oneri della sicurezza, da rinvenirsi nell'esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della salute e della sicurezza dei lavoratori, così come la altrettanto necessaria indicazione dei costi della manodopera tutela il lavoro per il profilo relativo alla giusta retribuzione (Cons. St., sez. V, 19 ottobre 2020 n. 6306).

18.2. Il secondo profilo non è meritevole di accoglimento.

Il motivo, per come formulato, non può essere accolto in quanto le incongruenze rilevate non vengono analizzate in ordine all'impatto economico delle stesse sull'offerta, né, nella maggioranza dei casi, neppure con riferimento all'impatto relativo della mancanza di giustificazioni, nel senso che non si indica se e di quanto sarebbe stato lo scostamento sulla base di giustificazioni adeguate.

Esse vengono piuttosto messe in relazione alla tempistica della verifica di anomalia, che di per sé non rende dette asserite incongruenze decisive al fine di alterare il giudizio di anomalia complessivamente considerato.

I costi delle antenne di lettura e analisi merceologiche (in tesi omessi) sono poi quantificati senza alcuna spiegazione o comunque senza richiamare documentazione comprovante detti costi.

Non vengono quindi apportati elementi sufficienti a ritenere censurabile il giudizio di non anomalia, che peraltro, avendo avuto risultato positivo, non necessita di specifica motivazione.

Neppure sono sufficienti a decidere diversamente i precedenti giurisprudenziali richiamati (riguardanti la stessa -OMISSIS-), nei quali il giudice ha ritenuto illegittimo il giudizio di anomalia reso in altro procedimento: la discrezionalità che accompagna la verifica di congruità, infatti, è strettamente correlata al dato tecnico della singola gara.

18.3. Il motivo è quindi complessivamente infondato.

19. Con ultimo motivo sono stati censurati i punteggi attribuiti all'offerta tecnica, in una triplice prospettiva.

Innanzitutto sarebbe stato erroneamente attribuito il punteggio relativamente al sub-criterio n. 5 (impiego di veicoli con alimentazione elettrica, ibrida, meta-no, gpl), per il quale è prevista l'attribuzione di un punteggio massimo pari a 5, atteso che è stato calcolato in modo errato il totale dei veicoli impiegati, al fine di verificare la percentuale di veicoli ad alimentazione ecologica: i commissari hanno attribuito all'offerta della -OMISSIS- un coefficiente rispettivamente di 0,85, 0,95 e 0,90, mentre all'appellata è stato attribuito un punteggio di 0,8, 0,85 e 0,8.

Parimenti errata sarebbe l'attribuzione del punteggio relativamente al sub-criterio n. 6 (impiego di veicoli con recupero di energia in frenata), per il quale è prevista l'attribuzione di un punteggio massimo pari a 2 (tutti e tre i commissari hanno attribuito all'offerta della -OMISSIS- un coefficiente pari a 1, mentre all'appellata hanno attribuito tutti e tre un punteggio di 0,6) in conseguenza della medesima questione del numero totale dei mezzi a disposizione dell'offerente.

Il terzo profilo attiene all'asserita errata attribuzione all'appellata di un punteggio inferiore a quello della controinteressata in relazione al sub-criterio n. 15 (compostaggio domestico), per il quale è prevista l'attribuzione di un punteggio massimo pari a 10. La commissione non avrebbe valutato per tale criterio quanto offerto dall'appellata in una sezione diversa del progetto, ma pur sempre da ricondurre a tale criterio, ovvero l'offerta di numero 1000 compostiere alle utenze di Taormina.

Il quarto motivo attiene all'erronea attribuzione di punteggio complessivo all'offerta tecnica di -OMISSIS-, che inciderebbe sullo scostamento esistente fra il punteggio di -OMISSIS- e il punteggio di -OMISSIS-, indicato dall'appellata in 3,1847 punti.

19.1. Innanzitutto le prime tre censure sono inammissibili, in quanto non è indicato specificamente, attraverso una dettagliata quantificazione, come le asserite carenze di valutazione avrebbero inciso sul punteggio, in modo tale da assicurare la vittoria a -OMISSIS-,

atteso che il ricorso introduttivo del giudizio concluso con la sentenza n. -OMISSIS- (i cui motivi sono qui "riproposti") esprimeva quale risultato anelato l'affidamento del contratto, così come il ricorso introduttivo del presente giudizio.

In termini generali il ricorrente, per comprovare il proprio interesse a ricorrere, deve superare la prova di resistenza, raffrontando le caratteristiche della propria offerta con quelle dei concorrenti, e dimostrando che la propria offerta avrebbe meritato un punteggio più alto o una valutazione comparativamente migliore, al punto da poter conseguire l'aggiudicazione.

La prova di resistenza si articola diversamente a seconda del vizio dedotto: qualora, come nel caso di specie, esso consista nel criticare la legittimità di alcuni criteri di valutazione o l'applicazione che la Commissione ne abbia fatto, il ricorrente deve dimostrare, e nel caso di specie non ha ottemperato specificamente a detto onere, che, accogliendo l'interpretazione alternativa che propone, avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione (Cons. St., sez. III, 7 novembre 2018, n. 6299 e Cons. St., sez. V, 2 marzo 2018, n. 1292).

19.2. Nondimeno esse sono anche infondate.

Innanzitutto le prime due censure si basano sull'erronea indicazione del numero totale dei veicoli a disposizione di -OMISSIS-, rispetto al quale sono state calcolate le percentuali rilevanti ai fini dell'attribuzione del punteggio per il subcriterio n. 5 e per il subcriterio n. 6.

In particolare si dice che il totale è stato erroneamente indicato in 25 automezzi, perché questi sarebbero 34 (così si evincerebbe da pag. 64 dell'offerta tecnica), così alterando le percentuali dei mezzi ecologici e con recupero di energia in frenata sul totale dei veicoli, che sarebbero state calcolate rispettivamente pari all'86% e al 60% e da ricalcolare rispettivamente in una percentuale del 64% nell'ipotesi più pessimista e del 44%.

L'appellata ha dichiarato che -OMISSIS- per il subcriterio 5 ha preso un coefficiente rispettivamente di 0,85, 0,95 e 0,90 (per ogni commissario) mentre il disciplinare di gara prevede che per l'impiego di veicoli con alimentazione elettrica, ibrida o a metano o a GPL saranno attribuiti quattro punti ai progetti che prevedranno che

almeno il 50% del totale dei veicoli abbiano alimentazione elettrica o a metano o a GPL. Ciò vuol dire che -OMISSIS- non ha usufruito del riconoscimento dei quattro punti e che comunque la riduzione della percentuale, mantenendosi sopra il 50%, non avrebbe potuto comunque influire sul punteggio.

Quanto al subcriterio 6, relativo all'impiego di veicoli con recupero dell'energia in frenata, l'appellata ha dichiarato che -OMISSIS- ha ricevuto dai tre commissari un punteggio pari a 1.

Il disciplinare di gara prevede che per l'impiego di veicoli con recupero dell'energia in frenata saranno attribuiti due punti ai progetti che prevedranno che almeno il 50% del totale dei veicoli per i predetti servizi che siano dotati di dispositivi di recupero dell'energia in frenata. Agli altri che non raggiungeranno tale valore saranno attribuiti punteggi proporzionalmente inferiori. Ciò vuol dire che -OMISSIS- non ha usufruito del riconoscimento dei quattro punti e che quindi la

riduzione della percentuale non potrebbe comunque influire sul punteggio.

Il terzo profilo è infondato in quanto non vengono portati elementi a supporto del fatto che il punteggio meritato da -OMISSIS- avrebbe dovuto tenere conto, per quanto attiene al subcriterio 15, delle 1000 compostiere offerte in altra sezione.

Al riguardo, oltre alla circostanza che non viene apportato alcun contributo tecnico idoneo a supportare una presunta quantificazione del conteggio di tale circostanza, si rileva che la mancata considerazione della medesima non è riconducibile a una negligenza amministrativa ma è stata causata da un'erronea descrizione degli elementi rilevanti per l'attribuzione del punteggio relativo al subcriterio 15 da parte della -OMISSIS-.

Non è quindi censurabile l'attribuzione del relativo punteggio.

19.3. La quarta censura è inammissibile in quanto l'errore ivi evidenziato non è di per sé solo idoneo a modificare la graduatoria incidendo solo sullo scarto esistente fra le prime due classificate.

19.4. Nel complesso, pertanto, il motivo è inammissibile e, in parte, anche infondato.

20. In conclusione, l'appello deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere in parte dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado e per la restante parte respinto.

21. La particolarità della vicenda giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara, in parte, inammissibile il ricorso introduttivo e per la restante parte lo respinge.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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