

Publicato il 28/12/2022

N. 00898/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00569/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 569 del 2022, proposto da -OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giulia Atzori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Marcello Vignolo, Massimo Massa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Marcello Vignolo in Cagliari, piazza del Carmine n. 22;

nei confronti

-OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Giuseppe Orofino, Raffaello Giuseppe Orofino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento e previa adozione delle misure cautelari

della determinazione n°42/OP del 31 agosto 2022, con la quale il Responsabile del Settore Opere Pubbliche e Ambiente del Comune di -OMISSIS- ha approvato il verbale del seggio di gara n°12 del 18 agosto 2022 ed ha confermato l'aggiudicazione, in favore della società -OMISSIS- s.r.l., del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani (RSU), spazzamento meccanizzato e manuale e gestione dell'ecocentro comunale, nonché di ogni altro presupposto, conseguente o, comunque, connesso e, segnatamente:

- dei provvedimenti di cui al verbale del seggio di gara n°12 del 18 agosto 2022;
- dei provvedimenti di cui al verbale n°1 del 3 settembre 2021 e n°3 del 7 settembre 2021, con i quali la Commissione giudicatrice ha ammesso alla gara la -OMISSIS- s.r.l.;
- della relazione istruttoria del RUP del 17 agosto 2022.
- della nota del Responsabile del Settore Opere Pubbliche e Ambiente prot. n° 23161 del 19 settembre 2022.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di -OMISSIS- e di -OMISSIS- S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2022 il dott. Gabriele Serra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente ha impugnato gli atti epigrafati con cui il Comune di -OMISSIS- ha riesercitato il potere amministrativo, a seguito della sentenza del T.A.R. Sardegna, Sez. II, 7 luglio 2022, n. 482, con cui sono stati annullati gli atti di aggiudicazione e gli atti prodromici relativi all'affidamento, in favore della controinteressata, del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei

rifiuti solidi urbani (RSU), spazzamento meccanizzato e manuale e gestione dell'ecocentro comunale, "al solo fine della rideterminazione da parte del Comune di -OMISSIS- in merito all'affidabilità e integrità della -OMISSIS- S.r.l.", relativamente all'accertata omessa dichiarazione, in sede di gara, di penali applicate dal Comune di -OMISSIS- in relazione all'esecuzione di altro contratto.

2. La Commissione di gara, in sede di riesercizio del potere, ha così motivato, confermando la valutazione di affidabilità e integrità della controinteressata aggiudicataria: "Con relazione del 17/08/2022 il responsabile del procedimento ha proceduto con l'esame istruttorio di quanto evidenziato nella sentenza del TAR Sardegna relativamente all'affidabilità e integrità della -OMISSIS- s.r.l. e che dalla suddetta relazione si evidenzia:.... a seguito di verifica ulteriore presso il casellario Anac e dall'ulteriore documentazione prodotta da -OMISSIS- indicata nella relazione stessa si rileva ai fini della rilevanza della affidabilità della stessa ditta, che -OMISSIS- opera su tutto il territorio nazionale con un ingente numero di servizi di raccolta dei rifiuti svolti per conto di una moltitudine di amministrazioni pubbliche.

Dall'esame del complesso dei servizi resi, rilevabili dalle certificazioni prodotte in merito alla regolarità delle prestazioni eseguite, dalle attestazioni prodotte dalla stessa ditta, nonché da quanto contenuto nel casellario Anac, si evidenzia che la procedura di applicazione di penali imposta dal comune di -OMISSIS- nei confronti della -OMISSIS- (peraltro da quanto dichiarato dalla stessa ditta tale provvedimento risulta essere stato oggetto di impugnativa presso il tribunale di -OMISSIS-) rivesta nel complesso del numero di prestazioni eseguite regolarmente dalla stessa ditta carattere residuale, tale da considerare quale condotta irrilevante nel complesso delle prestazioni svolte dalla stessa ditta ai fini della ricorrenza del motivo di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016"; e che pertanto lo stesso non incida sulla affidabilità della stessa ditta.

