

Publicato il 16/03/2020

N. 00693/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01074/2019 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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1074 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Onofaro Antonino S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Rotigliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Ivan Randazzo, in Catania, via Nicola Coviello, n. 27;

contro

Comune di Taormina, non costituito in giudizio;

Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilita', in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, domiciliataria *ex lege* in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti

Tekra S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Gianni', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Ricorso introduttivo

- della determinazione n. 176 del 31/5/19, con la quale il R.U.P. della procedura aperta per 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) ha aggiudicato l'appalto *de quo* alla TE.K.RA S.r.l. ai sensi dell'art. 32, comma 5, d. lgs. n. 50/16;
- della determinazione dirigenziale n. 100 del 21/3/19, con la quale, ai sensi dell'art. 33, comma 1, D. Lgs. n. 50/16, sono stati approvati i verbali della gara dell'appalto *de quo*, ivi inclusa la proposta di aggiudicazione;
- di tutti i verbali della commissione di gara e della commissione giudicatrice, laddove la domanda e l'offerta della TEK.R.A. S.r.l. sono state ammesse, valutate, è stata ritenuta congrua l'offerta, ed in particolare dei verbali delle sedute della commissione di gara nn. 08/01 del 24/9/18, 08/02 del 25/9/18, 08/03 del 26/9/18, 08/04 del 26/9/18, 08/05 del 9/10/18, 08/06 del 18/3/19, nonché dei verbali della commissione giudicatrice nn. 01/B del 15/11/18, 02/B del 20/11/18, 03/B del 26/11/18, 04/B del 28/11/18, 05/B del 3/12/18, 06/B del 10/12/18, 07/B del 4/3/19, 08/B del 4/3/19;
- delle schede di valutazione dell'offerta tecnica redatte da ciascun commissario e trasmesse alla ricorrente con nota prot. n. 13828 del 6/6/19;

- dei verbali della commissione giudicatrice del 13/2/19 e dell'8/3/19, con i quali sono state riscontrate le note formulate dalla ricorrente in data 19/12/18 e 19/2/19;

Motivi aggiunti

della nota prot. n. 25411 del 24/10/19, con la quale il RUP della gara controversa *“Comunica che non ha ritenuto opportuno resistere al ricorso oggettivato, oltre che per ragioni di oggettiva imparzialità della S.A. verso le parti, poiché ha confidato nella completezza dell'istruttoria e nella validità e legittimità delle valutazioni e degli atti adottati in sede di procedura, ai fini dell'aggiudicazione della gara in argomento alla “Tekra S.r.l.” - giusta Determinazione del R.U.P. n. 176 del 31.5.2019. Le vicende occorse alla indicata società, cui si accenna nell'ordinanza di codesto Tar n. 469/2019 sono state, quindi, attentamente valutate sia dallo scrivente che dalla competente Commissione di gara, come risulta in modo evidente dagli atti di gara prodotti dall'Avvocatura per conto dell'Urega, e dalle ulteriori attività di accertamento e verifica poste in essere dallo scrivente R.U.P. ai fini dell'aggiudicazione definitiva della gara (Determinazione R.U.P. n. 176/2019)”*;

- della nota prot. n. 28148 del 30/10/19, con la quale il RUP dichiara di avere *“ulteriormente valutato le dichiarazioni ex art. 80, co. 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/2016, rese dalla Tekra S.r.l.”* e che in esito a tale rivalutazione non sono emersi gravi illeciti professionali;

- della nota prot. n. 26167 del 30/10/19, con la quale il Segretario comunale ha trasmesso al TAR la nota prot. n. 28148 del 30/10/19.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tekra S.r.l. e dell'Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità';

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2020 il dott. Francesco Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ditta Onofaro Antonino srl ha partecipato alla procedura aperta 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), indetta dal Comune di Taormina con bando del 30/5/18. Nella graduatoria finale, la società si è collocata al secondo posto (con punti 88,6857), ed è risultata prima graduata la TEK.R.A. S.r.l. (con punteggio complessivo di 92,2626). Dopo il positivo esperimento della procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta, la TEKRA srl è stata dichiarata aggiudicataria.

