

Pubblicato il 07/12/2020

N. 07730/2020REG.PROV.COLL.
N. 05291/2020 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5291 del 2020, proposto dalla -OMISSIS- in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da *P.E.C.* da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Roma, p.zza S. Lorenzo in Lucina, n. 26

contro

-OMISSIS- “-OMISSIS-”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Testa e Luigi Manzi, con domicilio digitale come da *P.E.C.* da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via Confalonieri, n. 5

per la riforma e/ o l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione Terza, -OMISSIS-, resa tra le parti, con cui, previa riunione degli stessi, sono stati respinti i ricorsi R.G. n. -OMISSIS-, proposti dalla -OMISSIS- rispettivamente nei confronti della deliberazione dell’-OMISSIS- “-OMISSIS-” n. -OMISSIS-, di esclusione della ricorrente dal lotto n. 1 della gara avente ad

oggetto l'affidamento del servizio di trasporto di persone con disabilità frequentanti i centri diurni per disabili e di pazienti non allettati in trattamento dialitico ai centri di emodialisi, e della deliberazione della predetta Azienda U.L.S.S. n. -OMISSIS-, di esclusione della ricorrente dal lotto n. 2 della gara in discorso.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti il controricorso e i documenti dell'-OMISSIS- “-OMISSIS-”;

Viste le memorie, le repliche e le note d'udienza delle parti;

Viste le istanze di passaggio della causa in decisione sulla base degli scritti difensivi;

Vista l'istanza di oscuramento dei dati personali presentata dall'appellante;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137;

Visto, altresì, l'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con l. 25 giugno 2020, n. 70;

Relatore nell'udienza del 26 novembre 2020 il Cons. Pietro De Berardinis, in collegamento da remoto in videoconferenza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

L'odierna appellante, -OMISSIS-(d'ora in poi anche solo -OMISSIS-”), espone che con bando di gara pubblicato nella *GUUE* n. -OMISSIS- e nella *GURI* n. -OMISSIS- l'-OMISSIS- “-OMISSIS-” ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio triennale (con opzione di rinnovo di ulteriori due anni) relativo al “*trasporto di persone con disabilità ai centri diurni e di pazienti non allettati in trattamento dialitico ai centri di emodialisi*”, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo totale a base di gara pari ad € 2.400.000,00.

La procedura di gara è stata suddivisa in due lotti, il n. 1 relativo al “-OMISSIS-”, e il n. 2 relativo al “-OMISSIS-”.

Entro il termine previsto dal bando ha presentato offerta per il lotto n. 1 unicamente la -OMISSIS-, mentre per il lotto n. 2 non sono pervenute offerte; per tal ragione, l'Azienda U.L.S.S. ha dichiarato deserta la gara relativa al lotto n. 2 e autorizzato per lo stesso l'espletamento di una nuova gara, alle medesime condizioni tecnico-economiche.

Nelle sedute della procedura relativa al lotto n. 1 il Seggio di gara ha esaminato la documentazione amministrativa presentata dalla Società, tra cui la dichiarazione resa da questa con riferimento a due risoluzioni contrattuali – entrambe *sub iudice* – disposte in suo danno, la prima da parte del Comune di -OMISSIS- in relazione all'affidamento del servizio di trasporto scolastico ed extrascolastico e l'altra da parte -OMISSIS-(aggregazione di quattro Comuni del -OMISSIS-relativa al servizio di trasporto scolastico anche per alunni diversamente abili.

In esito alle valutazioni del Seggio di gara, che ha esaminato anche le osservazioni inviate sul punto dalla Società, il direttore generale dell'Azienda U.L.S.S. ha adottato la deliberazione n. -OMISSIS-, con cui ha escluso la -OMISSIS- dal lotto n. 1 della gara, ritenendo integrata la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-ter), del d.lgs. n. 50/2016.

L'appellante precisa che, parallelamente alle vicende sin qui descritte del lotto n. 1, nell'ambito della nuova procedura di gara avente ad oggetto il lotto n. 2 ha presentato offerta la sola -OMISSIS- ma anche stavolta le risoluzioni contrattuali più sopra citate, subite dalla Società, sono state ritenute dall'Azienda U.L.S.S. – nonostante la -OMISSIS- avesse presentato nuovi documenti al fine di dimostrare la sua affidabilità professionale – tali da legittimare l'esclusione della Società stessa dalla gara: esclusione che quindi è stata disposta dall'Azienda, in relazione al lotto n. 2, con deliberazione del direttore generale n. -OMISSIS-.

