

Publicato il 16/02/2022

N. 01153/2022REG.PROV.COLL.  
N. 09845/2021 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 Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9845 del 2021, proposto da -OMISSIS-, in persona del Legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Provincia Autonoma di Bolzano in persona del Presidente *pro tempore* e ACP - Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del Legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli Avvocati Laura Fadanelli, Michele Purrello, Alexandra Roilo, Patrizia Pignatta, Lukas Plancker e Luca Graziani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Avv. Luca Graziani in Roma, via Po, 22;

*nei confronti*

Consorzio Alto Adige Autonoleggiatori – C.A.A., in persona del Legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli Avvocati Luca Guffanti e Danilo Tassan Mazzocco, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia;

SAD - Trasposto Locale S.p.A., non costituita in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del T.R.G.A. – Sezione autonoma della Provincia di Bolzano n. 00224/2021 del 14 luglio 2021, resa tra le parti nel giudizio n. 73/2021 R.R.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia Autonoma di Bolzano e di ACP e di C.A.A.; Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2022 il Cons. Marco Poppi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Con Bando di gara pubblicato in G.U.U.E. il 19 dicembre 2019, l'Agenda per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (di seguito ACP) indiceva una procedura concorsuale per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico nella Provincia Autonoma di Bolzano (di seguito Provincia) per gli anni scolastici 2020/21 - 2021/22 - 2022/23, suddiviso in 4 lotti: servizio da affidarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la durata di 37 mesi, prorogabili a 61 (+12 + 12), per un importo stimato pari a € 46.105.844,13.

La gara, alla quale partecipavano la Società -OMISSIS-, l'odierna Parte appellata, RTI Alpina Bus Touristik GmbH – Consorzio Alto Adige Autonoleggiatori (di seguito CAA) e la Società Trasporto Locale S.p.A. (di seguito SAD), si concludeva con l'adozione dell'aggiudicazione provvisoria di tutti e quattro i lotti all'odierna Appellante previo positivo esperimento della verifica di anomalia.

ACP si classificava al secondo posto relativamente ai Lotti 1, 2 e 3 e al terzo posto nella graduatoria riferita al Lotto 4, alle spalle di SAD.

Si evidenzia, per completezza di trattazione che gli esiti di gara venivano nelle more impugnati:

- con ricorso iscritto al n. 234/2020 R.R. proposto da SAD, avverso l'aggiudicazione del Lotto 4;
- con ricorso iscritto al n. 244/2020 R.R. proposto da CAA., in qualità di mandante del RTI C.A.A.-Alpina, avverso l'aggiudicazione del Lotto 4;
- con ricorso n. 246/2020 R.R. proposto da CAA. in qualità di mandante del RTI CAA-Alpina, avverso l'aggiudicazione di Lotti 1, 2 e 3.

Detti giudizi pendono tuttora in primo grado.

Espletate le verifiche di rito circa il possesso dei requisiti di partecipazione “*generalit*” e “*specialit*” in conformità a quanto disposto dall'art. 27, commi 2 e 3, della L.P. n. 16/2015 (che le prevede nei confronti dei soli soggetti aggiudicatari), l'Appellante e SAD, venivano escluse *ex art.* 80, comma 5 lett. c) e c *bis*) del D. Lgs. n. 50/2016 (di seguito Codice).

L'esclusione dell'Appellante, si anticipa, veniva determinata una volta accertato che, nell'esecuzione di analoghi servizi affidati da altre amministrazioni, era incorsa in gravi inadempimenti che avevano determinato n. 4 risoluzioni contrattuali (due sole delle quali dichiarate in sede di gara) e l'applicazione di una pluralità penali.

L'Appellante con ricorso iscritto al n. 73/2021 R.R., impugnava innanzi al TAR Trentino Alto Adige – Sezione autonoma di Bolzano la propria esclusione e la conseguente revoca dell'aggiudicazione del servizio già disposta.

Con successivi motivi aggiunti censurava, altresì, la nuova aggiudicazione determinata dalla Stazione appaltante in favore dell'appellato RTI, ritenendola affetta da illegittimità derivata gravando, altresì, per vizi propri, la sopravvenuta escussione delle garanzie provvisorie prestate nelle more intervenuta.

Il TAR respingeva il ricorso con sentenza n. 224 del 13 luglio 2021 che l'Appellante impugnava con appello depositato il 22 novembre 2021

deducendo:

I. “*Error in iudicando - Violazione, falsa ed erronea interpretazione ed applicazione dell’art. 80, comma 5, lett. c-ter), commi 7 e 8, d.lgs. 50/2016 - Violazione, falsa ed erronea interpretazione ed applicazione delle linee guida n. 6- Violazione del principio del contraddittorio - Violazione del principio del legittimo affidamento, par condicio, massima partecipazione, libera concorrenza - eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria, carenza motivazionale, sviamento*”;

II. “*Eccesso di potere giurisdizionale - Violazione dell’art. 80, commi 7 e 8, d.lgs. 50/2016 - violazione del considerando 102 della Direttiva 2014/24/UE - Difetto assoluto di motivazione e carenza istruttoria - Eccesso di potere per travisamento, contraddittorietà e ingiustizia manifesta.*

III. *Violazione dell’art. 21-quinquies l. 41/1990 – Violazione del principio del legittimo affidamento, massima partecipazione, concorrenza - violazione del principio di buon andamento ed economicità - Eccesso di potere per ingiustizia manifesta, erronea presupposizione - Contraddittorietà – Sviamento*”;

IV. “*Invalidità derivata - Violazione e falsa applicazione dell’art. 93, comma 6, d.lgs. 50/2016 - Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione, carenza assoluta di istruttoria, travisamento del fatto, irragionevolezza, manifesta ingiustizia - Violazione della lex specialis - Violazione e falsa applicazione dell’art. 93, comma 6, d.lgs. 50/2016 per contrarietà agli artt. 3, 97, 117, comma primo, Cost., quest’ultimo in rapporto agli artt. 6 e 7 Cedu nonché 49 CDFUE. Illegittimità costituzionale*”.

