

Pubblicato il 24/03/2021

N. 02495/2021 REG.PROV.COLL.
N. 09494/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9494 del 2020, proposto dalla Ama S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, via Piemonte, n. 39;

contro

Trash S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paoletti ed Emanuela Paoletti, elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 68;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma (Sezione Seconda *Ter*), n. 12655/2020, resa tra le parti, pubblicata il 26 novembre 2020, notificata il 27 novembre 2020, pronunciata nel giudizio (n.r.g. 6533/2020) proposto per l'annullamento del provvedimento di Ama prot. n. PG0035154.U del 3 luglio 2020, notificato in pari data, di comunicazione dell'esclusione dalla gara, nonché di ogni altro provvedimento consequenziale e connesso, compreso, in particolare, il provvedimento di

aggiudicazione sia provvisoria che definitiva ove emessi, nonché per l'annullamento del contratto ove sottoscritto nelle more, e per il risarcimento del danno in esito alla eventuale stipula del contratto di cessione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Trash S.r.l.;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione n. 7409/2020;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Rilevato che l'udienza si è svolta ai sensi dell'art. 25, comma 2, del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni con legge 18 dicembre 2020, 176, attraverso videoconferenza con l'utilizzo della piattaforma "*Microsoft Teams*", come previsto dalla circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario generale della Giustizia amministrativa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 marzo 2021 il Cons. Michele Pizzi e uditi per le parti l'avvocato Giorgio Fraccastoro, l'avvocato Francesco Paoletti e l'avvocato Emanuela Paoletti;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue.

FATTO

1. La Ama s.p.a., con determina n. 18 del 10 aprile 2019, ha indetto una procedura d'asta, suddivisa in quattro lotti, per la cessione di indumenti e accessori di abbigliamento (CER 20.01.10) provenienti dalla raccolta differenziata nel Comune di Roma Capitale, per un periodo di ventiquattro mesi, per un ricavo complessivo stimato di euro 3.772.000,00.
2. La società Trash s.r.l. ha partecipato alla predetta procedura d'asta, limitatamente ai lotti I e II, offrendo rispettivamente il prezzo unitario pari ad euro 235,50/tonnellata e pari ad euro 237,50/tonnellata.
3. La Ama s.p.a., con nota prot. PG.0035154.U del 3 luglio 2020, ha escluso la Trash s.r.l. dalla gara in questione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del decreto legislativo n. 50/2016, stante la sussistenza di gravi illeciti

professionali a carico della stessa società, in quanto, con riferimento ad una precedente procedura di gara bandita nell'anno 2016 ed avente il medesimo oggetto, aggiudicata alla Trash s.r.l. limitatamente ai lotti I e III, quest'ultima non aveva effettuato il pagamento delle relative fatture, giungendo ad accumulare un debito, nei confronti di Ama s.p.a., per euro 3.121.835,02.

4. In particolare, nel provvedimento di esclusione del 3 luglio 2020, si è rilevato che: *“la Trash s.r.l., nonostante i ripetuti solleciti, non ha mai provveduto ad effettuare alcun pagamento nei confronti di Ama s.p.a.; in altre parole la Trash s.r.l. risulta completamente inadempiente rispetto all’obbligazione principale posta in capo all’assegnatario della Procedura d’Asta sopra citata, consistente – parimenti alla Procedura d’Asta in oggetto – nel pagamento del corrispettivo offerto.*

Tale comportamento, oltre a determinare un grave danno economico per Ama s.p.a., vista l’entità del debito accumulato dalla Trash s.r.l., risulta evidentemente contrario ai principi di buona fede e correttezza che dovrebbero ispirare i rapporti tra Stazione appaltante e operatore economico. [...].

Ciò posto, in relazione alla presente Procedura, si ritengono sussistenti elementi tali da incidere in concreto sul corretto adempimento da parte della Trash s.r.l. alle obbligazioni contrattuali, atteso che il reiterato inadempimento del pagamento delle fatture emesse [...] rappresenta certamente una significativa e persistente carenza nell’esecuzione de menzionato contratto, da ritenersi idonea a porre in dubbio l’integrità e l’affidabilità della Trash s.r.l. Quanto appena detto anche, e soprattutto, considerato che le prestazioni oggetto della presente procedura sono le medesime di quelle oggetto della precedente Procedura d’Asta (anno 2016)”.