Avverso le due citate deliberazioni di esclusione è insorta la -OMISSIS- impugnandole innanzi al T.A.R. Veneto con distinti ricorsi, rubricati

rispettivamente al n. -OMISSIS-di R.G., ma l'adito Tribunale Amministrativo, dopo averli riuniti, ha respinto ambedue i ricorsi con sentenza -OMISSIS-.

In particolare, il primo giudice ha ritenuto che le due deliberazioni di esclusione assunte dall'Azienda U.L.S.S., nell'ambito del perimetro dell'ampia discrezionalità che connota l'esercizio del potere in discorso, avessero dato *“adeguata contezza della rilevanza degli inadempimenti contestati e con essi della loro diretta incidenza sulla integrità ed affidabilità dell'operatore economico nella prospettiva di affidare a tale operatore il servizio di cui è causa”*.

Con l'appello in epigrafe la Società ha quindi impugnato l'ora vista sentenza, chiedendone la riforma e deducendo a supporto dell'impugnativa i seguenti motivi:

I) erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto i ricorsi di primo grado per violazione, falsa ed erronea interpretazione e applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter), del d.lgs. n. 50/2016, violazione, falsa ed erronea interpretazione e applicazione delle linee guida A.N.A.C. n. 6, violazione del principio di proporzionalità, eccesso di potere per travisamento, irragionevolezza ed illogicità manifesta, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, violazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa;

II) erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha omesso di pronunciarsi sulla censura inerente la dedotta violazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c..

Si è costituita in giudizio l'-OMISSIS- *“-OMISSIS-”* con controricorso, nel quale ha eccepito: a) l'inammissibilità dell'appello, sotto il duplice profilo della violazione degli artt. 101 e 104 c.p.a.; b) l'inammissibilità dell'appello, al pari del ricorso di prime cure, essendo ambedue rivolti a sindacare nel merito le valutazioni discrezionali della P.A.; c) l'inammissibilità del secondo motivo d'appello, in quanto formulato in modo così sintetico e perentorio da risultare

incomprensibile; d) nel merito, l'infondatezza di tutte le censure dell'appellante.

In vista dell'udienza di discussione della causa, le parti hanno depositato memorie e repliche, nonché brevi note d'udienza, chiedendo, in particolare, il passaggio della causa in decisione sulla base degli scritti difensionali già prodotti.

All'udienza del 26 novembre 2020, tenutasi in collegamento da remoto in videoconferenza ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Viene in decisione l'appello proposto dalla -OMISSIS- avverso la sentenza della Sezione III[^] del T.A.R. Veneto n. 483/2020, che ha respinto, dopo averli previamente riuniti, i ricorsi RR.GG. n. -OMISSIS-, proposti dalla Società avverso le due deliberazioni dell'-OMISSIS- “-OMISSIS-” che ne hanno stabilito l'esclusione dai lotti n. 1 e n. 2 dell'appalto per l'affidamento del servizio di trasporto di persone con disabilità frequentanti i centri diurni per disabili e di pazienti non allettati in trattamento dialitico ai centri di emodialisi. Nello specifico, le censure dedotte in primo grado dalla Società avverso i provvedimenti di esclusione si possono così riportare:

- a) violazione dei principi generali dell'ordinamento contrattualistico e in particolare del principio di proporzionalità, in quanto la P.A. non avrebbe ben ponderato e bilanciato la gravità delle risoluzioni contrattuali con le caratteristiche del servizio da rendere e non avrebbe valutato, a favore della -OMISSIS-, tutta la ulteriore attività da questa svolta positivamente in servizi di delicatezza ed importanza non inferiore a quello messo a gara;
- b) mancata valutazione, da parte della P.A., della non definitività delle risoluzioni, tuttora *sub judice*, e del tempo risalente in cui le stesse sono state disposte dalle committenti Amministrazioni;
- c) omessa considerazione della diversità della natura dei servizi per i quali è intervenuta la risoluzione contrattuale rispetto a quello oggetto delle due gare

in esame, ciò che farebbe emergere l'irrazionalità del giudizio della P.A., che non avrebbe ponderato la reale sussistenza dei profili di inaffidabilità in capo alla ricorrente;

d) per quanto riguarda la seconda esclusione (quella dal lotto n. 2 - - *OMISSIS*-), palese mancanza di adeguata valutazione della documentazione da parte della P.A., per essersi quest'ultima limitata a confermare il precedente giudizio di inaffidabilità senza tener conto degli ulteriori documenti prodotti dalla ricorrente a comprova della propria capacità ed affidabilità professionale;

e) violazione dei principi di buon andamento, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, perché la P.A., avendo escluso l'unico concorrente della gara per i due lotti, sarebbe costretta a indirne una nuova, con aggravio dei costi e dilazione dei tempi.