La Provincia si costituiva formalmente in giudizio il 23 novembre 2021.

L’Appellante ribadiva le proprie posizioni con memoria del 10 gennaio 2020, insistendo, in particolare, per l’accoglimento del quarto motivo di appello con il quale censurava l’incameramento della cauzione.

Con memoria depositata in pari data, CAA eccepiva, in via pregiudiziale, l’improcedibilità dell’appello per sopravvenuta carenza di interesse relativamente al Lotto 4 per mancata impugnazione del relativo provvedimento di aggiudicazione adottato in proprio favore a seguito dell’esclusione di entrambe le concorrenti meglio posizionate, nonché,

l'inammissibilità del gravame per difetto di un concreto interesse dell'Appellante a conseguire l'aggiudicazione del servizio e il relativo subentro nella gestione: eccezione formulata sul ritenuto presupposto che la Società - OMISSIS- perseguirebbe in giudizio il solo interesse alla declaratoria di illegittimità della propria esclusione e, quindi, della disposta escussione della cauzione provvisoria.

Nel merito, CAA affermava la legittimità dell'operato della Stazione appaltante chiedendo la reiezione dell'appello.

Con memoria dell'11 gennaio 2022, la Provincia confutava analiticamente le avverse censure chiedendo la reiezione del gravame replicando, con deposito del 21 gennaio successivo, alla memoria conclusionale dell'Appellante relativamente alle doglianze oggetto del quarto motivo di appello.

Da ultimo replicava l'Appellante con memoria del 25 gennaio 2022.

Tutte le Parti costituite chiedevano il passaggio senza discussione.

All'esito della pubblica udienza del 3 febbraio 2022, l'appello veniva deciso.

Preliminarmente deve ritenersi il fondamento dell'eccezione di improcedibilità, sollevata da CAA relativamente all'aggiudicazione del Lotto 4 stante la mancata impugnazione da parte dell'Appellante, del provvedimento con il quale veniva riaggiudicato a seguito dell'esclusione di SAD.

Infondata deve, invece, ritenersi l'ulteriore eccezione di inammissibilità per carenza di interesse dell'Appellante relativamente alla contestazione della rinnovata aggiudicazione dei Lotti 1, 2 e 3 rispetto alla quale, in difetto di una espressa rinuncia all'impugnazione, non può ritenersi che sia venuto meno l'interesse in ragione del solo accento posto, nei successivi scritti, sull'illegittimità dell'escussione della garanzia provvisoria.

Quanto al merito della controversia, con il primo motivo, l'Appellante ripropone le doglianze già oggetto del primo motivo del ricorso di primo grado lamentando che il TAR si sarebbe appiattito sulle posizioni dell'Amministrazione motivando la propria decisione mediante soventi richiami al provvedimento impugnato ma senza motivare adeguatamente circa

l'infondatezza delle posizioni in detta sede illustrate a sostegno della dedotta illegittimità dell'operato della Stazione appaltante.

*In primis*, deduce che sarebbe mancato in primo grado un “*vaglio di proporzionalità*” della misura adottata, ritenuta essere eccessiva in relazione al valore delle prestazioni non eseguite nell'ambito dei pregressi rapporti contrattuali.

Sarebbe inoltre mancata una ponderazione degli interessi coinvolti e del “*ruolo che riveste la posizione del privato attinto dal provvedimento, che si presenta come contraltare all'interesse pubblico primario*” (pag. 8 dell'appello).

Tale incedere dell'Amministrazione si porrebbe in contrasto con i principi ricavabili dall'art. 5 del Trattato U.E. e dagli artt. 18, para. 1 e 57, della direttiva n. 2014/24/UE, che osterebbero ad una normativa nazionale che preveda la possibilità di escludere in via automatica un concorrente da una procedura concorsuale senza un concreto vaglio di affidabilità dello stesso.

L'Appellante, pur riconoscendo l'ampia discrezionalità che connota le scelte amministrative in materia, lamenta una non meglio specificata “*strumentalizzazione*” delle vicende contrattuali pregresse esaminate, tanto da parte dell'Amministrazione che del giudice di primo grado le cui motivazioni vengono definite come una “*fotocopia*” del provvedimento impugnato in primo grado senza considerazione alcuna degli apporti partecipativi di parte e, quindi, in difetto di un effettivo contraddittorio.

In altri termini né l'Amministrazione né il giudice avrebbero dimostrato “*con mezzi adeguati*” l'esistenza di gravi illeciti professionali suscettibili di minare l'affidabilità della -OMISSIS- S.p.A..

Quanto ai contenuti della sentenza impugnata censurano in particolare:

- l'affermata “*similitudine*” e sostanziale equiparazione fra l'utenza servita (alunni minorenni) nell'esercizio del servizio in questione e i servizi di “*trasporto disabili*” in relazione ai quali maturavano le misure assunte a presupposto dell'impugnata esclusione (pag. 12 dell'appello);

- l'insufficienza del richiamo operato alle penali applicate in passato alla Società la cui esigua entità, in raffronto all'importo contrattuale, non potrebbe fornire utili elementi a sostegno della affermata inaffidabilità e grave negligenza nell'esecuzione dei servizi;
- l'assenza, tanto nel provvedimento impugnato quanto nella sentenza di primo grado, di una compiuta illustrazione delle ragioni per le quali rileverebbero, ai fini in esame, le pregresse risoluzioni contrattuali "*specie se sub iudice*";

L'esito contestato sarebbe, a parere dell'Appellante, da attribuirsi ad una evidente lacuna istruttoria (non colmata mediante ricorso all'istituto del soccorso) per nulla sindacata dal giudice che avrebbe recepito e fatte proprie le conclusioni dell'Amministrazione ricavando, sulla base di un illegittimo automatismo, dalla mera elencazione delle vicende contrattuali pregresse dell'Appellante, la logicità e congruità del negativo giudizio espresso.

Il motivo è infondato.

Preliminarmente, ai fini di un corretto inquadramento dell'odierna fattispecie deve procedersi ad un sommario richiamo dei contenuti del provvedimento oggetto di impugnazione innanzi al giudice di primo grado.

Come anticipato, l'esclusione contestata veniva adottata all'esito delle verifiche di cui all'art. 80, comma 5, del Codice circa il possesso dei requisiti di partecipazione.

Si evidenzia a tal proposito che l'Appellante, in sede di domanda di partecipazione, rappresentava di essere incorsa in due risoluzioni contrattuali disposte dal Comune di Fidenza con delibera n. 991/2019 (stante la ripetuta mancata effettuazione di corse per assenza di autisti, frequenti ritardi, utilizzo di mezzi non corrispondenti a quanto indicato in offerta tecnica e circolazione con mezzi sprovvisti di revisione) e dall'Unione Terre dell'Argine con delibera n. 1064/2018 (per inosservanza degli obblighi di sicurezza, mancata effettuazione delle corse, uso di mezzi non corrispondenti a quelli offerti).

Estesi, tuttavia, gli accertamenti alle sei Comunità comprensoriali della Provincia, la Stazione appaltante apprendeva di ulteriori inadempimenti nell'esecuzione dei servizi affidati.

In particolare:

- la Comunità Comprensoriale della Val Pusteria risolveva il contratto provvedendo all'affidamento in via sostitutiva del servizio ad altro operatore con applicazione di numerose penali per inadempienze relative principalmente al parco rotabile utilizzato;
- la Comunità Comprensoriale della Valle Isarco segnalava l'applicazione di varie sanzioni per inadempimenti, l'affidamento del servizio in via sostitutiva ad altro operatore perché non svolto correttamente ed il pagamento diretto degli stipendi al personale impiegato nel servizio *ex art. 30, comma 6, del Codice*;
- la Comunità Comprensoriale dell'Alta Valle Isarco segnalava una pluralità di sanzioni comminate per disservizi creatisi nella gestione del servizio e il mancato pagamento degli stipendi al personale impiegato che determinava l'avvio della procedura *ex art. 30, comma 6, del Codice*;
- la Comunità Comprensoriale Salto Sciliar segnalava l'avvio della procedura *ex art. 30, comma 6, del Codice*;

L'Appellante, cui venivano contestate le suindicate criticità, controdeduceva allegando, in sintesi:

- la non valutabilità ai presenti fini degli eventi contestati stante la non definitività di alcuni provvedimenti risolutori oggetto di giudizi ancora pendenti;
- l'esiguità, e quindi irrilevanza ai fini esame, delle penali applicate, se rapportate all'importo del contratto;
- la mancata considerazione dell'incidenza sulle assenze di personale delle *quarantene* che si rendevano necessarie in osservanza alle vigenti disposizioni *antiCOVID*;



- l'irrelevanza delle risoluzioni contrattuali nelle quali era incorsa aventi un diverso oggetto contrattuale (trasporto disabili in luogo di trasporto alunni);
- la regolarità e conformità dei propri mezzi, comprovandola mediante deposito delle relative carte di circolazione.

L'Amministrazione, valutate le allegazioni di parte, perveniva alla conclusione che non rilevassero nei sensi invocati dall'Appellante, sotto un primo profilo, poiché le criticità emerse interessavano anche periodi precedenti alla pandemia; sotto altro profilo, perché le contestate assenze di personale erano dovute, almeno in parte, anche al mancato pagamento degli stipendi agli autisti da parte dell'operatore.

Ricostruita nei suesposti termini la fattispecie concreta vagliata dal giudice di primo grado, deve ritenersi l'infondatezza del motivo di appello nella parte in cui si afferma, a più riprese, che il TAR avrebbe acriticamente fatte proprie le conclusioni compendiate dall'Amministrazione nel provvedimento impugnato in assenza di alcun vaglio critico.

L'apodittica affermazione trova smentita nelle articolate ed esaustive motivazioni della sentenza (pagg. 13-25) nelle quali vengono affrontati tutti i profili oggetto di contestazione ed esplicitate (anche con pertinenti richiami giurisprudenziali) le ragioni per le quali dovevano ritenersi congrue le determinazioni dell'Amministrazione.

La censurata illegittimità dei soventi richiami al provvedimento impugnato, lungi dall'integrare un "*appiattimento*" del giudice sulle posizioni dell'Amministrazione, rappresenta il precipitato dei limiti cui soggiace il vaglio giurisdizionale in presenza di apprezzamenti tecnico discrezionali.

Limiti che in questo caso ammettono un sindacato volto essenzialmente al rilievo di profili di macroscopica inattendibilità, illogicità e irragionevolezza, suscettibili di palesare, ancorché sotto il solo profilo sintomatico, un distorto esercizio del potere, con esclusione di qualsivoglia apprezzamento riferito all'opportunità o convenienza della scelta che concretizzerebbe un

inammissibile intervento sostitutivo del giudice in un ambito riservato all'Amministrazione (v. Cass. 2312/2012).

Ciò premesso, si evidenzia che ai sensi dell'art. 80, comma 5, del Codice, *“le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico”* quando dimostrino *“con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”* (lett. c) e quando *“l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”* (c ter).

La misura contemplata dalla norma è coerente con la normativa europea della quale costituisce attuazione (Direttiva 2014/24/UE) che, all'art. 57, comma 4, riconosce la possibilità di escludere un operatore da una procedura d'appalto *“se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità ...; g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili ...”*.

Nel caso di specie, non è controverso che l'Appellante sia incorsa in una pluralità di inadempimenti che comportavano a più riprese, e relativamente ad una pluralità di gestioni, risoluzioni contrattuali, applicazioni di penali e la necessità, da parte delle amministrazioni, di procedere all'affidamento del servizio ad altro operatore o di attivare la procedura *ex art. 30* del Codice sopperendo alla mancata corresponsione delle retribuzioni

Circa il rilievo ai fini in esame di tali eventi, deve riconoscersi che, come già chiarito in giurisprudenza, l'essere incorsi nelle suesposte fattispecie, non determina alcun automatismo escludente essendo richiesta alla Stazione

appaltante una valutazione circa la natura e gravità della condotta e la sua incidenza in ordine alla affidabilità del l'operatore (Cons. Stato, Sez. III, 22 dicembre 2020, n.8236).

Giudizio che, nel caso di specie, contrariamente a quanto dedotto, non veniva omesso.

Il provvedimento di esclusione impugnato in primo grado, richiama esaustivamente il quadro istruttorio, tanto con riferimento alle comunicazioni degli Enti committenti costituenti oggetto di contestazione, quanto ai contributi partecipativi dell'Appellante, con illustrazione puntuale delle ragioni per le quali venivano disattese le deduzioni difensive di parte e conferita rilevanza alle criticità contestate.

In particolare venivano evidenziate la gravità e persistenza delle carenze emerse nell'arco di tempo considerato e l'irrilevanza dell'eventuale proposizione di impugnative riferite alle patite risoluzioni contrattuali (pagg. 7 e 8).

Con specifico riferimento alle controdeduzioni prodotte dall'Appellante, l'Amministrazione replicava puntualmente specificando, relativamente a ciascuno degli episodi contestati, le ragioni per le quali non le riteneva idonee a determinare un diverso esito procedimentale, indicandole nella loro pluralità e ripetitività, nonché, nell'inattendibilità del richiamo all'emergenza COVID (stante la preesistenza di alcune inadempienze al manifestarsi dell'emergenza e la imputabilità delle assenze di personale al mancato pagamento delle competenze salariali) e ad un impiego di risorse (parco mezzi) non corrispondente a quanto offerto.

La decisione veniva ulteriormente motivata richiamando la peculiare natura dell'utenza servita, indicata come "*fragile*" in quanto composta da alunni minorenni, che richiede una particolare attenzione alla puntualità e continuità del servizio, nonché, l'inadeguatezza dei mezzi impiegati al particolare contesto territoriale nell'ambito del quale si svolge il servizio.

La suesposta motivazione, come anticipato, veniva puntualmente vagliata dal giudice di prime cure sotto il profilo della ragionevolezza e logicità ritenendola, sulla base di una valutazione che si condivide, legittima ed esaustiva.

È, infatti, incontestabile la pluralità delle violazioni in cui incorreva l'Appellante nell'esecuzione dei servizi e non può dubitarsi, avuto riguardo anche alla peculiare natura del servizio volto, la significatività delle stesse nei sensi di cui al richiamato art. 80, comma 5.

Il rilievo di tali inadempienze ai fini dell'espressione del giudizio di affidabilità dell'impresa nello svolgimento dell'attività professionale fondante la misura espulsiva *ex art. 80, comma 5, lett. c ter*), del Codice è già stato riconosciuto dalla giurisprudenza, con posizione pacifica, laddove afferma che la valutazione della Stazione appaltante *“può basarsi sulla documentata presenza di pregresse omissioni, mancanze o scorrettezze nell'adempimento dei doveri nascenti dagli impegni professionali assunti, le quali possono portare a qualificare l'operatore economico come non affidabile per onorare ulteriori contratti pubblici”* (Cons. Stato, Sez. III, 7 dicembre 2020, n.7730).

Deve ulteriormente evidenziarsi che, come evidenziato, le vicende contrattuali pregresse assunte a presupposto dell'impugnata esclusione, venivano solo in parte rappresentate dell'Appellante in sede di gara ed emergevano solo a seguito dell'istruttoria compiuta dalla Stazione appaltante.

Tale condotta, parzialmente reticente, si pone in contrasto con la *ratio* della previsione normativa in esame che risiede nella necessità di consentire alla Stazione appaltante un'adeguata e ponderata valutazione circa l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico, coinvolgendo secondo un canone di reciproca lealtà gli operatori nel processo di ostensione di vicende afferenti al loro vissuto professionale la cui conoscenza si rivela non sempre immediatamente accessibile da parte del seggio di gara in termini celeri (Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2020, n.6530).

Nessun rilievo esimente nei sensi invocati in appello assume, inoltre, la circostanza che alcune delle risoluzioni oggetto di contestazione siano *sub iudice*: circostanza che determina unicamente la necessità di un approfondimento in contraddittorio con la parte (Cons Stato, Sez. V, 30 settembre 2020, n.5732) che, nel caso di specie, si è sviluppato mediante più interlocuzioni, e di una motivazione rafforzata.

Infondata è, altresì, la dedotta non omogeneità, e quindi irrilevanza, di pregressi inadempimenti verificatisi nell'esecuzione del servizio di trasporto riservato a soggetti disabili, atteso che il richiamo operato è limitato al rilievo della natura dell'utenza "*fragile*" servita (assimilabile sotto questo profilo all'utenza scolastica) che richiede, come già evidenziato, una particolare attenzione al corretto svolgimento del servizio.

Non decisiva, nei sensi invocati in appello, è anche la dedotta esiguità delle penali in rapporto al valore del contratto poiché, ai fini della valutazione di affidabilità dell'operatore, rilevano *in primis* la natura e gravità delle inadempienze contestate e la reiterazione degli inadempimenti.

In ogni caso, non può che rilevarsi come gli importi delle penali siano in alcuni casi di rilevante entità (ammontano a € 196.600,00 complessivi le sole penali applicate dalla comunità Comprensoriale Valle Pusteria).

La pluralità ed oggettiva gravità delle inadempienze contestate e la completezza e meticolosità dell'istruttoria in contraddittorio con la parte, palesano, infine, l'infondatezza della dedotta omissione di un vaglio di proporzionalità dovendosi, invece, ritenere l'adeguatezza della misura adottata.

Con il secondo motivo, l'Appellante censura la sentenza del Tar nella parte in cui ritiene che le misure di *self cleaning* adottate dalla Società (nella specie, l'aumento di capitale deliberato) non siano sufficienti a neutralizzare le criticità rilevate.

A tal proposito allega che la decisione di primo grado, sotto tale profilo, sarebbe viziata per eccesso di potere giurisdizionale avendo il giudice ovviato

alla carenza motivazionale del provvedimento formulandola esso stesso in sentenza *“per la prima volta”*.

In particolare, il Tar non si sarebbe limitato a *“smentire il dato oggettivo in base al quale si impone un onere motivazionale rafforzato in capo all’amministrazione”* ma avrebbe ulteriormente *“chiarito ed esplicitato la ratio e i criteri di operatività dell’istituto di cui all’art. 80, commi 6 e 7 d.lgs. 50 del 2016, rapportando gli stessi al caso concreto”* operando *“quel raffronto tra fattispecie astratta e concreta che avrebbe dovuto compiere esclusivamente la Stazione appaltante”* (pag. 17 dell’appello).

Per l’Appellante si sarebbe, quindi, verificato uno sconfinamento nella sfera di merito riservata all’Amministrazione ed il profilo troverebbe conferma nell’estensione della parte motiva della sentenza sul punto, sviluppata in quattro pagine (pagg. 21-25) a fronte di un solo periodo riservato dall’Amministrazione al profilo in questione nel provvedimento impugnato.

L’Appellante afferma ulteriormente che *“anche qualora il motivo esposto dovesse ritenersi infondato”*, la motivazione della sentenza sarebbe in ogni caso contraddittoria non avendo il Collegio *“offerto elementi utili per approntare una difesa piena e consapevole”* (pag. 18 dell’appello).

A sostegno di quanto affermato richiama la sentenza impugnata nella parte in cui (a pag. 25) afferma che *“«la competente Comunità comprensoriale ha poi smentito che la circostanza che in Val Venosta - OMISSIS - (cfr. doc. 57 della Provincia)»”*, evidenziando come l’incompletezza del periodo impedirebbe la comprensione delle ragioni *“che hanno condotto il Collegio a rigettare le proprie richieste, così da poter uniformare alle stesse le proprie difese”*: elemento che si afferma essere invalidante la sentenza impugnata.

Il motivo è infondato.

L’Amministrazione, con atto del 28 gennaio 2021, comunicava all’Appellante l’avvio del procedimento teso alle *“verifiche ex art. 80 comma 5 lettere c) e c ter del D.lgs. n. 50/2016”* a seguito delle segnalazioni pervenute *“da parte di altre stazioni appaltanti”* (Comune di Fidenza, Unione delle Terre dell’Argine, Comunità comprensoriali Valle Pusteria, Valle D’Isarco, Alta Valle D’Isarco,

Salto Sciliar) chiedendo “*eventuali controdeduzioni?*” (contestazione integrata successivamente relativamente ad un ulteriore episodio nel frattempo portato a conoscenza dell’Amministrazione)

L’Appellante, con nota del 12 febbraio successivo, forniva i chiarimenti richiesti relativamente a ciascuna delle sei criticità contestate, precisando a titolo di “*considerazioni finali?*”, che quanto lamentato dalle suindicate amministrazioni interessava “*in particolare?*” il “*periodo pandemico?*” che nel primo semestre dell’anno 2020 provocava una “*perdita di fatturato di oltre dieci milioni di euro per il quasi totale fermo dei servizi svolti?*” cui, tuttavia, non corrispondeva una riduzione dei “*costi fissi mensili?*” derivanti dal mantenimento degli impegni “*economici presi?*” precedentemente.

A margine di tale allegazione, l’Appellante precisava che l’Azienda “*per una maggiore solidità ha effettuato in data 12.01.2021 un aumento di capitale sociale da € 2.300.000,00 a € 6.500.000,00?*”, senza null’altro allegare.

In sede di adozione del provvedimento espulsivo, l’Amministrazione affermava che la descritta iniziativa (aumento di capitale) “*non può essere considerata sufficiente a dimostrare l’integrità e l’affidabilità dell’operatore economico nell’esecuzione del contratto?*”.

A tale conclusione perveniva “*considerata la gravità e ripetitività delle inadempienze?*” anche “*nei confronti di Stazioni appaltanti diverse?*” e “*preso atto del tempo esiguo trascorso dal momento dei provvedimenti adottati?*”.

Seppur nell’evidenziata sintesi, il supporto motivazionale del provvedimento deve ritenersi sufficiente atteso che la misura di *self cleaning* adottata veniva illustrata nei suesposti altrettanto sintetici termini, in assenza di alcuna allegazione circa la rilevanza e incidenza della stessa nell’ambito della complessiva valutazione cui era tenuta l’Amministrazione.

A ulteriore conferma della perplessità dell’allegazione in questione, si evidenzia che le inadempienze oggetto di contestazione afferivano anche a periodi precedenti all’emergenza COVID, quando gli allegati *deficit* di fatturato

determinati dall'emergenza COVID, ai quali l'Appellante vorrebbe ricondurre le criticità contestate, non potevano ancora essersi verificati.

Il TAR, richiamate le illustrate considerazioni dell'Amministrazione, si limitava a ritenere il giudizio espresso dall'Amministrazione esente da macroscopici vizi di congruità e logicità concordando sul fatto che la misura adottata (aumento di capitale) non potesse di per sé essere ritenuta sufficiente a fondare un giudizio di affidabilità dell'operatore avuto riguardo anche alla gravità e ripetitività degli inadempimenti contestati da più stazioni appaltanti.

Nessuna integrazione della motivazione è, pertanto, ravvisabile avendo il TAR valutato, nei limiti consentiti in sede giurisdizionale, la congruità e ragionevolezza di quanto già esposto dall'Amministrazione.

Priva di pregio è, altresì, la pretesa incomprendibilità del richiamato periodo presente alla pagina 25 della sentenza (*«la competente Comunità comprensoriale ha poi smentito che la circostanza che in Val Venosta - OMISSIS - (cfr. doc. 57 della Provincia)»*) atteso che, pur risultando evidente l'incompletezza del periodo per mero refuso è, tuttavia, chiara e univoca la portata dell'affermazione.

Il TAR, infatti, nel confermare l'irrilevanza dell'allegato aumento di capitale, rilevava che l'affermazione dell'Appellante di aver provveduto a *“pagare gli stipendi e di aver riattivato cinque linee su sette in Va Venosta”* non era sorretta da alcun principio di prova e che, invece, trovava smentita in quanto dichiarato dalla stessa Comunità comprensoriale.

L'espresso richiamo al doc. 57, contenente le osservazioni del Comprensorio Val Venosta, ai cui contenuti il TAR rinvia, rende pienamente comprensibile la portata dell'affermazione censurata.

Con il terzo motivo l'Appellante censura la sentenza di primo grado nella parte in cui esclude che la presente fattispecie rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 21 *quinques* della L. n. 241/1990 disciplinante i provvedimenti di revoca, sul rilievo che l'esclusione censurata, in quanto provvedimento adottato in ossequio ad un precetto di legge, sarebbe estranea all'istituto dell'autotutela.



A parere dell'Appellante, l'affermazione per la quale l'Amministrazione non avrebbe, nel caso di specie fatto applicazione dell'art. 21 *quinques* ma dell'art. 27, commi 2 e 3, della L.P. n. 16/2015, non è condivisibile.

A sostegno della censura allega che il Disciplinare di gara rinvierebbe tanto alla disciplina codicistica quanto alla legge provinciale senza specificare il rapporto esistente fra le due fonti.

A parere dell'Appellante le due discipline dovrebbero essere interpretate *“in modo reciprocamente integrante e conforme, anche laddove una delle discipline risulti, solo all'apparenza, maggiormente specifica rispetto all'altra”*, negando, in tal modo la prevalenza della fonte regionale in virtù del principio di specialità, affermata dal TAR.

Il giudice di primo grado avrebbe, quindi, errato laddove afferma la legittimità del meccanismo espulsivo *“senza però interrogarsi sul potere esercitato all'uopo dall'Amministrazione”* nonostante il carattere discrezionale proprio delle valutazioni circa il possesso dei requisiti di affidabilità deponga in favore della necessità di un vaglio degli opposti interessi coincidente con la ponderazione che caratterizza la revoca *ex art. 21 quinques*.

Affermata in detti termini la riconducibilità del provvedimento impugnato alla tipologia della revoca, rileverebbe la mancata considerazione dell'affidamento maturato dal concorrente al mantenimento della titolarità del servizio a seguito dell'aggiudicazione della gara.

Il motivo è infondato

L'art. 27 della L.P. n. 16/2015, *“al fine di semplificare ed accelerare le procedure di scelta del contraente, ridurre gli oneri a carico degli operatori economici e limitare il contenzioso ...”*, dispone che la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale venga eseguita in capo al solo aggiudicatario (comma 2) prevedendo che *“in caso di mancata comprova del possesso ... la stazione appaltante revoca il provvedimento di aggiudicazione, esclude il concorrente, escute la garanzia provvisoria, ove richiesta, segnala il fatto alle autorità competenti e scorre la graduatoria”*.

In conformità con dette disposizioni, richiamate dalla *lex specialis* (non impugnata), la Stazione appaltante legittimamente non procedeva all'immediata verifica dei contenuti della documentazione amministrativa prodotta in sede di gara, comprensiva delle dichiarazioni sostitutive circa il possesso dei requisiti e l'assenza di cause di esclusione, provvedendovi al termine delle operazioni valutative e dell'individuazione della migliore offerta. Deve, pertanto escludersi che il segmento procedurale in questione sia ascrivibile ad un esercizio del potere di autotutela ex art. 21 *quinques* della L. n. 24/12990.

Con il quarto motivo l'Appellante, premessa la natura afflittiva dell'incameramento della cauzione, evidenzia la contrarietà del censurato "*automatismo sanzionatorio*" ai principi costituzionali ed europei rilevanti in materia.

Sul punto evidenzia l'anomalia della legge provinciale che, diversamente da quanto previsto dalla disciplina codicistica, dispone che la verifica dei requisiti di partecipazione venga differita al termine della procedura concorsuale con riferimento alla sola posizione dell'aggiudicatario connotandosi, in tal modo, quale misura "*spiccatamente sanzionatoria*".

Illustrata quella che, per giurisprudenza costante, è la funzione assolta dalla cauzione provvisoria quale presidio della serietà dell'offerta, da tenersi ferma sino all'aggiudicazione garantendo la stipula del contratto da parte dell'offerente risultato aggiudicatario (Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 2020, n. 2786), l'Appellante censura l'arbitrarietà della misura censurata, adottata a proprio carico pur in assenza di condotte imputabili suscettibili di pregiudicare gli interessi alla cui tutela è predisposta la cauzione.

Il meccanismo delineato dalla fonte provinciale viene censurato con riferimento al momento individuato dalla legge per la verifica dei requisiti di partecipazione che determinerebbe una "*inversione cronologica*" rispetto al sistema delineato dal Codice dei contratti con esposizione dell'aggiudicataria

al rischio di una escussione della cauzione provvisoria nella quale non potrebbe incorrere qualora si anticipasse la verifica dei requisiti.

La previsione di un simile meccanismo contrasterebbe con quanto prescritto dall'art. 93 del Codice che subordina l'adozione della misura in questione "*ad ogni fatto riconducibile all'affidatario*": circostanza che non ricorrerebbe nel caso di specie stante la non imputabilità della mancata stipula contrattuale all'Appellante che verrebbe a trovarsi nella posizione di "*destinatario inerme*" dell'arbitraria determinazione dell'Amministrazione.

Esponde ulteriormente l'Appellante che la censurata escussione della cauzione, per le ragioni esposte, si caratterizzerebbe per una natura punitiva inconciliabile con la "*la normativa europea, internazionale e costituzionale*".

Sotto quest'ultimo profilo, la misura contrasterebbe con quanto di recente affermato dalla Corte Costituzionale laddove rilevava come "*«il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito sia applicabile anche alla generalità delle sanzioni amministrative» (Corte Cost., 10 maggio 2019, n. 112)*".

Quanto ai profili di incompatibilità comunitaria, espone l'Appellante che il richiamato carattere sanzionatorio della misura determinerebbe l'applicazione dei "*c.d. Criteri Engel*" con i quali la Corte di Strasburgo ampliava il perimetro delle tutele prescritte dagli artt. 6 e 7 della CEDU a fattispecie che, a prescindere dalla loro formale qualificazione, in virtù del loro carattere afflittivo devono essere considerate e disciplinate al pari delle fattispecie formalmente penali (CEDU, Engel e altri contro Paesi Bassi, 8 giugno 1976).

Il carattere afflittivo della misura, nella fattispecie odierna, si rinverirebbe nell'entità della cauzione incamerata (€ 272.509,00).

Per le suesposte ragioni, l'Appellante chiede:

- la rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, delle seguenti questioni di carattere pregiudiziale: "*se osta alla normativa comunitaria di riferimento, ed in particolare all'art. 57 della direttiva 2014/24, come interpretato alla luce del considerando 101, nonché ai principi comunitari di trasparenza, certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento, unitamente ai*

*principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 80, comma 5, lett. c-ter) e 93, comma 6, del D.lgs. 50/2016, secondo la quale l'escussione della cauzione provvisoria possa intervenire anche nel caso di al di fuori dei casi testualmente indicati dalle suddetti disposizioni del diritto nazionale e senza che una tale estensione ad ipotesi non previste sia prevista neppure dalla disciplina di gara, peraltro in via automatica rispetto all'esclusione e del tutto a prescindere da una valutazione in concreto e caso per caso”.*

- la rimessione degli atti alla Corte costituzionale, al fine di sottoporre l'art. 93, comma sesto, del Codice al vaglio di legittimità, per le ragioni indicate nei motivi di appello, rispetto agli artt. 3, 97 e 117, comma primo, della Costituzione, nonché avuto riguardo ai contenuti degli artt. 6 e 7 CEDU, e all'art. 49 della Carta di Nizza.

Il motivo è infondato.

Deve in premessa rilevarsi che la condotta della Stazione appaltante censurata dall'Appellante è conforme tanto alla disciplina normativa provinciale, nella specie la L.P. n. 16/2015 (non censurata) quanto alla *lex specialis* che la richiama (non impugnata) che, in presenza del negativo esperimento della verifica circa il possesso dei requisiti, imponevano, una volta determinata l'esclusione dell'aggiudicataria, l'escussione della cauzione da parte della Stazione appaltante senza possibilità di alcun apprezzamento discrezionale.

Circa la specifica questione non può che rilevarsi come la giurisprudenza abbia già avuto modo di affermare che *“l'escussione della cauzione provvisoria non concreta una sanzione in senso tecnico che colpisca il concorrente per il comportamento tenuto, ma rappresenta una obiettiva garanzia per il corretto adempimento degli obblighi assunti dagli operatori economici in relazione ad una partecipazione ad una gara di appalto, ivi compresa la dimostrazione del possesso, originario e continuato, dei requisiti dichiarati in sede di offerta e per i quali è avvenuta la ammissione alla gara (Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2018, n. 2896). Per l'effetto, l'incameramento è conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, e, come tale, non suscettibile di valutazioni*

*discrezionali da parte dell'amministrazione in relazione ai singoli casi concreti: in particolare, è insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che abbia dato causa all'esclusione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 589; Id., sez. V, 24 giugno 2019 n. 4328; Id., sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424; Id., ad. plen. 29 febbraio 2016, n. 5; Id., sez. V, 13 giugno 2016, n. 2531) (Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2020, n. 2264).*

In ogni caso, l'art. 93, comma 6, del Codice dispone che *“la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario”*.

Nel caso di specie, la mancata sottoscrizione del contratto conseguiva all'esclusione dell'Appellante determinata, come ampiamente esposto, ritenendo non comprovata *“la serietà, affidabilità e integrità del fornitore”* sul presupposto di reiterate gravi inadempienze nelle quali incorreva nell'esecuzione di una pluralità di servizi prestati in favore di svariate amministrazioni (peraltro, non tutte dichiarate).

Si tratta, pertanto, come già rilevato in primo grado, di circostanze imputabili all'Appellante e, quindi, riconducibili all'interno dell'ambito di applicazione della disciplina codicistica di cui agli art. 80, comma 5 e 93 per le quale non è rilevabile alcun profilo di contrasto con l'invocato art. 57 della direttiva del 26 febbraio 2014 n. 24.

La norma europea, al capo 4 prevede, infatti, che *“le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: ... c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità”*.

La disciplina sovranazionale consente, quindi, l'adozione della misura espulsiva in presenza di condotte riconducibili alle previsioni di cui all'art. 80 comma 5.

Irrilevante e infondata è, infine, la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento anche ai contenuti della CEDU e della Carta di Nizza.

Nel caso di specie, contrariamente a quanto allegato in appello, l'escussione della garanzia (in applicazione di una norma di legge) non presenta profili di contrasto con l'invocato principio di proporzionalità di cui dalla 49 della Carta di Nizza, sia in quanto si tratta di una misura che riguarda le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto comunque dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, nel caso di specie conseguente al negativo giudizio circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità professionale, espresso sulla base di una valutazione circa la gravità delle condotte addebitate maturata nell'ambito di un procedimento in contraddittorio; sia perché, sul piano sistematico, l'istituto in questione non è una sanzione che colpisce il concorrente per il comportamento tenuto (il che rende non pertinente, in questo caso, il richiamo ai criteri Engel), ma piuttosto una misura di indole patrimoniale che garantisce la stazione appaltante (tenendola indenne) per il mancato corretto adempimento degli obblighi assunti dagli operatori economici in relazione ad una partecipazione ad una gara di appalto, ivi compresi, naturalmente, la dimostrazione del possesso dei requisiti dichiarati in sede di offerta e per i quali è avvenuta la ammissione alla gara (così, Cons. Stato A.P. 10 dicembre 2014, n. 34; 29 febbraio 2016, n. 5; 4 maggio 2012, n. 8; sez V, 16 maggio 2018, n. 2896; 2 febbraio 2018, n. 691).

Devono, pertanto, essere condivise le valutazioni del giudice di prime cure anche relativamente alla ritenuta insussistenza dei presupposti per la rimessione della questione alla Corte di Giustizia così come deve ritenersi infondata e irrilevante l'introdotta questione di legittimità costituzionale.

Per quanto precede l'appello deve essere respinto con condanna dell'Appellante al pagamento delle spese di giudizio nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e per l'effetto conferma la sentenza impugnata.

Condanna l'Appellante al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 5.000,00, oltre oneri di legge se dovuti, in favore di ciascuna parte costituita.

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 della Parte appellante.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente FF

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere, Estensore

Ulrike Lobis, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Marco Poppi**

**IL PRESIDENTE**  
**Hadrian Simonetti**

IL SEGRETARIO

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