La Onofaro Antonino srl ha quindi impugnato gli atti di gara, deducendo quanto segue:

1.- VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80, COMMA 5, LETT. C), D. LGS. N. 50/16, NONCHÉ DEL PARAGRAFO 5.3, LETT. E), DEL BANDO (DICHIARAZIONE OMESSA);

Lamenta la ricorrente che la stazione appaltante non abbia proceduto alla obbligatoria esclusione della Tekra srl, che avrebbe dovuto invece essere pronunciata in applicazione dell'art. 80, co. 5, del Codice dei contratti pubblici (nella formulazione all'epoca vigente), in presenza di illeciti professionali commessi dall'impresa e consistenti in significative carenze nell'esecuzione di un precedente

contratto di appalto, nonché nell'aver questa fornito informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni della Commissione.

In dettaglio, la ricorrente evidenzia numerosi casi (dichiarati dalla stessa Tekra nella documentazione di gara) in cui, nel corso del tempo, le stazioni appaltanti hanno sollevato contestazioni sulla gestione dei servizi gestiti, e segnatamente hanno:

- (i)* Comune di Casola di Napoli - annullato l'aggiudicazione precedentemente disposta a favore della Tekra, per avere questa dichiarato il possesso di un requisito necessario, in realtà non posseduto;
- (ii)* Comune di Gambassi Terme ed altri - applicato penalità e sciolto unilateralmente il contratto;
- (iii)* Comune di Literno – addebitato penali e riscontrata grave negligenza professionale, cui è seguita l'annotazione nel casellario informatico dell'ANAC;
- (iv)* Comune di Gela – applicato penali e decurtazioni del corrispettivo;
- (v)* Comune di Rieti – applicato penali e decurtazioni del corrispettivo;
- (vi)* Comune di Piazza Armerina – applicato penali e decurtazioni del corrispettivo;
- (vii)* Comune di Acerra – applicato penali e decurtazioni del corrispettivo;
- (viii)* Comune di Acireale – applicato penali e decurtazioni del corrispettivo
- (ix)* Comune di Marano di Napoli – applicato penali e decurtazioni del corrispettivo.

A tali vicende riguardanti la Tekra, la ricorrente aggiunge anche quelle analoghe riferibili a diversa società - la Balestrieri Impianti srl - che assumerebbero rilievo significativo anche nella procedura in esame, dal momento che l'amministratore di quella società coincide con quello della Tekra, e costui ha ommesso di dichiarare nella gara qui in esame gli inadempimenti e/o gli illeciti professionali dell'altra società da lui amministrata. In altri termini, ritiene la ricorrente che il sig. Alessio Antonello Balestrieri, autore anche "per sé" delle dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti ex art. 80 cit., avrebbe dovuto fare menzione di tale precedente che riguardava la Balestrieri Impianti S.r.l., in quanto appartenente allo stesso gruppo della TEK.R.A. S.r.l., di cui egli stesso era amministratore. Tale omissione integrerebbe la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), *sub specie* di dichiarazione reticente;

2.- VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80, COMMA 5, LETT. C), D. LGS. N. 50/16, NONCHÉ DEL PARAGRAFO 5.3, LETT. E), DEL BANDO – DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA (DICHIARAZIONE RETICENTE);

La ricorrente deduce con il motivo in esame che la controinteressata sia venuta meno all'obbligo di specifica informativa e dettagliata indicazione dei precedenti genericamente citati, con specifico riguardo alle "penalità e decurtazioni" relative ai servizi svolti a Gela, Riesi, Piazza Armerina, Acerra, Acireale e Marano di Napoli, rispetto ai quali la concorrente si è 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". Da quanto dichiarato, secondo la ricorrente, si può evincere sia che le penalità non sono state contestate in giudizio, sia che le dichiarazioni non assolvono all'onere di necessaria specificazione, perché è stata omessa l'indicazione del valore assoluto, espresso in euro, delle penali di ognuno di questi sette appalti, e del relativo valore percentuale, integrando in tal modo il cd. "grave illecito professionale" endoprocedurale per dichiarazione generica;

3.- VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80, COMMA 5, LETT. C), D. LGS. N. 50/16, NONCHÉ DEL PARAGRAFO 5.3, LETT. E), DEL BANDO – DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA;

L'esistenza delle vicende patologiche dichiarate dalla Tekra avrebbe 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, così come ha già fatto peraltro la stazione appaltante "ASIA Napoli spa" in altro appalto al quale la controinteressata concorreva. Aggiunge, poi, la ricorrente di aver stimolato il potere di apprezzamento discrezionale della Commissione; di aver ricevuto da parte di quest'ultima una risposta nella quale si affermava che la valutazione dell'affidabilità complessiva del concorrente compete alla stazione appaltante, e che, ciononostante, nessuna attività è stata espletata in tale direzione dal Comune;

4.- VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 97 E 105 D. LGS. N. 50/16 – DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA;

La ricorrente evidenza che, in sede di giustificazione dell'anomalia della propria offerta, la Tekra avrebbe dichiarato di voler appaltare ad imprese terze le attività di “comunicazione e start up” e di “monitoraggio e controllo”. Tale dichiarazione configurerebbe una condotta illegittima, perché confliggente con la propria precedente dichiarazione nella quale escludeva di volersi avvalere del sub-appalto;

5.- VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 83, COMMA 9, 95, COMMA 10 E 97 D. LGS. N. 50/16 – DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA;

Si denuncia nel motivo in esame che le giustificazioni fornite dalla Tekra in sede di verifica dell'anomalia siano insufficienti o incongrue con riferimento agli oneri della sicurezza;

6.- ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DEL PARAGRAFO 18.1 DEL DISCIPLINARE DI GARA.

Si sostiene nel motivo in esame che la Commissione avrebbe erroneamente attribuito alla Tekra srl il punteggio relativo al sub-criterio n. 5 (*impiego di veicoli con alimentazione elettrica, ibrida, metano, gpl*), per il quale è prevista l'attribuzione di un punteggio massimo pari a 5, nonostante la dichiarazione relativa al possesso dei mezzi sia stata in più punti della domanda imprecisa e contraddittoria. Analogamente, per le stesse ragioni, sarebbe errata 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. Ulteriore errore sarebbe stato commesso dalla Commissione con riguardo al sub-criterio n. 15 - *compostaggio domestico*, per il quale è prevista l'attribuzione di un

punteggio massimo pari a 10 – che avrebbe visto una erronea sottovalutazione del progetto proposto dalla ricorrente.

Si sono costituiti in giudizio la Tekra srl e l'Assessorato Regionale Infrastrutture e Mobilità; non invece il Comune di Taormina, sebbene ritualmente evocato.

La difesa della Tekra ha eccepito l'inammissibilità dei primi tre motivi di ricorso, dovendo trovare applicazione il cd. rito super-accelerato di cui all'art. 120, co. 2 bis e 6 bis del c.p.a., in quanto la sua soppressione disposta dal legislatore con decorrenza 19.04.2019 non sarebbe ancora efficace rispetto alla fattispecie in esame, con la conseguenza che la ricorrente avrebbe dovuto immediatamente impugnare l'ammissione in gara della controinteressata, entro trenta giorni.

Con ordinanza n. 469/2019 è stata accolta la domanda cautelare presentata dalla ricorrente, con la seguente motivazione “*Considerato che il ricorso appare ad un primo esame fondato, nella parte in cui denuncia (si ritiene, tempestivamente) la violazione dell'art. 80, co. 5, lett. c) del D. Lgs. 50/2016 (nella formulazione vigente ratione temporis), sussistendo l'obbligo della stazione appaltante di valutare attentamente le dichiarate precedenti vicende occorse alla controinteressata nella esecuzione di appalti analoghi;*

Ritenuto tuttavia, sotto il profilo del periculum in mora, che non sussista l'estrema gravità ed urgenza richiesta dall'art. 119, co. 4, c.p.a. ai fini dell'adozione di una misura cautelare sospensiva in materia di appalti pubblici, atteso il fatto che la controinteressata ha da poco tempo avviato la gestione del servizio, con la conseguenza che il bilanciamento fra gli interessi pubblici e privati coinvolti nella vicenda suggerisce di non modificare, allo stato, la situazione esistente;

Ritenuto di dover fissare l'udienza di trattazione del merito della vicenda;”.

A seguito della citata ordinanza, il Comune di Taormina ha affidato alla Tekra con ordinanza contingibile ed urgente la gestione del servizio oggetto dell'appalto, fino alla pubblicazione della sentenza che definirà il contenzioso avviato col ricorso.

All'udienza del 7 Novembre 2019 la ricorrente ha chiesto il rinvio della trattazione della causa, per proporre motivi aggiunti, in considerazione del fatto che il Comune di Taormina aveva nelle more adottato le note n. 25411 del 24/10/19 e n. 28148 del 30/10/19 (depositate in giudizio in data 30.10.2019), nelle quali rispettivamente affermava, in un primo tempo:

- *“che non ha ritenuto opportuno resistere al ricorso oggettivo, oltre che per ragioni di oggettiva imparzialità della S.A. verso le parti, poiché ha confidato nella completezza dell'istruttoria e nella validità e legittimità delle valutazioni e degli atti adottati in sede di procedura, ai fini dell'aggiudicazione della gara in argomento alla “Tekra S.r.l.” - giusta Determinazione del R.U.P. n. 176 del 31.5.2019. Le vicende occorse alla indicata società, cui si accenna nell'ordinanza di codesto Tar n. 469/2019 sono state, quindi, attentamente valutate sia dallo scrivente che dalla competente Commissione di gara, come risulta in modo evidente dagli atti di gara prodotti dall'Avvocatura per conto dell'Urega, e dalle ulteriori attività di accertamento e verifica poste in essere dallo scrivente R.U.P. ai fini dell'aggiudicazione definitiva della gara (Determinazione R.U.P. n. 176/2019)”* (nota 25411 del 24/10/19);

mentre, successivamente – su sollecitazione della stessa impresa aggiudicataria inviata in data 29.10.2018 - ha *“ulteriormente valutato le dichiarazioni ex art. 80, co. 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/2016, rese dalla Tekra S.r.l. (...) provvedendo a ricontattare i sottoelencati Comuni presso i quali la Tekra Srl a tutt'oggi, è titolare della esecuzione di appalti analoghi:*

Comune di Siracusa – Responsabile del Servizio Ambiente, ing. Brex;

Comune di Riesi (CL) – Dipendente Ufficio Ambiente, dott. Montana;

Comune di Acerra (NA) – Dipendente Ufficio Ambiente, dott. Puzzone Giovanni;

Comune di Marano (NA) – Dipendente Ufficio Ambiente, dott.ssa Passaretti;

Comune di Gela (CL) – D.E.C., dott. Nicoletti;

Comune di Piazza Armerina (EN) – Responsabile Servizio Ambiente, dott. Mauro Mirci.

Dai riscontri avuti dagli stessi si evince chiaramente come non siano stati mai posti in essere gravi inadempimenti da parte della Tekra Srl, né siano state mai emesse nei confronti della medesima sentenze dichiarative dell'esistenza di cause ostative a contrarre con la P.A.” (nota n. 28148 del 30/10/19).

Nell'impugnativa per motivi aggiunti la ditta Onofaro solleva le seguenti censure:

- 1.- invalidità derivata – mancanza di effettiva analisi della condizione della controinteressata, non potendosi ritenere sufficiente l'accertamento svolto con mezzi ignoti, in un lasso di tempo estremamente breve (un solo giorno, dal 29 al 30 ottobre), ed interpellando solo alcune delle stazioni appaltanti con le quali la società aveva stipulato contratti;
- 2.- incompetenza del RUP in ordine all'esercizio dell'attività valutativa, che sarebbe invece spettata alla Commissione di gara ex art. 19, co. 20, della L.R. 12/2011;
- 3.- violazione del principio di imparzialità.

La controinteressata Tekra srl si è costituita anche per resistere ai motivi aggiunti, rispetto ai quali ha reiterato l'eccezione di inammissibilità/irricevibilità per mancato rispetto del termine di impugnazione previsto dall'allora vigente art. 120, co. 2 bis, del c.p.a. All'udienza del 13 febbraio 2020 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1.- Preliminarmente, va esaminata l'eccezione di irricevibilità del ricorso, sollevata dalla difesa della controinteressata in relazione all'asserita violazione del cd. rito super accelerato di cui all'art. 120, co. 2 bis, c.p.a., che avrebbe dovuto trovare applicazione nella fattispecie in esame, essendo stato soppresso solo a partire dal 19.04.2019 con il cd. "decreto sblocca cantieri" (D.L. 32/2019). Più in particolare, a sostegno dell'eccezione di tardività del ricorso viene dedotta la circostanza che la fase di ammissione/esclusione dei concorrenti si è svolta durante un arco temporale compreso tra il 24/09/2018 (data della prima seduta della Commissione) ed il 9/10/2018 (data della seduta conclusiva), ed il fatto che le operazioni di gara dedicate alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche si sono svolte il 10/12/2018 alla presenza del legale rappresentante dell'impresa ricorrente (v. verbale di gara n. 06/B). Pertanto - conclude la controinteressata - almeno a quest'ultima data la ditta Onofaro aveva avuto contezza dell'ammissione in gara della Tekra, ed avrebbe avuto l'onere - essendo vigente il rito super-accelerato - di reagire contro tale atto con ricorso da proporre entro trenta giorni. L'eccezione non può essere ritenuta fondata.

Questa Sezione ha recentemente affermato nella sentenza n. 2050/2019 - con approfondite argomentazioni, cui in questa sede si fa integrale rinvio - che l'effetto abrogativo dell'art.120 co. 2 bis e co. 6 bis del c.p.a. deve ritenersi operante dall'entrata in vigore della Legge di conversione, ossia a partire dal 18 giugno 2019.

Pertanto, il ricorso ora in esame - notificato in data 1 luglio 2019, e depositato il successivo 5 luglio - è da considerare "proposto" in un momento in cui il cd. rito super accelerato non sussisteva più, ed era

stato soppiantato dall'ordinario regime che, in tema di appalti pubblici, impone di impugnare gli atti lesivi (ossia, l'aggiudicazione, e non più gli atti di ammissione/esclusione dalla procedura) entro il termine di trenta giorni.

L'aggiudicazione della gara, pronunciata il 31 maggio e comunicata alla ricorrente il 3 giugno, fa sì che il ricorso debba essere considerato tempestivo.

2.- Nel merito, il ricorso è fondato con riguardo alla terza censura, nella quale si lamenta la mancata attivazione di una procedura di controllo e verifica da parte della stazione appaltante, in relazione agli elementi di fatto dichiarati dalla Tekra srl con riguardo ai precedenti appalti gestiti.

Per comprendere la predetta conclusione è opportuno riportare la norma di legge vigente *ratione temporis* (art. 80, co. 5, lett. c), del D. Lgs. 50/2016): si procede all'esclusione del concorrente qualora *“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?”*.

Nell'interpretare tale norma il Consiglio di Stato ha precisato che *“In materia di esclusione dalle gare pubbliche la dichiarazione resa dall'operatore economico nella domanda di partecipazione circa le pregresse vicende professionali suscettibili di integrare "gravi illeciti professionali" può essere omessa, reticente o completamente falsa. V'è omessa dichiarazione quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come "grave illecito professionale"; v'è dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente; è, infine, configurabile la falsa dichiarazione se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero”* (sez. V, n. 7492/2019 e 5171/2019).

Fatta tale distinzione, lo stesso giudice d'appello ha rassegnato le possibili conseguenze sul piano degli effetti giuridici, precisando che *“solo alla condotta che integra una falsa dichiarazione consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico, mentre, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso.”* (Cons. Stato, V, 5171/2019).

Orbene, applicando i citati principi alla vicenda qui in esame va ricordato 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 risultano tutte giudizialmente contestate), 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. (...)* Inoltre, ai fini dell'art.80, co. 5, lett. c), è necessaria una attività di giudizio della commissione che deve consistere, alla luce della documentazione in atti e di quella che eventualmente è necessario acquisire ai fini di una piena contezza dei fatti e della loro rilevanza, nel valutare se sussista o meno il grave illecito professionale, tale da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'operatore economico; questa valutazione discrezionale si deve concludere con un giudizio di sussistenza o insussistenza del grave illecito professionale supportato da motivazione, che, in caso di esclusione, deve essere congrua e in alcuni casi (individuati dalla giurisprudenza) rafforzata; il potere discrezionale si arresta a tale momento valutativo, in quanto, ove si accerti a seguito della detta attività, che il grave illecito professionale sussista, allora l'esclusione costituisce atto vincolato e dovuto. Orbene, in assenza di qualsivoglia riferimento anche alla sola valutazione effettuata dall'amministrazione sulla gravità e rilevanza nella gara in questione

dei fatti dichiarati – valutazione che, giova ricordare, compete in via esclusiva all'amministrazione – rimane incontestata l'affermazione di parte ricorrente che la “valutazione è totalmente mancata”.>.

Anche nel caso ora in esame, la valutazione dei presunti illeciti professionali non è stata compiuta nel corso della procedura di gara. Né può ritenersi che il deficit di informazione/valutazione sia stato successivamente colmato per mezzo della dichiarata attività istruttoria svolta dal RUP dopo la esplicita richiesta avanzatagli in data 29.10.2019 dalla Tekra, 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 Tekra, 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 Tekra – 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.

Pertanto, deve concludersi che le dichiarazioni riguardanti le pregresse vicende contrattuali dichiarate nel corpo della domanda, che hanno avuto come protagonista la Tekra srl, avrebbero dovuto costituire oggetto di approfondita valutazione ad opera della stazione appaltante, al fine di accertare se integrassero o meno ipotesi di grave illecito professionale. Tale accertamento è mancato sia nel corso della procedura di gara, sia dopo; non potendosi ritenere idoneo a tal fine – per le ragioni appena esposte – il tentativo di sommaria istruttoria posto in essere dal RUP il 30 ottobre 2019.

Per quanto esposto, ed assorbite le altre censure, gli atti impugnati col ricorso e con i motivi aggiunti vanno annullati; salva restando la

possibilità per la stazione appaltante di operare la valutazione che è mancata.

3.- Nessuna statuizione va adottata con riguardo al contratto d'appalto, atteso che questo non risulta essere stato stipulato.

4.- Le spese processuali vengono poste a carico del Comune di Taormina e della controinteressata, e si liquidano in dispositivo in relazione all'utile presunto dell'appalto (10% del valore dell'appalto). Vengono invece compensate nei confronti dell'Assessorato Regionale Infrastrutture e Trasporti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando accoglie il ricorso ed i motivi aggiunti, e per l'effetto annulla gli atti impugnati, salvi gli ulteriori provvedimenti che la stazione appaltante vorrà adottare, secondo quanto chiarito in motivazione.

Condanna il Comune di Taormina e la controinteressata alla rifusione delle spese processuali in favore della ricorrente, liquidate in euro 5.000,00 per ciascuno, oltre accessori di legge.

Compensa le spese nei confronti dell'Assessorato Regionale Infrastrutture e Trasporti.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Francesco Bruno, Consigliere, Estensore

Maurizio Antonio Pasquale Francola, Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Bruno

IL PRESIDENTE
Giovanni Iannini

IL SEGRETARIO