5. La Trash s.r.l. ha impugnato il menzionato provvedimento di esclusione del 3 luglio 2020 ed il Tar Lazio, sede di Roma, con la sentenza 26 novembre 2020, n. 12655:

- ha accolto il secondo motivo del ricorso di primo grado, e per l’effetto, ha annullato il gravato provvedimento di esclusione, stante la mancata sottoscrizione del contratto d’appalto tra Ama s.p.a. e la Trash s.r.l. (con riferimento alla precedente gara del 2016), poiché *“il rapporto da cui Ama s.p.a.*

pretende di desumere comportamenti comprovanti l'inaffidabilità professionale ex art. 80, comma 5, lettera c), d.lgs. n. 50/2016, è privo di alcun valido titolo giuridico”;

- ha respinto la domanda di risarcimento del danno *“in quanto la ricorrente, benché gravata dal relativo onere ex art. 2697 c.c., non ha fornito prova idonea del pregiudizio patrimoniale subito”;*

- ha disposto la trasmissione di copia della sentenza alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma ed alla Procura presso la Corte dei Conti, per quanto di rispettiva competenza, *“in ordine alle condotte dei dipendenti di Ama s.p.a. che hanno consentito l’attivazione del servizio aggiudicato a Trash s.r.l. nel 2017 e finanche la proroga dello stesso nel successivo 2019 senza mai formalizzare il relativo contratto con conseguente inesistenza di alcun titolo giuridico idoneo a regolare il rapporto intercorrente tra le parti del presente giudizio”.*

6. Con ricorso in appello notificato il 4 dicembre 2020, la società Ama s.p.a. ha impugnato la menzionata sentenza del Tar Lazio, sede di Roma, 26 novembre 2020, n. 12655, articolando i seguenti due motivi di appello:

6.1. - erroneità della sentenza, nella parte in cui ha ritenuto inidoneo, immotivato ed irrazionale il giudizio di inaffidabilità di Trash s.r.l., violazione dell’art. 80, comma 5, lett. c), del decreto legislativo n. 50/2016 e dell’art. 97 della Costituzione, travisamento dei fatti, per aver il Tar Lazio travisato la motivazione del gravato provvedimento di esclusione, basato sui gravi illeciti professionali ai sensi del citato articolo 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, stante la *“radicata condizione di inadempienza dell’odierna appellata relativamente alle proprie obbligazioni scaturenti dal rapporto esistente tra la stessa ed Ama”* (pag. 7 dell’appello), avendo pertanto errato il primo giudice ove ha inteso il provvedimento di esclusione come se questo fosse riferito ad un *“inadempimento contrattuale”.*

In particolare l’appellante deduce che, a fronte di un debito accumulato dalla Trash s.r.l. nei confronti di Ama per euro 3.121.835,02 (oggetto altresì di una ingiunzione di pagamento), non assume rilevanza l’esistenza o meno di un contratto d’appalto, in quanto viene in luce un *“ben più complesso quadro*

d'inaffidabilità dell'operatore economico descritto dalla Stazione appaltante e correlato alla condotta profondamente inadempiente di Trash che prescinde dalla riferibilità del rapporto ad un preciso schema contrattuale" (pag. 8 dell'appello), dovendosi inoltre distinguere la fattispecie di esclusione di cui alla lettera c) del comma 5 dell'articolo 80 del decreto legislativo n. 50/2016, dalla successiva lettera c-ter del medesimo articolo 80, in quanto solo quest'ultima lettera fa riferimento alle carenze nella esecuzione di *"un precedente contratto"*;

6.2. - riforma della sentenza in ordine alla trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma ed alla Procura presso la Corte dei Conti, avendo il Tar Lazio pronunciato in modo esorbitante ed ingiustificato *"in relazione alla condotta processuale dell'odierna appellante"* (pag. 12 dell'appello), considerato che Ama s.p.a., con p.e.c. del 6 maggio 2019, aveva trasmesso alla Trash s.r.l. copia del contratto d'appalto da sottoscrivere e che comunque la stazione appaltante si era trovata *"di fronte alla necessità di dover garantire – e quindi non interrompere – un servizio di pubblica utilità seppur privo di forma scritta"* (pag. 13 dell'appello).