I giudici di prime cure hanno messo in evidenza che la stazione appaltante, dopo avere acquisito le informazioni sulle ragioni che avevano indotto il Comune di -*OMISSIS*- e -*OMISSIS*- a disporre la risoluzione dei rispettivi contratti in essere, in modo da poter comprendere l'entità dei disservizi imputati alla Società ricorrente, e dopo avere instaurato un contraddittorio procedimentale con quest'ultima, ha indicato le carenze emerse nell'esecuzione dei contratti risolti e, su tale base, ha espresso un giudizio di inaffidabilità della -*OMISSIS*-, tenendo conto: 1) della particolare delicatezza del servizio da affidare con l'appalto in discorso in rapporto alla peculiare fragilità degli utenti; 2) della vicinanza nel tempo degli episodi contestati dai precedenti committenti.

La sentenza osserva, in risposta a specifica censura della ricorrente, come la stazione appaltante si sia preoccupata di verificare l'omogeneità dei servizi per cui vi è stata la risoluzione con il servizio messo a gara.

Il T.A.R. ha richiamato gli insegnamenti della giurisprudenza sull'ampia discrezionalità che connota le valutazioni della P.A. circa i comportamenti pregressi dei concorrenti idonei ad incidere sulla loro credibilità professionale, e sui confini del sindacato giurisdizionale su dette valutazioni, il quale si

configura, essenzialmente, come un sindacato sulla motivazione posta a fondamento delle decisioni della P.A..

Ciò premesso in linea generale, la sentenza sottolinea che nel caso di specie l'Azienda ha esposto le ragioni dei provvedimenti di esclusione, che fanno leva sulla non affidabilità della -OMISSIS- – dimostrata dai disservizi che hanno portato alle risoluzioni – nello svolgimento corretto e puntuale degli appalti ad essa affidati, consistendo i suddetti disservizi:

- per quanto riguarda il servizio di trasporto affidato dal Comune di -OMISSIS-, nella ripetuta mancata effettuazione di un considerevole numero di corse in una medesima giornata per assenza degli autisti, nei frequenti ritardi nelle corse per la non conoscenza dei percorsi da parte degli autisti, nell'utilizzo di veicoli non corrispondenti a quelli descritti nell'offerta e nella circolazione di mezzi in assenza di valida revisione;

- in merito, poi, al servizio di trasporto affidato dal-OMISSIS-, nell'inosservanza delle disposizioni in tema di sicurezza (inadeguatezza di estintori, pneumatici e specchi retrovisori), nell'omessa effettuazione di alcune corse, nella sostituzione degli autisti della società con autisti della P.A., stante l'indisponibilità (per malattia) anche dei sostituti, nell'uso di mezzi non corrispondenti a quelli indicati nell'offerta, nella mancanza del sistema *AVM* (*id est*: sistema di monitoraggio delle grandezze relative al veicolo in movimento, es. posizione, percorso, velocità, nonché di monitoraggio del servizio svolto dal veicolo) per tre trimestri, nella mancanza delle schede di valutazione e infine nella mancanza di tagliandi informativi su sei mezzi.

Alla luce di tali elementi, il T.A.R. ha quindi disatteso la censura della Società circa la non adeguata valorizzazione, ad opera della stazione appaltante, della condotta serbata dalla stessa nel corso degli anni e presso le molte Amministrazioni committenti, con cui ha instaurato un rapporto contrattuale solido, con ripetuti rinnovi, senza contestazioni circa l'efficienza del servizio svolto. I disservizi sopra citati, che hanno portato alle risoluzioni contrattuali, rientrano infatti nell'ipotesi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter) del d.lgs. 50/2016

Né si può opporre – aggiunge la sentenza – che le penali applicate sono di importo esiguo rispetto al valore dell'appalto, o che i fatti contestati non sono gravi, se considerati isolatamente, poiché la P.A. ha tratto dall'insieme delle contestazioni le conclusioni circa il giudizio di inaffidabilità della Società, congruamente motivato.