Il seggio di gara pertanto vista la relazione istruttorio del Responsabile del Procedimento che si allega alla presente per farne parte integrante a seguito degli ulteriori riscontri effettuati ritiene di fare proprie le conclusioni nella stessa contenute, ritenendo che l'omessa dichiarazione della -OMISSIS- srl sulle penali applicate dal Comune di -OMISSIS-, rivesta nel complesso del numero di prestazioni eseguite regolarmente su tutto il territorio

nazionale dalla stessa ditta carattere residuale, tale da considerare quale condotta irrilevante nel complesso delle prestazioni svolte da tale soggetto ai fini della ricorrenza del motivo di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016. (...)".

3. Avverso tale decisione la -OMISSIS- ha dedotto:

- I Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter) del d.lgs. n°50/2016, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, falsità del presupposto, travisamento dei fatti, illogicità, irragionevolezza e sviamento, in quanto il Comune di -OMISSIS- ha valutato solo la rilevanza dell'informazione omessa, ma non anche la circostanza, di per sé rilevante ai fini della valutazione sull'integrità e affidabilità della controinteressata, dell'omissione informativa da parte della -OMISSIS-;

- II Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 6 della l n°241/1990, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, falsità del presupposto, travisamento dei fatti e sviamento, in quanto, in ogni caso, anche la valutazione di irrilevanza delle penali applicate dal Comune di -OMISSIS- è illegittima, poiché fondata su un'istruttoria manifestamente lacunosa e carente, non avendo il RUP acquisito i provvedimenti applicativi delle sanzioni dal Comune di -OMISSIS-, essendo irrilevante che gli stessi non siano riportati nel casellario ANAC, unica fonte consultata dal RUP, oltre all'acquisizione di documentazione della stessa -OMISSIS-;

*- III Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 32, comma 8, 9, 11 e 13 del d.lgs. n°50/2016, nonché eccesso di potere per falsità del presupposto, travisamento dei fatti e sviamento, in relazione alla disposta data di inizio del servizio al 1 ottobre 2022, per violazione del termine di *stand still* e all'insussistenza dei presupposti per disporre in via d'urgenza l'assegnazione del servizio.*

4. Resistono in giudizio il Comune di -OMISSIS- e la controinteressata -OMISSIS-, che hanno richiesto il rigetto del ricorso siccome infondato.

5. Con decreto presidenziale monocratico è stata respinta l'istanza *ex art.* 56 cod. proc. amm. della ricorrente, che, in sede di discussione collegiale

dell'istanza cautelare, alla camera di consiglio del 12.10.2022, ha chiesto l'abbinamento al merito della stessa.

6. All'udienza pubblica del 21.12.2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

7.1. In premessa e come già indicato nella sentenza di questa Sezione n. 482/2022, sulla cui base è stato riesercitato il potere di valutazione dell'integrità e affidabilità dell'aggiudicataria alla luce delle informazioni illegittimamente omesse in sede di gara, vale ricordare che *"su tale valutazione poi, come chiarito dalla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020, "operano i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare «il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente» [Cassazione, sezioni unite civili, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312, che ha annullato per eccesso di potere giurisdizionale una sentenza di questo Consiglio di Stato che aveva a sua volta ritenuto illegittimo il giudizio di affidabilità professionale espresso dall'amministrazione in relazione all'allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163]; limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione"*.

8. Se così è, la motivazione resa a fondamento del provvedimento impugnato e sopra riportata resiste alle prime due censure spiegate con il ricorso, che possono essere esaminate congiuntamente.

La motivazione del provvedimento di conferma dell'affidabilità e integrità dell'aggiudicataria, come sopra riportata, dà rilievo, a tal fine, al carattere residuale e al modesto rilievo delle penali applicate dal Comune di -OMISSIS- nei confronti di -OMISSIS-, peraltro impuginate in sede giurisdizionale, rispetto ad un complessivo volume d'affari - e, in particolare, di contratti pubblici per l'esecuzione di servizi analoghi a quello oggetto della procedura in esame – particolarmente rilevante, che determina complessivamente, nella

valutazione della stazione appaltante, l'affidabilità dell'impresa a garantire la corretta esecuzione del servizio.

Non sussiste il denunciato difetto di istruttoria del Comune per il sol fatto che l'ente locale non ha acquisito tutti gli atti del procedimento del Comune di -OMISSIS- che aveva irrogato le penali, in quanto tale asserzione non è accompagnata da alcun elemento ulteriore che dimostri l'insufficienza invece di tutta la documentazione acquisita dal Comune di -OMISSIS-, sia per il tramite della -OMISSIS-, ma anche della stessa -OMISSIS- (fatto incontestato), oltre che dall'indagine effettuata presso l'osservatorio ANAC.

Tale compendio istruttorio, alla luce dell'informazione omessa, deve reputarsi senz'altro congruo, essendo dalla documentazione acquisita ben chiari i fatti su cui si è basata l'applicazione della penale, che sono stati valutati dal Comune di -OMISSIS- e che, complessivamente, sono considerati residuali e non idonei ad incidere sull'affidabilità dell'impresa.

-OMISSIS- si limita invece, apoditticamente, a contestare che l'acquisizione di ulteriori documenti procedurali avrebbe potuto portare ad un diverso giudizio, ma non fornisce alcun elemento né per ritenere insufficienti i documenti acquisiti a descrivere i fatti rilevanti, neppure contestando tale profilo, né per ritenere decisiva, in senso contrario, eventuale ulteriore documentazione reperibile presso il Comune di -OMISSIS-.

Peraltro, come emerge dalla motivazione della valutazione resa dal Responsabile del procedimento e fatta propria dalla Commissione, *"le penali applicate sono riferite alla tipologia di contratto applicato al personale dipendente impiegato nell'esecuzione dei servizi presso tale ente"*, dunque non direttamente a inadempimenti nell'esecuzione del servizio e non risultano iscritte nel casellario ANAC; gli elementi in discorso, raffrontati all'*"ingente numero di servizi di raccolta rifiuti svolti per conto di una moltitudine di amministrazioni pubbliche"*, come emerge *"dal complesso dei servizi resi, rilevabili dalle certificazioni prodotte in merito alla regolarità delle prestazioni eseguite, dalle attestazioni prodotte dalla stessa ditta, nonché da quanto risulta dal casellario ANAC"*, ben giustificano la valutazione di

residualità e irrilevanza delle suddette penali nella valutazione discrezionale della stazione appaltante in merito all'affidabilità e integrità dell'operatore economico.

In altre parole, a fronte del compendio istruttorio acquisito, non è condivisibile l'approccio contenuto in ricorso per cui si vadano a ricercare unicamente adempimenti istruttori ulteriori astrattamente possibili da parte del Comune per la sua valutazione a comprova dell'illegittimità della valutazione, dovendosi al contrario dimostrare, da un lato, l'insufficienza di quelli acquisiti rispetto ai fatti verificatisi e alla valutazione da compiersi e, dall'altro, la decisività o quantomeno la rilevanza degli ulteriori documenti non acquisiti dall'ente; entrambe le prove sono del tutto mancate da parte della ricorrente.

9. Da quanto sin qui esposto poi, si coglie altresì il formalismo che connota il primo motivo di ricorso, che si fonda sull'asserita omessa valutazione da parte della stazione appaltante, ai fini del medesimo giudizio sull'integrità dell'operatore economico, in merito alla circostanza dell'omessa dichiarazione in sede di gara delle penali.

Infatti, a ben vedere, la motivazione svolta circa la residualità e irrilevanza dell'informazione omessa ben costituisce idonea motivazione anche sotto il profilo dell'irrilevanza, sempre ai fini dell'integrità dell'impresa, anche della mancata dichiarazione; ciò perché, secondo un criterio logico assolutamente condivisibile, anche l'omissione assume un rilievo del tutto marginale rispetto all'integrità dell'impresa, posto che il fatto non dichiarato ha natura, come visto, modesta e residuale per la stazione appaltante.

In altre parole, non aver dichiarato un fatto che si connota per modestia e residualità e, come tale, valutato inidoneo ad incidere sull'integrità dell'impresa, non risultando altre omesse dichiarazioni in gara, ben conduce alla valutazione di inidoneità a minare l'integrità dell'impresa anche l'omessa dichiarazione di quel (solo) modesto fatto.

Appare dunque assorbita e implicita nella valutazione ampia compiuta dall'amministrazione circa il fatto omesso anche quella relativa all'omessa dichiarazione di quel medesimo fatto; il sillogismo in esame non sarà, naturalmente, sempre valido, ma potrà ben sussistere in tutti i casi in cui, come quello di specie, si controverta su un solo fatto non dichiarato e che viene esaminato nelle sue caratteristiche e ritenuto irrilevante ai fini della valutazione di integrità dell'impresa.

D'altronde, sotto questo profilo, quanto qui complessivamente ritenuto in relazione ad entrambi i motivi di ricorso è conforme a quanto già rilevato da questo Tribunale in relazione ai principi ermeneutici in merito all'onere motivazionale gravante sulla stazione appaltante in caso di ammissione alla gara di un operatore economico *"come ribaditi schematicamente da ultimo dal Consiglio di Stato (cfr. in part. Sez. IV, 14 giugno 2022, n. 4831):*

- la stazione appaltante che procede all'ammissione alla gara di un'impresa, non ritenendo rilevanti le pregresse vicende professionali dichiarate dal concorrente, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicitamente o per facta concludentia, ossia con la stessa ammissione alla gara dell'impresa (Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1500; id. 9 settembre 2019, n. 6112);

- la motivazione può essere ricavata per relationem dall'adesione della stazione appaltante alle argomentazioni con cui, nel rendere le rispettive controdeduzioni, le società partecipanti alla gara hanno contestualmente indicato le ragioni idonee ad escludere l'incidenza delle vicende ivi indicate sulla propria integrità e affidabilità professionale (Cons. Stato, sez. IV, 10 novembre 2021, n. 7501).

- è invece il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione della esistenza di un illecito professionale e sulla sua qualificazione in termini di "gravità" tali da minare la affidabilità del concorrente, a necessitare di una espressa e puntuale motivazione; la stazione appaltante deve quindi motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2020, n. 2850; id., VI, 18 maggio 2016, n. 3198);

- solo una pregressa vicenda professionale che appaia, ictu oculi, di particolare rilevanza, impone alle Amministrazioni oneri positivi di istruttoria e di motivazione, in funzione di tutela delle legittime aspirazioni degli altri concorrenti e del più generale interesse pubblico alla retta e trasparente conduzione della procedura (Cons. Stato, sez. V, n. 1500 del 2021, cit.)" (T.A.R. Sardegna, Sez. II, 29 settembre 2022, n. 629).

Nel caso di specie, la motivazione resa dal Comune di -OMISSIS- è da considerarsi sufficiente e congrua per tutte le ragioni già esposte, idonea a chiarire le ragioni per cui l'omessa dichiarazione delle penali non è rilevante, né sotto il profilo dell'omissione, né in relazione all'informazione in sé omessa, a vulnerare il giudizio di integrità e affidabilità dell'impresa.

Per tali ragioni perciò tanto il primo quanto il secondo motivo di ricorso sono infondati.

10. Infine, è altresì infondato il terzo motivo di ricorso, potendosi perciò prescindere dall'eccezione di improcedibilità sullo stesso sollevata dalla -OMISSIS-.

Invero, in senso contrario alla deduzione di parte ricorrente, non appare fondata la censura in merito alla data di inizio del servizio al 1 ottobre 2022, con esecuzione del contratto in via d'urgenza.

In primo luogo infatti, ai sensi dell'art. 8, comma 1, del d.l. 16.7.2020, n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11.9.2020, n. 120 e, successivamente, dell'art. 51, comma 1, lett. f), del d.l. 31.5.2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla l. 29.7.2021, n. 108, in relazione alle procedure pendenti disciplinate dal Codice dei Contratti, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore dello stesso decreto, e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 30 giugno 2023, *"è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del D.Lgs. n. 50 del 2016, nelle more della*

verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura".

La norma in discorso sembra effettivamente autorizzare sempre l'esecuzione del contratto in via d'urgenza e tale conclusione è supportata anche dalla giurisprudenza che si è occupata di tale disposizione, come richiamata dalla parte controinteressata: *"è stato infatti chiarito che nel periodo di applicazione dell'art. 8, comma 1, d.l. n. 76 del 2020, successivamente convertito con l. n. 120 del 2020 (secondo cui fino al 30 giugno 2023 «è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura»), la consegna anticipata è considerata «quale regola ordinaria della procedura» (T.a.r. per la Sicilia, sez. st. Catania, sez. I, n. 2555 del 2020)" (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 11 febbraio 2022, n. 463).*

In ogni caso, le esigenze pubbliche di cui all'art. 32, comma 8 del Codice sono argomentate dalla stazione appaltante, che ha rilevato *"l'assoluta necessità di evitare pericolo per l'igiene e la salute pubblica"* connessa all'eventuale assenza di gestione del servizio pubblico.

La tesi della ricorrente per escludere tali esigenze è quella per cui sarebbe stato possibile continuare, da parte della stessa, a gestire il servizio in regime di proroga tecnica.

Sotto tale profilo, da un lato, la stazione appaltante ha ben argomentato che *"la c. d. proroga tecnica dell'appalto può essere disposta per un periodo che non può superare, mai e per nessuna ragione, i sei mesi dalla scadenza contrattuale. Questi sei mesi, a loro volta, sono spirati il 4.10.2020. Essendo divenuto impossibile ricorrere agli strumenti ordinari per assicurare un servizio indefettibile come la raccolta dei rifiuti solidi urbani, nei due anni trascorsi da allora, sino a conclusione della nuova gara d'appalto, è stato necessario ricorrere a ordinanze sindacali contingibili e urgenti con i quali è stato richiesto a codesta società di garantire il servizio. Tale strumento di carattere eccezionale e*

temporaneo, in conformità alle caratteristiche sue proprie, è stato impiegato al solo fine di assicurare la continuazione del servizio per il tempo strettamente necessario alla definizione del nuovo affidamento (...)" (doc. 6 Comune – nota del 25.9.2022); dall'altro, rileva il Tribunale che le esigenze di pubblico interesse, in un caso quale quello che occupa, devono essere valutate senza considerare la possibilità di continuare a disporre una proroga tecnica in favore dell'appaltatore uscente, posta l'evidente possibilità di abuso del processo in tal caso da parte di quest'ultimo.

Peraltro, l'ordinanza n. 69 del 27.06.2022 del Comune, con cui era stata disposta l'ultima proroga tecnica fino al 31.10.2022, aveva però già ben chiarito che ciò sarebbe avvenuto *"fermo restando che laddove le procedure di aggiudicazione del Comune di -OMISSIS- dovessero definirsi prima della predetta data, COSIR SRL consentirà il subentro nel servizio del nuovo aggiudicatario senza che al riguardo possa avanzare pretesa alcuna"* (doc. 13 Comune).

Tutte le superiori argomentazioni conducono al rigetto anche del terzo motivo di ricorso.

11. In conclusione, il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna -OMISSIS- S.r.l. alla rifusione, in favore del Comune di -OMISSIS- e della -OMISSIS- S.r.l., delle spese di giudizio, che liquida, per ciascuno, in euro 3.000, oltre spese generali ed accessori come per legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27

aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità delle parti.

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lensi, Presidente

Tito Aru, Consigliere

Gabriele Serra, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Gabriele Serra

IL PRESIDENTE

Marco Lensi

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.