7. La Trash s.r.l. si è costituita in giudizio, chiedendo il rigetto dell'appello, ed ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm., il primo ed il terzo motivo del ricorso di primo grado, dichiarati assorbiti dal Tar:

7.1. - con il primo motivo del ricorso di primo grado era stata dedotta la violazione dell'art. 97 della Costituzione, violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del decreto legislativo n. 50/2016, difetto ed erronea motivazione, difetto di presupposto, eccesso di potere per omessa contestualizzazione dell'inadempimento richiamato, per aver illegittimamente Ama s.p.a. escluso la Trash s.r.l. dalla procedura di gara *de qua*, difettando nel caso di specie il requisito della *"grave carenza professionale"*, sussistendo al contrario una ragione giustificativa del mancato pagamento delle fatture, ragione *"consistente nella totale difformità quantitativa e qualitativa dei rifiuti in ingresso rispetto al Disciplinare, e dunque nel sostanziale inadempimento da parte di Ama alle prestazioni previste dal Disciplinare stesso"* (pag. 24 della memoria della appellata depositata il 17

dicembre 2020), avendo Ama s.p.a. iniziato le attività di cessione degli indumenti, conferendo da subito quantitativi in rilevante esubero e di qualità tale da risultare inadonei all'uso previsto dalla *lex specialis*, pur a fronte delle doglianze di Trash s.r.l. sulla sopravvenuta inadeguatezza del prezzo preteso (pari ad euro 430,50/tonnellata), pertanto *“addossando a Trash s.r.l. tutto il peso economico di un'operazione antieconomica, non lasciando pertanto a Trash s.r.l. altra via che quella della contestazione degli importi fatturati e della sospensione dei pagamenti nell'incertezza sul quantum da corrispondere”* (pag. 26 della memoria della appellata depositata il 17 dicembre 2020), considerata anche la *“indiscussa consapevolezza da parte di Ama della fondatezza delle contestazioni di Trash s.r.l.”*;

7.2. - con il terzo motivo del ricorso di primo grado, era stata lamentata la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del decreto legislativo n. 50/2016 sotto un ulteriore profilo, eccesso di potere per contraddittorietà, erroneità della motivazione, erroneità del presupposto, per aver Ama s.p.a. contraddittoriamente ed immotivatamente escluso la Trash s.r.l. dalla procedura di gara *de qua*, facendo riferimento a fatti e circostanze che, seppur già esistenti, non avevano impedito alla medesima Ama s.p.a. di chiedere alla Trash s.r.l., a distanza di poco meno di un anno dall'inizio del servizio di cessione, la disponibilità al rinnovo delle attività (p.e.c. del 25 febbraio 2019), *“determinandosi dunque per la prosecuzione del servizio di conferimento nonostante la diversa possibilità, prevista dall'art. 4 del Capitolato tecnico nel caso di ritardato pagamento del cessionario, di sospendere il conferimento e procedere alla risoluzione del rapporto”* (pag. 27 della memoria della appellata depositata il 17 dicembre 2020).

8. Con l'ordinanza 24 dicembre 2020, n. 7409, la Sezione ha accolto la domanda cautelare di sospensione della sentenza impugnata, poiché *“assistita da adeguato fumus boni iuris, in quanto il provvedimento di esclusione dalla gara, adottato ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs n. 50 del 2016, non si presenta manifestamente illogico e, prima facie, non può ritenersi basato su un travisamento dei fatti”*.

9. Entrambe le parti hanno depositato memorie illustrative e successive memorie di replica, insistendo ciascuna nelle rispettive difese.

10. All'udienza del 4 marzo 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

11. Il primo motivo d'appello dedotto da Ama s.p.a. ed i motivi del ricorso di primo grado riproposti da Trash s.r.l., in quanto strettamente connessi, possono essere congiuntamente esaminati.