Da ultimo, i giudici di prime cure non hanno neppure condiviso la censura imperniata sulla mancata valutazione degli ulteriori apporti documentali trasmessi dalla ricorrente in occasione della seconda esclusione da essa patita (che si ricaverebbe dal fatto che la P.A. ha deliberato nuovamente l'esclusione basandosi unicamente sulla deliberazione assunta in merito al lotto n. 1): infatti, anche in occasione della seconda esclusione la P.A. ha ribadito il giudizio di inaffidabilità avuto riguardo alle carenze esecutive dimostrate nei due contratti poi risolti – peraltro in un lasso temporale ravvicinato – ed è giunta alle medesime conclusioni pur avendo valutato anche gli ulteriori apporti procedurali della ricorrente.

Nell'atto di appello la -OMISSIS- si duole della sentenza impugnata per avere questa disatteso le censure sollevate con il ricorso di primo grado, che pertanto ripresenta: l'appello, tuttavia, si mostra infondato nel merito, il che permette al Collegio, in ossequio al principio della ragione più liquida (C.d.S., A.P., 27 aprile 2015, n. 5), che consente di derogare all'ordine logico di esame delle questioni (C.d.S., Sez. VI, 14 giugno 2019, n. 4022), di prescindere dalle eccezioni di inammissibilità sollevate dalla difesa dell'-OMISSIS- “-OMISSIS-”.

Ed invero, con il primo motivo l'appellante lamenta che – contrariamente a quanto opinato dai primi giudici – l'Azienda U.L.S.S. avrebbe effettuato una valutazione del tutto illegittima, avendo omissso di verificare:

1) il carattere marginale delle risoluzioni intervenute rispetto alla complessiva attività professionale della Società e il fatto che le risoluzioni siano tuttora *sub judice*;

2) la diversità della natura dei servizi nel corso del cui svolgimento dette risoluzioni si sono verificate (trasporto scolastico) rispetto al servizio per cui è causa (trasporto di persone con disabilità ai centri diurni e di pazienti non allettati in trattamento dialitico ai centri di emodialisi);

3) la documentata capacità professionale maturata dall'impresa nell'esercizio di servizi identici e/o simili a quello di cui trattasi.

La duplice esclusione della -OMISSIS- violerebbe, dunque, i parametri di ragionevolezza e logicità entro i quali avrebbe dovuto esercitarsi il potere valutativo della P.A.; in aggiunta, essa costituirebbe una misura sproporzionata rispetto agli scopi perseguiti dalla stazione appaltante (*id est*: la necessità di garantire l'affidabilità del possibile contraente al quale demandare l'esecuzione del servizio posto a gara).

Con specifico riferimento al punto 1), gli episodi contestati, che hanno dato luogo alle due risoluzioni, riguarderebbero situazioni marginali, non imputabili alla Società, quali la mancata effettuazione di talune corse o i ritardi, peraltro contenuti, in altre corse a causa di improvvise defezioni degli autisti e della loro sostituzione con altri, adibiti stabilmente a tratte diverse, quindi meno a conoscenza del percorso. Analogamente, vi sarebbero stati casi di difetti degli autobus non imputabili all'appellante, come, nel rapporto contrattuale in essere con -OMISSIS-, il ritardo nella fornitura dell'attrezzatura dei mezzi (specchietti retrovisori, estintori, ecc.) sebbene questa fosse stata ordinata da tempo dalla -OMISSIS-, e, nel rapporto con il Comune di -OMISSIS-, la vicenda del blocco di un autobus per l'uso del cronotachigrafo, dove il disservizio sarebbe dipeso dal guasto imprevisto al sistema di apertura/chiusura della porta di salita del mezzo approntato in sua sostituzione.

La scarsa importanza degli inadempimenti posti alla base delle risoluzioni contestate alla Società e pertanto la loro inidoneità a supportare, sul piano della motivazione, i provvedimenti di esclusione, sarebbe poi confermata dal valore irrisorio delle penali irrogate.

In totale, infatti, le penali irrogate dal-OMISSIS-ammonterebbero ad € 17.976,00 a fronte di un valore dell'appalto indicato dalla *lex specialis* in € 3.256,903,00 e, dunque, sarebbero pari allo 0,6% dell'importo dell'appalto. Le penali irrogate dal Comune di -OMISSIS- ammonterebbero, a loro volta, nel complesso ad € 19.300,00, a fronte di un importo a base di gara di € 2.309.536,19, sicché le stesse corrisponderebbero allo 0,8% del valore dell'appalto.

L'Azienda U.L.S.S. avrebbe violato altresì il principio di proporzionalità, non tenendo conto, a fronte delle due risoluzioni contrattuali sopra esposte:

- della non riconducibilità delle inadempienze contestate alle prestazioni oggetto del servizio posto a gara, della mancanza di qualsiasi valutazione in ordine alla rilevanza sul piano sia economico, sia tecnico-prestazionale, delle inadempienze in questione, e dell'assenza, allo stato, di un accertamento giudiziale sulla fondatezza di tali risoluzioni;
- del corredo documentale (certificati di regolare esecuzione di altri appalti) prodotto dalla -OMISSIS- a dimostrazione della propria affidabilità e delle numerose commesse pubbliche eseguite e/o ottenute dall'impresa anche dopo le risoluzioni di cui trattasi e per importi considerevoli.

Sotto quest'ultimo profilo, il secondo provvedimento di esclusione – relativo al lotto n. 2 – sarebbe palesemente illegittimo, perché non avrebbe tenuto conto dei nuovi documenti prodotti dalla Società (riguardanti sei nuovi affidamenti di servizi di trasporto scolastico, e in due casi anche di disabili, due rinnovi contrattuali aventi ad oggetto il servizio di trasporto scolastico, oltre a sei certificazioni di regolare esecuzione del servizio di trasporto scolastico e di disabili e, in un caso, di malati oncologici e pazienti in trattamento dialitico), preferendo appiattirsi acriticamente sulla decisione già assunta con la precedente deliberazione di esclusione dal lotto n. 1.

La documentazione prodotta dimostrerebbe l'erroneità dell'assunto dell'Azienda in base al quale, in considerazione della natura delle prestazioni oggetto di affidamento, le risoluzioni contrattuali subite dalla -OMISSIS-

costituirebbero *ex se* indice di inaffidabilità dell'impresa: detta documentazione, infatti, proverebbe che la Società è dotata di capacità ed esperienza professionale con riguardo agli specifici servizi del trasporto di persone disabili e del trasporto di pazienti in trattamento dialitico, eseguiti con esito positivo nello stesso intervallo temporale al quale risalgono le risoluzioni (2018).

Da ultimo, l'erroneità delle valutazioni della P.A. si evincerebbe dalla portata dei contratti di appalto in merito ai quali è intervenuta la risoluzione, che costituirebbe, in termini sia tecnici che economici, un trentesimo del valore totale di tutti gli appalti affidati alla -OMISSIS- e, ad oggi, in corso di regolare svolgimento.

Così riportate le censure formulate nel primo motivo di appello, osserva il Collegio che nessuna di queste si mostra suscettibile di condivisione.

Come noto, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter), del d.lgs. n. 50/2016 (lettera inserita dall'art. 5, comma 1, del d.l. n. 135/2018, conv. con l. n. 12/2019), la stazione appaltante esclude dalla gara *“l'operatore economico (che) 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”*.

La norma va interpretata in connessione con il successivo comma 10-bis del medesimo art. 80 (a sua volta inserito dal d.l. n. 32/2019 conv. con l. n. 55/2019), che delimita in tre anni il periodo entro cui una pregressa vicenda professionale negativa può comportare l'esclusione di un operatore economico dalle procedure di gara. Ne deriva che la risoluzione per inadempimento di un precedente contratto d'appalto può fondare una valutazione di inaffidabilità e non integrità dell'operatore per un periodo che non superi il triennio, assumendo rilevanza, ai fini della decorrenza di siffatto periodo, la data di adozione della determinazione amministrativa di

risoluzione unilaterale (C.d.S., Sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6635, 5 marzo 2020, n. 1605 e 6 maggio 2019, n. 2895).

Nel caso ora in esame tale intervallo temporale è rispettato, risalendo le risoluzioni contrattuali subite dalla Società rispettivamente al 19 (quella disposta dal Comune di -OMISSIS-) e al 29 (quella disposta dal-OMISSIS-)-OMISSIS-.

Si è precisato, inoltre, che a seguito dell'introduzione della lett. *c-ter*) nel corpo dell'art. 80, comma 5, cit., sono previste, quale distinta fattispecie di esclusione, le gravi carenze esecutive che abbiano causato la risoluzione per inadempimento di un precedente contratto di appalto, senza richiedere la definitività della stessa, cioè la non contestazione della risoluzione da parte dell'appaltatore, ovvero la sua conferma giudiziale, com'era nel testo originario dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice: il che, tuttavia, non significa che la stazione appaltante sia esonerata dal dover manifestare con un atto formale la propria determinazione di risoluzione del contratto nei confronti dell'appaltatore, al fine di dare conto in via definitiva delle carenze esecutive riscontrate (C.d.S., Sez. V, 21 luglio 2020, n. 4668).

La sentenza appellata ha richiamato con dovizia e puntualità l'insegnamento della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato sulla valutazione eseguita dalla stazione appaltante in ordine all'affidabilità contrattuale e professionale dell'operatore economico in presenza di errori professionali commessi nello svolgimento della sua attività: valutazione che – osserva il T.A.R. – è diretta a considerare ogni comportamento scorretto idoneo ad incidere sulla credibilità professionale dell'operatore.

La stazione appaltante è tenuta, nella motivazione dell'esclusione, a dar conto in modo adeguato di aver compiuto un'autonoma valutazione delle fonti di prova da cui ha tratto conoscenza del pregresso errore professionale in cui è incorso l'operatore economico e di avere considerato le circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all'apprezzamento dell'affidabilità professionale del concorrente.

Quello della stazione appaltante è un potere ampiamente discrezionale, che quindi è sottoposto al controllo ed al sindacato giurisdizionale nei consueti limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti. In sintesi, come ricorda condivisibilmente il primo giudice, il sindacato demandato al G.A. deve essere esercitato entro i limiti dell'attendibilità e della coerenza (anche sotto il profilo del corredo motivazionale e della presupposta istruttoria) del giudizio di grave mancanza o di cattiva condotta tenuta dall'impresa nello svolgimento dell'attività professionale, sotteso al provvedimento di esclusione di cui al citato art. 80, comma 5, lett. *c-ter*), del Codice: giudizio che quindi 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.

Fatto tale doveroso inquadramento, si osserva che nel caso di specie l'-OMISSIS- “-OMISSIS-” ha escluso la -OMISSIS- dai due lotti di gara con provvedimenti che si mostrano rispettosi dei suesposti principi circa il corretto uso, da parte della P.A., dei poteri ad essa spettanti nel disporre l'esclusione di un operatore dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *c-ter*), cit., e, pertanto, del tutto immuni dalle censure dedotte dall'appellante.

Invero, l'esclusione della Società dai lotti di gara è stata disposta all'esito di un'esauriente istruttoria e di un'approfondita valutazione dei comportamenti inadempienti rimproverati alla Società stessa nei due appalti che hanno dato luogo a risoluzione del contratto, trasfusesi in una motivazione ampia ed argomentata dei provvedimenti di esclusione.

In proposito, il verbale del Seggio di gara del 24 settembre 2019 (v. all. 7 dell'Azienda U.L.S.S. nel ricorso R.G. n. -OMISSIS-) elenca minuziosamente, in ben sedici punti, le inadempienze contestate all'operatore economico dal Comune di -OMISSIS-, quali emergenti dall'atto di diffida del 25 ottobre 2018, che si possono così sintetizzare:

- mancata effettuazione di corse in molteplici occasioni, ovvero reiterati ritardi nei percorsi rispetto ai tempi indicati nel piano di trasporto;
- reiterata inadempienza dell'offerta in relazione al parco macchine;
- utilizzo di mezzi con revisione scaduta;
- blocco di autobus da parte della Polizia Stradale per motivi relativi all'uso del cronotachigrafo con successiva sua sostituzione tramite altro autobus che, però, era munito di porta di salita/discesa non ben funzionante e non grado di garantirne una perfetta chiusura.

Il predetto verbale elenca, altresì, in cinque punti le inadempienze contestate dal-OMISSIS-, che si riferiscono anche in questo caso a mancata effettuazione di corse o ritardi nelle corse effettuate, uso di mezzi non corrispondenti a quelli indicati nell'offerta ed uso di mezzi non conformi alle norme in materia di sicurezza (estintori, pneumatici, specchi retrovisori).

Sulla base di tali elementi, l'Azienda U.L.S.S. ha puntualmente enunciato nei provvedimenti gravati quali fossero le ragioni dell'inaffidabilità della -OMISSIS-, individuate:

- a) nella gravità delle inadempienze contestate alla Società dal Comune di -OMISSIS- e dal-OMISSIS-;
- b) nella ripetizione di tali inadempienze, indice di una persistente carenza professionale della Società appellante;
- c) nel ridotto intervallo di tempo trascorso dalle medesime (risalendo entrambe le risoluzioni, come si è visto, al mese di-OMISSIS-);
- d) soprattutto, nell'oggetto della gara per cui è causa, che riguarda il trasporto di persone con disabilità frequentanti i centri diurni e di pazienti non allettati in trattamento dialitico ai centri di emodialisi, il quale, per la sua delicatezza, non può ammettere disservizi e inadempimenti come quelli rimproverati alla -OMISSIS-.

Da quest'ultimo punto di vista, la stazione appaltante ha ritenuto – con argomentazioni logiche e ragionevoli – che gli inadempimenti contestati alla -OMISSIS- dal Comune di -OMISSIS- e dal-OMISSIS-portassero a

considerare la Società non affidabile, tanto più in rapporto alla delicata prestazione oggetto della gara per cui è causa, tenuto conto delle particolari condizioni dei soggetti beneficiari del servizio.

Invero, essendo la dialisi una terapia salvavita, anche un mero ritardo nell'esecuzione del trasporto di un paziente potrebbe avere gravi ripercussioni sulla sua salute, mentre la mancata somministrazione della terapia per l'omesso svolgimento di una corsa potrebbe risultare addirittura fatale: pertanto – conclude l'Azienda U.L.S.S. – se i disservizi che hanno condotto alle risoluzioni contrattuali poc'anzi citate si ripetessero in costanza del contratto con la stessa Azienda, le conseguenze potrebbero essere gravissime per l'incolumità dei soggetti destinatari del servizio.

L'Azienda ha inoltre replicato all'obiezione della -OMISSIS- incentrata sull'esiguità delle penali applicate dalle stazioni appaltanti rispetto al valore complessivo degli appalti, richiamando la giurisprudenza formatasi in materia di esclusione, raccordata al concetto di importanza dell'inadempimento *ex art.* 1455 c.c., per la cui valutazione è necessario tener conto di tutte le circostanze, oggettive e soggettive, da cui si possa desumere l'alterazione dell'equilibrio contrattuale. In particolare, si è correttamente ricordato che la gravità dell'inadempimento non va commisurata all'entità del danno, che potrebbe anche mancare, ma alla rilevanza della violazione del contratto con riguardo alla volontà manifestata dai contraenti, alla natura e alla finalità del rapporto, nonché al concreto interesse dell'altra parte ad una prestazione esatta e tempestiva (sull'importanza dell'inadempimento, oltre a Cass. civ., Sez. III, 22 ottobre 2014, n. 22346, e 28 giugno 2010, n. 15363, menzionate dall'Azienda, cfr. Cass. civ., Sez. II, 27 maggio 2015, n. 10995; cfr., altresì, C.d.S., Sez. V, 23 giugno 2014, n. 3137, secondo cui *“in tema di risoluzione di un contratto a prestazioni corrispettive, la gravità dell'inadempimento deve essere accertata non solo in relazione all'entità oggettiva dell'inadempimento stesso, ma anche con riguardo all'interesse che l'altra parte intende realizzare e sulla base, quindi, di un criterio che*

consenta di coordinare l'elemento oggettivo della mancata prestazione, nel quadro dell'economia generale del contratto, con gli elementi soggettivi?").

Non persuadono neppure le doglianze mosse dall'appellante al secondo provvedimento di esclusione, relativo al lotto n. 2 – “-OMISSIS-”, poiché questo richiama le motivazioni del primo e specifica che i documenti aggiuntivi presentati dalla Società non sono in grado di modificare le valutazioni di inaffidabilità della Società stessa, che hanno portato alla sua pregressa esclusione.

Tale giudizio si rivela, ad avviso del Collegio, condivisibile, perché pur dopo gli ulteriori documenti della -OMISSIS- resta ferma la considerazione che, qualora le inadempienze in cui l'impresa è incorsa nei contratti risolti avessero a ripresentarsi in sede di esecuzione del servizio messo a gara, di particolare delicatezza viste le condizioni di fragilità degli utenti, esse potrebbero avere ripercussioni gravi sulla salute e sull'integrità fisica di questi ultimi.

Ciò, tenuto anche conto del fatto che la documentazione prodotta dalla Società a seguito dell'avvio del procedimento di esclusione dal lotto n. 2, elencata nel verbale del Seggio di gara del 28 novembre 2019 (v. all. 8 dell'Azienda U.L.S.S. nel ricorso R.G. n. -OMISSIS-), non riguarda servizi di trasporto simili a quello messo a gara, con la sola eccezione del servizio svolto per la A.S.L. di Lecce, che, però, – eccepisce la difesa dell'Azienda con argomentazione rimasta incontestata (art. 64, comma 2, c.p.a.) – era già stato valutato nel procedimento che ha portato al primo provvedimento di esclusione, i relativi documenti essendo stati prodotti dalla Società in quell'occasione.

In contrario, infine, non serve nemmeno l'osservazione dell'appellante circa la scarsa importanza, dal lato economico, dei contratti risolti in suo danno, il cui valore sarebbe pari a un trentesimo del valore di tutti gli appalti attualmente affidati alla -OMISSIS-.

Al riguardo si evidenzia, anzitutto, che il dato ora riportato è contestato dall'Azienda, la quale nota come i contratti risolti avessero un valore

economico analogo a quelli valorizzati dalla controparte e comunque pari a circa il 17% dell'intero fatturato annuo della -OMISSIS-.

In secondo luogo, si richiama quanto detto prima in merito alla necessità di commisurare la gravità degli inadempimenti in cui un contraente sia incorso anche in relazione all'interesse che l'altra parte intende realizzare. Ebbene, mentre la corretta esecuzione di un contratto, o di una serie di contratti, di minore rischiosità dice poco o nulla sulla capacità dell'impresa di eseguirne uno più complesso e pericoloso, l'inesatta esecuzione, per giunta ripetuta, di un precedente servizio di minore complessità può ben essere assunta ad indice dell'inaffidabilità dell'operatore economico ad eseguire un servizio più difficile e delicato: di tal ché – come osserva la difesa dell'Azienda nella memoria di replica – un ritardo di dieci minuti nel trasporto, che in date circostanze si configurerebbe come inadempimento di scarsa importanza, diviene invece inadempimento grave, tale da rendere inaffidabile la ditta, ove il servizio messo a gara riguardi il trasporto di pazienti a rischio della vita.

C'è da aggiungere, sul punto, che i richiami alla recente giurisprudenza della Sezione contenuti nelle note d'udienza dell'appellante non sono conferenti, atteso che – in disparte la questione dell'esiguità delle penali, controbilanciata, come sopra detto, dalla rilevanza delle condotte inadempienti rispetto all'oggetto del servizio qui messo a gara – le condotte stesse si sono tradotte in episodi non isolati, ma, al contrario, ripetuti.

Ne segue, in definitiva, la complessiva infondatezza del primo motivo di appello.

Parimenti infondato è, poi, il secondo motivo, con cui la Società ha lamentato che i giudici di prime cure non si siano pronunciati sulla censura, da essa dedotta in primo grado, inerente la violazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa che discenderebbe dalla sua esclusione dalla gara, poiché a seguito di tale esclusione l'Azienda U.L.S.S. si troverebbe nella necessità di indirne una nuova.

Una volta, però, accertata la legittimità delle ragioni elencate dall'Azienda a motivazione della sua valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico, non si vede come l'esigenza di evitare le spese discendenti dall'indizione di un'ulteriore gara possa giustificare la stipula del contratto d'appalto con un operatore che la stazione appaltante ha ritenuto, legittimamente, inaffidabile a svolgere il servizio messo a gara.

In conclusione, l'appello è nel complesso infondato e da respingere, meritando la sentenza di primo grado di essere confermata.

Sussistono, comunque, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese del giudizio di appello, in virtù della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza (III[^]), così definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, commi 1 e 2, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (ed agli artt. 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti e della dignità dell'interessata, manda alla Segreteria di procedere ad oscurare i dati inerenti la società appellante.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2020, tenutasi, ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, mediante collegamento da remoto in videoconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO

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