11.1. Il primo motivo d'appello è fondato e va accolto.

11.2. Sono invece infondati e devono essere respinti il primo ed il terzo motivo del ricorso di primo grado, riproposti dalla società appellata.

11.3. In via preliminare, va precisato che i “*gravi illeciti professionali*” di cui all'articolo 80, comma 5, lett. c), del decreto legislativo n. 50 del 2016, cui fa riferimento il gravato provvedimento di esclusione del 3 luglio 2020 adottato da Ama s.p.a., prescindono dall'esistenza di un contratto d'appalto, trattandosi di una ‘clausola generale’ che può, di volta in volta, concretizzarsi in plurimi modi, come ribadito dalla consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato: “*La previsione dell'art. 80, comma 5 lett. c), d.lg. n. 50 del 2016 non ha carattere tassativo: non contempla cioè un numero chiuso di illeciti professionali, bensì un'elencazione di natura esemplificativa, comprendente ogni vicenda oggettivamente riconducibile alla fattispecie astratta del grave illecito professionale*” (Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 6615/2020; negli stessi termini Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 2245/2020; id., Sez. III, sent. n. 1603/2020; id., Sez. V, sent. n. 586/2019).

Di conseguenza, a differenza di quanto argomentato dal Tar, non rileva, ai fini del presente giudizio, la mera circostanza che non sia mai stato stipulato il contratto d'appalto tra Ama s.p.a. e la Trash s.r.l. (con riferimento ai lotti I e III aggiudicati all'esito della precedente procedura di gara indetta nell'anno 2016), dal momento che i “*gravi illeciti professionali*” di cui alla menzionata lettera c) del comma 5 dell'articolo 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016 ben possono emergere e venire ad esistenza, a carico di un operatore professionale, alla luce del suo complessivo comportamento, anche

indipendentemente dalla stipulazione di un formale contratto d'appalto, considerato altresì che le carenze nella esecuzione “*di un precedente contratto*” integrano una distinta ed autonoma fattispecie escludente, ai sensi della successiva lettera c-ter) del medesimo comma 5 dell'articolo 80 citato.

11.4. Venendo quindi all'esame dei ‘gravi illeciti professionali’ contestati alla Trash s.r.l. e posti alla base del provvedimento di esclusione del 3 luglio 2020, la Sezione rileva la correttezza della valutazione compiuta dalla stazione appaltante Ama s.p.a.

11.5. Infatti, sulla base degli stessi documenti depositati dalla Trash s.r.l. in primo grado, con riferimento al complessivo comportamento tenuto da questa società, risultata aggiudicataria dei lotti I e III della precedente procedura di gara indetta nel 2016, emerge che:

- a) la Trash s.r.l. era risultata aggiudicataria dei menzionati lotti I e III, offrendo il prezzo di euro 430,50 per tonnellata (doc. 4);
- b) il capitolato tecnico (pagina 3 del documento 8) prevedeva per il lotto I una “*quantità stimata*” di circa 1000 tonnellate/anno e, per il lotto III, una “*quantità stimata*” di circa 800 tonnellate/anno;
- c) è vero che non è mai stato stipulato il relativo contratto d'appalto, ma è anche vero che le attività di conferimento degli indumenti e degli altri manufatti tessili sono comunque cominciate in data 26 marzo 2018 (nota di Ama s.p.a. del 21 marzo 2018, doc. 6);
- d) l'aggiudicataria Trash s.r.l., dopo sei mesi dall'inizio delle attività, con lettera del 4 settembre 2018 (doc. 7), ha manifestato la volontà di sospendere interamente i pagamenti delle fatture, affermando che i quantitativi in ingresso erano eccessivi e che la qualità dei materiali conferiti era scadente: tali contestazioni, a prescindere dalla loro attendibilità o fondatezza, non esimevano comunque la Trash s.r.l. dal pagamento, in favore di Ama s.p.a., almeno dei quantitativi degli indumenti conferiti entro i limiti stabiliti dal capitolato tecnico;

- e) la Trash s.r.l. è venuta meno alle regole di correttezza e buona fede nella misura in cui, lamentando gli esuberanti nel conferimento degli indumenti e la scarsa qualità del materiale conferito, non ha proceduto nemmeno al pagamento parziale delle fatture, nel minore importo di euro 220,00 per tonnellata, importo dalla stessa Trash s.r.l. ritenuto congruo nella missiva del 5 novembre 2018 (doc. 10);
- f) l'aggiudicataria Trash s.r.l., pur ricevendo (tardivamente) dalla stazione appaltante, in data 6 maggio 2019, il contratto d'appalto per la successiva sottoscrizione (doc. 15), non ha comunque inteso sottoscriverlo, nonostante sin dal marzo del 2018 fossero iniziate le attività di conferimento degli indumenti in favore della stessa aggiudicataria;
- g) la richiesta di revisione – al ribasso - del prezzo (da euro 430,50 per tonnellata offerto in sede gara alla minore somma di euro 220,00 per tonnellata) e le contestazioni mosse dalla aggiudicataria non giustificano comunque il comportamento complessivamente tenuto nel corso del tempo dalla Trash s.r.l., la quale ha indebitamente sospeso, in via integrale, tutti i pagamenti in favore della stazione appaltante, accumulando un debito di oltre tre milioni di euro nei confronti di Ama s.p.a., considerato oltretutto che la mancata tempestiva sottoscrizione del contratto d'appalto non ha comunque impedito alla Trash s.r.l. (operatore professionale) di iniziare, sin dal marzo del 2018, le attività oggetto dell'appalto;
- h) la mera circostanza che la stazione appaltante, a fronte della morosità della aggiudicataria, non abbia voluto sospendere il conferimento degli indumenti, ai sensi dell'articolo 4 del capitolato tecnico, non attenua il complessivo giudizio di disvalore espresso da Ama s.p.a. con riguardo al comportamento tenuto dalla Trash s.r.l.;
- i) allo stesso modo, il giudizio di disvalore e di complessiva inaffidabilità, espresso dalla stazione appaltante nei confronti di Trash nel gravato provvedimento di esclusione del 3 luglio 2020, non viene meno per il solo fatto che Ama s.p.a., nelle more della indizione del nuovo bando, abbia

chiesto alla aggiudicataria di proseguire le attività (nota di Ama s.p.a. del 25 febbraio 2019, doc. 11).

11.6. Pertanto il primo motivo d'appello deve essere accolto per quanto sopra esposto e devono, invece, essere respinti il primo ed il terzo motivo del ricorso di primo grado, riproposti dalla società appellata.

12. Il secondo motivo di appello è inammissibile.

Infatti, anche a prescindere dalla circostanza che la trasmissione della sentenza di primo grado alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma ed alla Procura presso la Corte dei Conti non riguarda il comportamento processuale tenuto dalla società Ama s.p.a., bensì il comportamento dei singoli dipendenti della predetta società, la Sezione rileva comunque che tale specifico capo della sentenza impugnata concerne – in linea di principio – l'adempimento di un ravvisato obbligo di collaborazione tra organi giudiziari appartenenti a diverse giurisdizioni, come tale rimesso all'insindacabile valutazione del Collegio giudicante, sfuggendo pertanto all'effetto devolutivo dell'appello, non potendo formare oggetto di censura.

13. In definitiva il primo motivo d'appello deve essere accolto per quanto sopra esposto, il secondo motivo d'appello deve essere dichiarato inammissibile, il primo ed il terzo motivo del ricorso di primo grado, riproposti dalla appellata Trash s.r.l., devono invece essere respinti e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado, ferma restando la trasmissione della gravata sentenza alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma ed alla Procura presso la Corte dei Conti.

14. Le spese dei due gradi di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 9494/2020, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi di cui in motivazione, limitatamente al primo motivo di

appello, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata e previa reiezione delle censure riproposte in questa sede, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna la Trash s.r.l. al pagamento delle spese di lite in favore di Ama s.p.a., liquidate in euro 3.000,00 oltre accessori di legge per il primo grado di giudizio ed in euro 4.000,00 oltre accessori di legge per il giudizio d'appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2021, ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Daniela Di Carlo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Michele Pizzi

IL PRESIDENTE
Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO