

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Consiglio di Stato**  
**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 5502 del 2013, proposto da:  
Società Ecoprogetto Venezia Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria capogruppo del costituendo RTI con RAMM s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Franco Zambelli e Mario Ettore Verino, con domicilio eletto presso l'avv. Mario Ettore Verino in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 13;

***contro***

Contarina Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Gabriele Pirocchi, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, piazzale delle Belle Arti, n. 2;

***nei confronti di***

Plan-Eco Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI con F – Trans Kft, rappresentata e difesa dagli avv. Pierfrancesco Zen e Daniele Vagnozzi, con domicilio eletto presso l'avv. Daniele Vagnozzi in Roma, via Giunio Bazzoni, n. 3;

Herambiente Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria capogruppo del costituendo RTI con Akron Spa, Gea srl e Melandri Emanuele, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso l'avv. Aristide Police in Roma, piazza Adriana, n. 20;

Gea Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Riccardo Montanaro, Cristiana Romano e Guido Francesco Romanelli, con domicilio eletto presso l'avv. Guido Francesco Romanelli in Roma, via Cosseria, n. 5;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 00765/2013, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei servizi di trasporto e trattamento rifiuti provenienti dagli impianti di Contarina in Lovadina di Spresiano – Risarcimento dei danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Contarina Spa, di Plan-Eco Srl in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI con F-Trans Kft, di Herambiente Spa in proprio e quale mandataria capogruppo del costituendo RTI con Akron Spa, Gea srl e Melandri Emanuele e di Gea Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Mario Ettore Verino, Gabriele Pirocchi, Guido Francesco Romanelli, Pierfrancesco Zen e Filippo Degni, su delega dell'avv. Alessandro Lolli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue;

**FATTO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sez. I, con la sentenza 27 maggio 2012, n. 765, ha respinto il ricorso principale e i motivi aggiunti proposti dall'attuale parte appellante per l'annullamento della delibera del Consiglio di Amministrazione della società Contarina S.p.A. in data 27.2.2013, con cui è stata disposta l'approvazione dei verbali di gara per l'affidamento di servizi di trasporto e trattamento di rifiuti provenienti dagli impianti di Contarina in Lovadina di Spresiano e la contestuale aggiudicazione definitiva dei singoli lotti in appalto; il TAR ha, inoltre, dichiarato inammissibile il ricorso incidentale della parte appellata Herambiente S.p.A.

Il TAR sinteticamente ha rilevato che:

- in sede di apertura dei plichi è stata verificata la loro integrità (e la ricorrente non ha lamentato alcuna manomissione di essi o altra violazione) e la commissione di gara, successivamente costituita, ha proceduto a "ricontrollare la documentazione amministrativa presentata da ciascun concorrente" (cfr. il verbale 7.2.2013 n. 2), così riappropriandosi delle sue attribuzioni;
  - l'art. 84 del D. Lgs. n. **163** del **2006** riguarda la nomina della "Commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa", mentre la gara in esame prevede l'aggiudicazione col sistema del prezzo più basso;
  - il numero dei componenti individuato dal citato art. 84, comma 2, si riferisce ai commissari giudicanti, tra i quali non è compreso il componente con funzioni di segretario;
  - il divieto di aver svolto "alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta" riguarda esclusivamente i "commissari diversi dal Presidente";
  - è legittima l'estensione dell'avvalimento anche al requisito dell'iscrizione ad un albo specialistico come, nella specie, l'iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori in materia ambientale;
  - come risulta dall'art. 6 del capitolato, i lotti nn. 2, 3 e 4 riguardano i rifiuti catalogati con il codice CER 19.12.12, e cioè i rifiuti speciali per i quali non valgono i principi di autosufficienza e di limitazione territoriale che valgono invece per i rifiuti urbani (cfr. Corte Cost. n. 10 del 2009);
  - rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione, in assenza di prescrizioni autolimitative del proprio potere inserite nella legge di gara, ammettere le attività di recupero e di smaltimento su posizioni pari ordinate;
  - la gara in esame prevedeva il metodo di aggiudicazione del "prezzo più basso", alla stregua del quale non sono consentite valutazioni di merito;
  - gli adempimenti relativi all'onere di "contrassegnare ed autenticare i documenti e le offerte in ciascun foglio" sono previsti in funzione garantista a carico del "l'autorità che presiede la gara", ossia del soggetto singolo preposto alla procedura concorsuale, ma nel caso di specie il RUP era coadiuvato nell'espletamento dei predetti incombenzi, svolti in seduta pubblica davanti ai rappresentanti delle ditte concorrenti, da due testimoni, con conseguente salvaguardia dei principi di trasparenza e pubblicità;
  - relativamente agli appalti di servizi, l'art. 37, comma 4, d.lgs. n. **163** del **2006** prescrive che "nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio...che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti", parti che sono state puntualmente specificate dall'aggiudicataria. L'appellante ha lamentato l'erroneità di tale sentenza, deducendo i seguenti motivi d'appello:
  - Violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, dell'art. 8 del Disciplinare di gara e delle modalità di svolgimento di quest'ultima nonché dell'art. 84 d.lgs. n. **163** del **2006**;
  - Violazione ed erronea interpretazione dei principi in materia di utilizzo dell'istituto dell'avvalimento. Violazione degli artt. 39 e 49 del d.lgs. n. **163** del **2006**. Violazione ed erronea interpretazione del punto 4.2 del Disciplinare di gara;
  - Erronea interpretazione e violazione dei principi di autosufficienza e prossimità e dei criteri di priorità nella gestione dei rifiuti;
  - Erronea interpretazione e violazione degli artt. 117 e 283, comma 4, del d.P.R. n. 207 del 2010;
  - Erronea interpretazione e violazione del principio di duplice indicazione delle quote di partecipazione al RTI e di esecuzione dell'appalto. Violazione dell'art. 37 d.lgs. n. **163** del **2006**.
- Si è costituita in giudizio la stazione appaltante, Contarina SpA, società partecipata che svolge il servizio di gestione dei rifiuti nei quarantanove Comuni della Provincia di Treviso che aderiscono al

Consorzio Intercomunale Priula e al Consorzio Azienda Intercomunale di Bacino Treviso Tre, chiedendo la reiezione dell'appello.

Ha resistito al gravame la controinteressata Plan-Eco riproponendo, con memoria depositata in data 20.9.2013, sia le eccezioni formulate in primo grado e assorbite o non esaminate dal TAR, sia le domande e le eccezioni rigettate dalla sentenza di primo grado.

Si sono costituite in giudizio anche Gea srl e Herambiente Spa, chiedendo anch'esse la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 5 maggio 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Il Collegio rileva, in punto di fatto, che la vicenda oggetto del presente giudizio riguarda una gara, svolta con il metodo del prezzo più basso, per l'affidamento dei servizi di trasporto e smaltimento di varie tipologie di rifiuti prodotti dall'impianto di Lovadina di Spresiano, suddiviso in 12 diversi lotti.

Tale impianto, gestito dall'appellata Contarina S.p.A., società pubblica operante in Provincia di Treviso nel settore della gestione dei rifiuti urbani e speciali, riceve e tratta tutto il rifiuto secco non riciclabile della provincia di Treviso e, grazie ad operazioni di selezione e raffinazione, produce CDR (combustibile da rifiuto) avviato a recupero energetico.

Due dei lotti (nn. 3 e 4) sono stati aggiudicati al costituendo raggruppamento temporaneo di imprese di cui fanno parte la controinteressata appellata Herambiente S.p.A., in qualità di mandataria, con le mandanti Akron S.p.A., Gea S.r.l. (quest'ultima costituita in primo grado e in appello) e Melandri Emanuele.

Il lotto n. 2 (nonché il lotto n. 1, non oggetto del giudizio) è stato aggiudicato all'R.T.I. formato da Plan-Eco srl, controinteressato in appello (quale mandataria - capogruppo) con F.-Trans KFT (quale mandante).

2. La Sezione rileva preliminarmente che le domande e le eccezioni espressamente rigettate dalla sentenza del TAR appellata, riproposte dalla controinteressata Plan-Eco con memoria depositata in data 20.9.2013, sono inammissibili, in quanto avrebbero dovuto formare oggetto di impugnazione incidentale, unico strumento processuale a disposizione per contestare le statuizioni della sentenza impugnata.

Si può prescindere dall'esame delle eccezioni d'inammissibilità del ricorso di primo grado, formulate dalla controinteressata Herambiente S.p.A., contestate dalla parte appellante, atteso che l'appello infondato nel merito, alla stregua delle osservazioni che seguono; per le medesime ragioni, si può prescindere anche dalle eccezioni formulate da Plan-Eco in primo grado, assorbite o non esaminate dal TAR, riproposte con memoria depositata in data 20.9.2013, nonché dai motivi del ricorso incidentale di primo grado.

3. Passando all'esame del merito dell'appello, si deve evidenziare che il primo motivo d'appello concerne la circostanza che i plichi contenenti la documentazione amministrativa degli offerenti sono stati aperti dal RUP con l'ausilio di due testimoni, in difformità da quanto prescritto dalla legge e della *lex specialis*.

Nel caso di specie, ad avviso della Sezione, tale modalità di apertura dei plichi ha comunque garantito le verifiche circa l'integrità degli stessi e, peraltro, la stazione appaltante si è limitata a compiere un'attività meramente materiale, propedeutica alla gara, senza compiere alcuna attività valutativa e senza adottare alcun provvedimento definitivo nei confronti dei partecipanti.

Un esame preliminare, dunque, compiuto con tutte le garanzie di trasparenza e di pubblicità idonee ad evitare ogni rischio di scorrettezze procedurali, non incompatibile con i principi di trasparenza e di pubblicità che devono presiedere le operazioni di gara.

La stazione appaltante, infatti, si è limitata a prendere atto della regolarità e dell'integrità dei plichi e ad aprire le sole buste contenenti la documentazione amministrativa, senza svolgere alcuna attività di tipo valutativo.

D'altra parte, la commissione di gara, poi costituita, ha preso atto di tale mera attività preliminare e propedeutica e conseguentemente ha convalidato le operazioni materiali svolte in precedenza,

con ciò dimostrando l'insussistenza di irregolarità che, come detto, non sono state neanche indicate in concreto dall'appellante.

A tutto voler concedere si è pertanto in presenza di una mera irregolarità priva di valenza invalidante, anche ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990.

4. Per quanto riguarda la composizione della commissione di gara, non sussiste la violazione del principio generale che impone un numero dispari di membri.

Essa, infatti, è stata costituita con tre membri effettivi, titolari del potere di voto, e da un segretario verbalizzante, il quale non fa parte del collegio, non potere di voto e svolge mere attività di supporto burocratico ai compiti valutativi e decisionali appartenenti esclusivamente alla Commissione.

Come ha chiarito da tempo la giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2007, n. 5502; Sez. II, 12 luglio 1995, n. 1772; Sez. II, 27 settembre 1989, n. 894; Sez. V, 7 luglio 1987, n. 463; Sez. II, 18 febbraio 1981, n. 1307), il segretario verbalizzante, in quanto tale, è privo di diritto di voto e non va computato nel novero dei membri della commissione giudicatrice, che costituisce un collegio perfetto con riferimento esclusivamente ai suoi membri effettivi.

5. Per quanto riguarda la funzione di Presidente della Commissione di gara, si deve rilevare che la tesi dell'appellante è confutata dal dato testuale di cui all'art. 84, commi 3 e 4, d.lgs. n. 163 del 2006 che dispone che "La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante" e che "I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta".

Pertanto, *a contrario*, tale norma (segnatamente il comma 4) consente espressamente che la funzione di Presidente della Commissione sia assunta da chi abbia svolto o svolga attività o funzioni afferenti il contratto cui la gara si riferisce, ammettendo così che tale posizione possa essere assunta anche dal RUP che fisiologicamente svolge attività o funzioni afferenti il contratto cui la gara si riferisce.

Peraltro, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che nessuna norma impedisce il cumulo di compiti di RUP e di Presidente della commissione proprio sulla base del predetto comma 4 del citato art. 84 cit. che conferma indirettamente la legittimità di tale cumulo prevedendo limiti solo per i commissari diversi dal presidente (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5408; Sez. V – 27 aprile 2012, n. 2445).

5. Il secondo motivo di appello è unicamente pertinente alla procedura di gara relativa al lotto n. 2 e riguarda quindi soltanto la controinteressata PlanEco S.r.l., con riferimento alla contestata decisione della stazione appaltante di consentire l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento in relazione all'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali e all'autorizzazione regionale/provinciale all'esercizio dell'impianto di trattamento dei rifiuti.

In primo luogo, deve rilevarsi, in fatto, che l'avvalimento per cui è controversia non riguarda in sé l'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali, poiché la controinteressata PlanEco S.r.l. risulta iscritta al predetto Albo (Ca 8; classe B).

L'oggetto della dichiarazione di avvalimento riguarda la sola autorizzazione all'esercizio degli impianti ove trattare i rifiuti oggetto della gara, requisito quest'ultimo che non può certo essere qualificato come soggettivo, non attenendo ad alcuna caratteristica intrinseca dell'impresa, ma che è, invece, all'evidenza un requisito tecnico/organizzativo, pacificamente ricadente come tale nella disciplina generale dell'avvalimento.

6. Per quanto riguarda l'ipotizzata violazione del principio di autosufficienza relativo allo smaltimento dei rifiuti urbani, che riguarda i soli lotti nn. 3 e 4, relativamente ai quali è risultata aggiudicataria la controinteressata Herambiente S.p.A, si deve evidenziare, come già rilevato dal TAR, che l'art. 6 del Capitolato Speciale d'appalto, individua l'oggetto del servizio di cui ai lotti nn. 3 e 4 nel "trasporto e recupero/smaltimento in un impianto autorizzato di 14.000 tonnellate di sovvalli (sopravaglio CER 19.12.12) derivanti dalla lavorazione dei rifiuti per la produzione di CER". La descrizione della classificazione del rifiuto oggetto dell'appalto è la seguente: "altri rifiuti (compresi materiali misti) prodotti dal trattamento meccanico dei rifiuti, diversi da quelli di cui alla

voce 19.12.11”.

Il Catalogo Europeo dei Rifiuti (CER), allegato D alla Parte Quarta del Codice dell’Ambiente, assegna, invece, ai rifiuti urbani il codice che inizia con il n. 20, con la seguente descrizione: “Rifiuti urbani (rifiuti domestici e assimilabili prodotti da attività commerciali e industriali nonché dalle istituzioni) inclusi i rifiuti della raccolta differenziata”: la classificazione che inizia con il n. 19 non individua rifiuti urbani, bensì rifiuti considerati “speciali”, perché prodotti da attività industriali e di servizi.

L’appalto oggetto del presente giudizio riguarda rifiuti originariamente urbani successivamente sottoposti ad un procedimento industriale, sono trasformati in un prodotto del tutto nuovo e diverso, denominato CDR - Combustibile da Rifiuto (oggi C.S.S. — Combustibile Solido Secondario), espressamente qualificato come rifiuto speciale ex art. 183, comma 1, lett. cc), d.lgs. n. 152 del 2006.

Peraltro, la stessa autorizzazione all’impianto di Lovadina di Spresiano, da cui provengono i rifiuti oggetto dei servizi appaltati con la gara in questa sede contestata, prescrive espressamente l’effettuazione di operazioni di trattamento dei rifiuti per la produzione di combustibile solido secondario, per una quantità annua massima di 84.000 tonnellate, a conferma della qualificazione di tale rifiuto come rifiuto speciale.

Come è noto, nell’ambito delle attività di smaltimento dei rifiuti speciali, non valgono i principi di autosufficienza e di limitazione territoriale, diversamente dai rifiuti urbani.

Infatti, il principio dell’autosufficienza locale nello smaltimento dei rifiuti, già previsto dal d.lgs. n. 22 del 1997 per i rifiuti urbani non pericolosi, non può essere esteso ai rifiuti diversi e, segnatamente, a quelli speciali o pericolosi in genere, nei confronti dei quali va applicato il criterio della specializzazione dell’impianto in cui vengono movimentati i rifiuti integrato dal criterio della prossimità, considerato il contesto geografico e la prossimità al luogo di produzione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3215 e Sez. VI, 19 febbraio 2013, n. 993).

Peraltro, si deve osservare che l’intervenuta abrogazione della lett. n) dello stesso art. 184, comma 3, non comporta in alcun modo l’inserimento in via residuale dei residui in esame tra i rifiuti urbani, non ricavandosi tale conseguenza da alcuna disposizione di legge.

7. Per quanto riguarda l’ipotizzata violazione del principio di prevalenza del recupero sullo smaltimento, che riguarda anch’esso i soli lotti nn. 3 e 4, relativamente ai quali è risultata aggiudicataria la controinteressata Herambiente S.p.A, si rileva che l’appellante non enuncia sufficientemente (né è ricavabile *aliunde* dagli atti di gara) quale sia l’interesse che l’appellante intende tutelare, non evidenziandosi che la stessa abbia avanzato una proposta relativa ad attività di recupero anziché di smaltimento.

8. Il quarto motivo di appello concerne la violazione degli artt. 117 e 283, comma 4, d.P.R. n. 207 del 2010, già dedotta nel secondo motivo aggiunto di primo grado.

La censura ipotizza che la gara sarebbe illegittima in quanto i documenti presentati dai concorrenti non sarebbero stati siglati in tutte le pagine dalla Commissione, come invece sarebbe imposto dalla normativa richiamata e in quanto ciò non avrebbe garantito i concorrenti dall’alterazione o sottrazione di documenti.

La Sezione è dell’avviso che la disposizione richiamata, inclusa nell’art. 283 sotto la rubrica “Selezione delle offerte”, attiene all’apertura delle offerte e non all’apertura della busta contenenti la documentazione amministrativa, come invece si è verificato nella specie.

Peraltro, più in generale, nessuna violazione dei principi di trasparenza e di pubblicità delle operazioni di gara sussiste, atteso che le operazioni sono state svolte in seduta pubblica e che i documenti sono stati comunque contrassegnati; d’altra parte l’appellante non ha in alcun modo indicato eventuali manomissioni, neppure a livello di meri indizi, dei documenti che la stessa ha avuto modo di vedere in sede di apertura pubblica.

Sotto questo profilo possono richiamarsi i principi che l’Adunanza Plenaria di questo Consiglio ha adottato per quanto riguarda l’omessa verbalizzazione delle operazioni di gara (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 febbraio 2014, n. 8).

Tale soluzione sostanzialistica adottata fa perno sulla necessità che ogni contestazione del concorrente volta a ipotizzare una possibile manomissione, o esposizione a manomissione dei



plichi, idonea a introdurre un *vulnus* alla regolarità del procedimento di selezione del contraente non possa trovare sostegno nel solo dato formale delle indicazioni che si rinvencono nel verbale redatto per ogni adunanza della commissione preposta all'esame delle offerte, ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla cosiddetta genuinità dell'offerta, che va preservata in corso di gara.

Parimenti, quando, come nella specie, in relazione al motivo d'appello in oggetto, vengono dedotte irregolarità formali che non siano state in nessun modo ricollegate dall'appellante, che ne aveva il relativo onere, a circostanze concrete che possano far supporre possibili manomissioni o esposizione a manomissioni dei plichi deve applicarsi lo stesso principio che, in ultima analisi, è una declinazione specifica e settoriale, valevole nel campo degli appalti pubblici del principio più generale ricavabile dall'art. 21-*octies* l. n. 241 del 1990.

In ogni caso, in concreto, la commissione di gara, come attestato nel verbale 7.2.2013 ha proceduto comunque a ri-esaminare la documentazione e l'apertura delle sole buste contenenti la documentazione amministrativa è avvenuta in seduta pubblica e alla presenza di testimoni, dandosi atto che i plichi risultavano integri, debitamente sigillati, con le previste sigle sui lembi di chiusura e la prevista dicitura.

9. E' infine infondato il quinto motivo di appello con il quale la parte appellante sostiene, come già affermato nel terzo motivo aggiunto di primo grado, che il Raggruppamento, di cui GEA fa parte, avrebbe dovuto essere escluso in quanto non avrebbe indicato le quote di partecipazione di ciascun componente al Raggruppamento stesso, ma solo le quote di esecuzione dell'appalto. Anche tale censura concerne esclusivamente i lotti nn. 3 e 4.

La gara in questione è stata, infatti, bandita nel mese di ottobre 2012, dopo le modifiche apportate all'art. 37, comma 13, d.lgs. n. 163 del 2006 dall'art. 1, comma 2-bis, lett. a), l. n. 135 del 2012.

Il disposto dell'art. 37 vigente al momento dell'indizione della gara, per la parte che interessa, prescriveva che "Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati. (...). Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento"

Alla stregua delle norme vigenti al momento della gara, e applicabili *ratione temporis* nella specie, per gli appalti di servizi, le imprese associate debbano specificare unicamente le parti del servizio che saranno svolte da ciascuna.

Nessuna prescrizione riguarda le quote di partecipazione al raggruppamento.

L'obbligatoria indicazione delle quote di partecipazione e la necessaria corrispondenza tra queste ultime e le quote di esecuzione era imposta, al tempo dello svolgimento della gara, soltanto per gli appalti di lavori per i quali, peraltro, successivamente, è stata integralmente abrogata dall'art. 12, comma 8, l. n. 80 del 2014 che ha ri-modificato il predetto art. 37, comma 13, d.lgs. n. 163 del 2006.

10. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

### P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe indicato, lo respinge.

Condanna la parte appellante alla rifusione delle spese di lite del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila), oltre accessori di legge, in favore di ciascuna parte appellata costituita in giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore  
Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere  
Oreste Mario Caputo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
II 23/06/2016

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**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 10564 del 2015, proposto dalla Regione Calabria, in persona del Presidente della G.R. in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Naimo, con domicilio eletto presso l'avvocato Giuseppe Morabito in Roma, via Matteo Boiardo n. 12;

contro

la s.r.l. Cascina Global Service, in proprio ed in qualità di mandataria del R.T.I. con la s.r.l. Cardamone Group; la s.r.l. Cardamone Group, in proprio e come mandante del raggruppamento con la s.r.l. La Cascina Global Service, rappresentate e difese dall'avvocato Michele Perrone, con domicilio eletto presso il signor Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

la s.p.a. S.I.A.R.C., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Izzo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Calabria, Sezione II di Catanzaro n. 1730/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di ristorazione per le aziende sanitarie ed ospedaliere della regione Calabria;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della s.r.l. Cascina Global Service;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 aprile 2016 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti l'avvocato Graziano Pungì su delega dell'avvocato Giuseppe Naimo, gli avvocati Michele



Perrone e Sara Di Cunzolo, su delega dell'avvocato Francesco Izzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. - Le s.r.l. La Cascina Global Service e la s.r.l. Cardamone Group hanno partecipato in un costituendo R.T.I. alla gara indetta con decreto del 8 novembre 2013, n. 15575, del direttore generale della Stazione unica appaltante della regione Calabria (in seguito SUA), avente ad oggetto l'affidamento del «servizio di ristorazione alle aziende sanitarie ed ospedaliere della regione Calabria», suddivisa in sette lotti per un importo globale di euro 62.910.604,94, oltre IVA.

Tali società hanno partecipato alla gara relativa al lotto n. 4, oggetto della presente controversia, per il quale il bando di gara, concernente il servizio di ristorazione dell'azienda sanitaria provinciale di Cosenza (in seguito ASP), indicava come valore della gara l'importo di € 18.927.347,40 e la durata di 36 (trentasei) mesi dall'aggiudicazione dell'appalto (pag. 2 del bando di gara).

All'esito della disamina della documentazione (busta A), sono state ammesse soltanto il raggruppamento La Cascina – Cardamone Group, il RTI Innova s.p.a. - LADISA e la società SIARC spa.

Dopo la disamina della documentazione tecnica (Busta B), alla seduta pubblica del 8 giugno 2015, è stata esclusa SIARC s.p.a. e sono stati attribuiti i seguenti punteggi tecnici:

- RTI La Cascina G.S.- Cardamone Group s.r.l.: 60,00 punti;
- RTI Innova s.p.a.-LADISA s.p.a.: 52,16 punti.

All'esito della disamina delle offerte tecniche (busta C), condotta nella medesima seduta di gara, sono state escluse anche le ultime due offerenti, poiché avrebbero presentato offerte in aumento rispetto all'importo annuale dell'appalto.

Il RTI La Cascina- Cardamone Group aveva presentato un'offerta economica pari ad euro 4.885.136,10 annui, corrispondente ad una percentuale di ribasso del 22,23% rispetto al valore stimato annuo dell'appalto, pari ad euro 6.309.115,80 (euro 18.927.347,40 : 3), tenuto conto della durata dell'appalto desumibile dal bando di gara (3 anni).

Ad avviso della stazione appaltante, invece, la durata dell'appalto era pari a 48 mesi, tenuto conto che nel disciplinare di gara era prevista la possibilità di proroga per 12 mesi: pertanto, la stazione appaltante ha ritenuto che l'offerta presentata da tale raggruppamento – pari ad € 4.885.136,10 annui - sarebbe stata superiore a quella posta a base di gara (pari ad € 4.731.836,85) e dunque sarebbe stata inammissibile.

Tale raggruppamento è stato quindi escluso dalla gara; lo stesso è avvenuto per l'altro raggruppamento Innova-Ladisa, che ha presentato anch'esso – secondo la stazione appaltante - l'offerta in aumento.

La commissione di gara ha quindi dichiarato il lotto n. 4 «deserto per mancanza di offerte valide».

2. - Con il ricorso RG n. 1149 del 2015 (proposto dinanzi al T.A.R. Calabria, Sezione di Catanzaro), il RTI La Cascina- Cardamone Group ha impugnato il proprio provvedimento di esclusione dalla gara, deducendo le censure di violazione e falsa applicazione dell'art. 64 del D.Lgs. 163/06 e di

eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà, violazione del principio del favor participationis.

3. - Si è costituita nel giudizio di primo grado la Regione Calabria – Autorità Regionale Stazione Unica Appaltante - che ha chiesto il rigetto del ricorso.

4. - Con la sentenza n. 1730/2015, il ricorso di primo grado è stato accolto, con annullamento dell'esclusione dalla gara del RTI ricorrente.

Il T.A.R. ha infatti ritenuto che gli atti di gara fossero contraddittori, tanto da ingenerare incertezze nella formulazione dell'offerta, e che nel contrasto tra gli atti di gara, si sarebbe dovuta assegnare prevalenza al bando; inoltre si sarebbe dovuto disporre il soccorso istruttorio, prima di procedere all'esclusione dalla gara.

5. - Avverso la sentenza del TAR ha proposto appello la Regione Calabria, che ha chiesto, preliminarmente, che sia dichiarata l'inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata notifica all'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, soggetto destinatario del servizio per il quale sarebbe stata indetta la gara.

L'appellante ha poi rilevato l'erroneità della sentenza appellata, sostenendo che non vi sarebbe stato alcun contrasto tra gli atti di gara, in quanto il disciplinare prevedeva chiaramente la durata di 36 mesi con l'aggiunta di 12 mesi di proroga del servizio, per un totale di 48 mesi.

Inoltre, dalla disamina del Capitolato Speciale di Appalto e dal DUVRI, il concorrente avrebbe potuto comprendere che la durata dell'appalto era di 48 mesi, effettuando un mero calcolo matematico. Attraverso la lettura coordinata ed integrata degli atti di gara, il RTI La Cascina-Cardamone Group avrebbe dovuto intendere quale fosse la durata del servizio oggetto di affidamento.

L'appellante ha poi rilevato che il riferimento al soccorso istruttorio avrebbe violato il principio di cui all'art. 112 c.p.c. e all'art. 34, c. 1 e 2, c.p.a., in quanto nel ricorso di primo grado non era stata mai dedotta la censura di mancata attivazione del potere di cui agli artt. 38 e 46 del Codice di contratti.

Peraltro, non sarebbe stato possibile procedere al soccorso istruttorio, in quanto ciò avrebbe comportato la rimodulazione dell'offerta, in violazione del divieto di modifica delle offerte in fase di gara.

6. - E' intervenuta nel giudizio di appello la società SIARC, attuale gestore del servizio, che ha sostenuto le tesi della Regione Calabria ed ha quindi concluso per l'accoglimento dell'appello.

Le parti costituite hanno depositato memorie e scritti di replica.

7. - All'udienza pubblica del 28 aprile 2016, l'appello è stato trattenuto in decisione.

## **DIRITTO**

1. - Deve essere esaminata in via preliminare la censura dell'appellante sulla inammissibilità del ricorso di primo grado, per la mancata evocazione in giudizio dell'Azienda sanitaria provinciale di Cosenza, destinataria del servizio oggetto di gara.

Tale eccezione, benché proposta per la prima volta in appello, è comunque ammissibile, in quanto

proposta dalla parte soccombente in primo grado.

1.1 - Deduce l'appellante che la gara relativa al lotto 4 è stata espletata dalla S.U.A. per conto della A.S.P. di Cosenza; la L.R. 26/07 ha imposto anche alle Aziende Sanitarie Provinciali di approvvigionarsi utilizzando la centrale di committenza S.U.A. Calabria, come già previsto dall'art. 1, comma 449, della L. 27 dicembre 2006, n. 296, e detto organismo è stato inserito con delibera ANAC del 22 luglio 2015 tra i soggetti aggregatori.

1.2 - Ai sensi dell'art. 33 del D.Lgs. 163/06, l'espletamento della gara da parte del soggetto aggregatore avviene per conto dell'amministrazione aggiudicatrice, che provvede – all'esito della procedura – alla stipulazione del contratto, mentre alla S.U.A. competono soltanto le funzioni e le attività della stazione appaltante.

Secondo la Regione, quindi, si sarebbe dovuto notificare il ricorso introduttivo anche all'amministrazione aggiudicatrice; a sostegno di tale affermazione essa rileva che - nei precedenti contenziosi relativi a gare gestite dalla SUA Calabria - sarebbe stata sempre evocata in giudizio l'amministrazione per la quale la gara era stata indetta e gestita.

Con la memoria del 23 marzo 2016, la Regione ha poi precisato che non tutti gli atti di gara sono stati predisposti dalla SUA, in quanto il capitolato speciale di appalto è stato approvato direttamente dalla ASP di Cosenza: la mancata notifica all'ASP comporterebbe, secondo l'appellante, l'inammissibilità del ricorso di primo grado.

2. - La censura non può essere condivisa.

2.1 - La SUA Calabria è il soggetto aggregatore che si occupa dell'intero procedimento ad evidenza pubblica, dalla predisposizione degli atti di gara, fino all'aggiudicazione definitiva (cfr. L.R. Calabria n. 26 del 7 dicembre 2007 e art. 2 del Regolamento di organizzazione della stessa SUA, doc. n. 1 e 2 parte appellata) residuando in capo alla ASP la sola stipulazione del contratto.

L'esercizio dei poteri da parte della SUA per conto delle Aziende Sanitarie è obbligatorio (art. 1, comma 1, L.R. n. 26/07): la SUA agisce per conto dell'azienda sanitaria mediante delega ex lege; il bando di gara – ai sensi e per gli effetti dell'art. 3 comma 34 del D.Lgs. 163/06 - individua la SUA come « amministrazione aggiudicatrice», senza fare alcun riferimento alla ASP di Cosenza, che è esclusivamente la beneficiaria della procedura, posta in essere dalla centrale di committenza.

2.2. - La Sezione (cfr. Cons. Stato, Sezione III, 9 luglio 2013, n. 3639) ha già precisato che - in caso di gara indetta e gestita in via esclusiva da una «centrale di committenza» in base ad una delega irrevocabile (come nel caso di specie, in cui sussiste l'obbligo ex lege di avvalersi dell'organismo aggregatore) - tale centrale è l'unica e diretta responsabile della procedura, il che comporta che le aziende sanitarie non sono parte necessarie del giudizio neppure in ordine alla domanda di dichiarazione di inefficacia dei contratti e di subentro negli stessi.

Esse, infatti, sono destinatarie di tutti gli effetti, sostanziali e processuali, scaturenti dalle vicende connesse alla procedura di gara.

La Sezione ha quindi ritenuto non necessaria l'estensione del contraddittorio nei confronti delle Aziende ospedaliere, essendo sufficiente la partecipazione al giudizio della Regione.

2.3 - Tali principi rilevano a maggior ragione nella presente controversia, in cui non viene posta in contestazione la declaratoria di inefficacia del contratto – la cui stipulazione compete alla ASP – essendosi la procedura fermata ben prima, in quanto la gara è stata dichiarata deserta a seguito dell'esclusione di tutte le offerte.

Nel caso di specie, tutta la procedura di gara è stata gestita dalla SUA ed i provvedimenti impugnati – tra i quali ricade il provvedimento di esclusione dalla gara - sono stati da essa emessi: ne consegue che solo la SUA era legittimata passivamente.

Ai sensi dell'art. 41 comma 2 c.p.a., il ricorso deve essere, infatti, notificato « alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati».

2.4 - Né può ritenersi, come sostenuto dalla difesa della Regione, che sussistesse l'obbligo di evocare in giudizio anche la ASP di Cosenza per aver redatto il capitolato speciale di appalto, riportato tra gli atti indicati nell'epigrafe del ricorso: il capitolato, infatti, non è stato oggetto di specifica impugnazione, non essendo state proposte censure avverso di esso, sicché può ritenersi che la sua indicazione tra gli atti impugnati sia stata meramente tuzioristica.

Ne consegue che la mancata evocazione in giudizio della ASP di Cosenza non comporta la declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado.

2.5 - Per completezza espositiva, è opportuno rilevare che l'evocazione in giudizio delle Aziende sanitarie, in altri giudizi, non costituisce prova della loro necessaria legittimazione passiva, ben potendo spiegarsi per ragioni cautelative al fine di prevenire eventuali eccezioni di inammissibilità, come quella proposta in questa sede.

3. - Sempre in via preliminare, deve essere dichiarato ammissibile l'intervento ad adiuvandum spiegato in appello dalla società SIARC, attuale gestore in regime di proroga del servizio oggetto di gara: l'ampia formulazione dell'art. 97 c.p.a. - secondo cui « può intervenire nel giudizio di impugnazione, con atto notificato a tutte le parti, chi vi ha interesse» - consente di assegnare rilievo anche all'interesse di mero fatto, di cui è titolare la società interveniente quanto alla prosecuzione dello svolgimento del servizio.

4.- Dopo aver esaurito le questioni di rito, è possibile passare alla disamina del merito.

L'appello è infondato anche nella restante parte e va dunque respinto.

4.1 - E'opportuno preventivamente richiamare quanto stabilito dal primo giudice con la sentenza appellata.

Il T.A.R. ha rilevato che:

-- il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto costituiscono, insieme, la *lex specialis* della gara ed hanno carattere vincolante non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante;

-- in caso di eventuali contrasti interni tra le singole previsioni, quel che assume prevalenza è il contenuto del bando di gara, in quanto le previsioni del capitolato speciale e del disciplinare possono soltanto integrare, ma non modificare, quelle poste dal bando (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 9 ottobre 2015 n. 4684);

-- il bando fissa in 18.927.347,40 euro il valore stimato dell'appalto, IVA esclusa e, la durata dell'appalto in 36 mesi a decorrere dall'aggiudicazione, ponendo tali due termini in diretta correlazione tra loro;

-- dalla piana lettura del bando, si ricava che l'importo annuale a base d'asta è pari a 6.309.115,80 euro;

-- in caso di integrazione tra bando, disciplinare, e capitolato, la determinazione dell'importo annuale del servizio sarebbe comunque ambigua ed equivoca, tanto da indurre in errore il concorrente nella formulazione dell'offerta;

-- si sarebbe dovuto disporre il soccorso istruttorio e comunque l'erroneità degli atti di gara, che comportano eccessivi oneri economici per l'amministrazione, avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante ad annullare –in parte qua – gli atti di gara.

5. - Nel ricorso in appello, la difesa della regione Calabria deduce che erroneamente il primo giudice avrebbe rilevato un contrasto tra gli atti di gara, dando poi prevalenza alle indicazioni contenute nel bando.

Secondo l'appellante, infatti, dalla lettura del disciplinare di gara (art. 4) e dal C.S.A. («Luoghi di effettuazione del servizio e quantità») si ricava che l'importo per il lotto di riferimento è stato determinato «nei limiti massimi dei prezzi di riferimento» pubblicati sull'Osservatorio dei contratti pubblici e che il numero presunto di giornate alimentari annuali è pari a 340.665: una semplice operazione aritmetica avrebbe consentito di verificare che - moltiplicando il prezzo di riferimento di € 13,89 per il numero di giornate alimentari, per il numero di anni di svolgimento del servizio (pari a 4 e non 3 come ritenuto dall'appellata) - si sarebbe pervenuti all'importo posto a base di gara.

Inoltre, – secondo la Regione – anche dall'importo previsto per il DUVRI è agevole ricavare la durata quadriennale dell'appalto, in quanto è stato considerato un costo di eliminazione dei rischi da interferenze pari a € 21,00 + IVA per anno, e per il lotto 4, l'importo di detti oneri, non soggetti a ribasso, è stato stabilito in € 84,00, IVA esclusa.

Ad avviso della Regione, quindi, dagli atti di gara poteva evincersi con assoluta chiarezza che la durata dell'appalto fosse di 4 anni.

6. - La tesi dell'appellante non può essere condivisa.

6.1 - Dalla disamina degli atti costituenti la lex specialis di gara (bando, disciplinare, capitolato speciale di appalto), con riferimento specifico alla durata dell'appalto si evince in modo palese la contraddittorietà delle prescrizioni.

Il bando, come già ricordato in punto di fatto, prevede l'importo di € 18.927.347,40 e la durata di 36 mesi, il che comporta che il valore annuale dell'appalto è costituito dalla somma di €  $18.927.347,40 : 3 = € 6.309.115,80$ .

Il disciplinare di gara, dopo aver riportato il valore complessivo dell'appalto (pag. 5), a pagina 7 prevede che «la durata è di 36 mesi a decorrere dalla data di inizio del servizio, oltre 12 mesi opzionali di eventuale rinnovo, ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i.».

Il capitolato speciale di appalto (art. 3, pag. 2) dispone, con riferimento alla durata contrattuale, che «Il contratto avrà la durata di 3 (tre) anni, decorrenti, dalla sua sottoscrizione. L'Azienda si riserva la facoltà, qualora ne ravvisi l'opportunità, di chiedere all'aggiudicatario la prosecuzione del servizio per i tempi necessari per l'indizione ed all'aggiudicazione di una nuova procedura di gara, e comunque non oltre un anno dalla data di scadenza del contratto».

6.2 - I tre atti contengono chiaramente precisazioni diverse tra loro: il bando non fa alcun cenno alla possibilità di proroga, il disciplinare la prevede in via eventuale e la fissa in un anno, il capitolato speciale la prevede come mera facoltà per la stazione appaltante per un periodo non tassativamente determinato, che può arrivare fino ad un anno.

6.3 - In presenza di clausole del suddetto tenore, che contrastano l'una con le altre, non può condividersi la tesi dell'appellante secondo cui negli atti di gara non vi sarebbe stata né incertezza, né ambiguità in merito alla durata dell'appalto.

6.4 - Sussiste in capo all'amministrazione che indice la gara l'obbligo di chiarezza (espressione del più generale principio di buona fede), la cui violazione comporta – in applicazione del principio di autoresponsabilità – che le conseguenze derivanti dalla presenza di clausole contraddittorie nella *lex specialis* di gara non possono ricadere sul concorrente che, in modo incolpevole, abbia fatto affidamento su di esse.

6.5 - La Regione Calabria sostiene nell'appello che il concorrente – in presenza di dubbi sul valore annuale dell'appalto a causa dell'oggettiva equivocità degli atti di gara -, avrebbe dovuto procedere ad effettuare calcoli matematici ricavabili dagli stessi atti di gara - dai quali desumere quale fosse la reale intenzione della stazione appaltante in merito alla durata del servizio, prima di predisporre l'offerta.

6.6 - La tesi della Regione non può essere condivisa.

Secondo la giurisprudenza, «l'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compreso il bando di gara pubblica, soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 e ss. c.c. per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo. Secondo il criterio di interpretazione di buona fede ex art. 1366 c.c., gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla p.a. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative» (Cons. Stato, Sez. III, n. 4364 del 24 settembre 2013).

«Tutte le disposizioni che in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara per la scelta del contraente, siano esse contenute nel bando ovvero nella lettera d'invito e nei loro allegati (capitolati, convenzioni e simili), concorrono a formarne la disciplina e ne costituiscono, nel loro insieme, la *lex specialis*, per cui in caso di oscurità ed equivocità o erroneità attribuibile alla stazione appaltante, un corretto rapporto tra amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità e di quello specifico enunciato nell'art. 1337 c.c., che presidia con la buona fede lo svolgimento delle trattative e la formazione del contratto, impone che di quella disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede, interpretandola per ciò che essa espressamente dice, restando il concorrente dispensato dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati» (cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., 20-12-2010, n. 1515).

Venendo al caso di specie, ritiene la Sezione che gli atti della gara in questione – pur non essendo stati redatti in modo chiaro – vanno complessivamente interpretati nel loro senso letterale, attribuendo rilievo decisivo al fatto che il bando ha fissato il termine di «durata del contratto» in 36 mesi, pur se con la «possibilità» della proroga per un anno.

Le partecipanti alla gara non avevano alcun onere di effettuare calcoli aritmetici per accertare se da altre previsioni del bando si sarebbe dovuta desumere una durata invece quadriennale del contratto: poiché grava sulla stazione appaltante il *clare loqui*, risulta del tutto ragionevole l'interpretazione del bando sulla durata triennale del contratto, rispetto alla quale l'Amministrazione avrebbe dovuto effettuare tutte le proprie valutazioni.



6.7 – La richiamata previsione del bando, del resto, in ogni caso va considerata prevalente rispetto alle non univoche previsioni da esso richiamate, poiché – per la costante giurisprudenza - le disposizioni del capitolato speciale di appalto e quelle del disciplinare possono solo integrare, ma non modificare, quelle poste dal bando (cfr., tra le tante, Cons. Stato Sez. V 9 ottobre 2015 n. 4684; Cons. Stato Sez. IV, 3 maggio 2016, n. 1716; Cons. Stato Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2248; Cons. Stato Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439).

7. - Quanto alla non convenienza dell'offerta, in quanto superiore al prezzo pubblicato sull'Osservatorio, va rilevato che la non sostenibilità dell'impegno economico non poteva giustificare l'esclusione dalla gara della concorrente, potendo invece consentire l'adozione di altro genere di rimedi, quale, ad esempio, la revoca della gara (ovvero il suo annullamento, nel caso di rilevazione di un errore materiale in cui sia incorsa l'autorità nella predisposizione degli atti precedenti di indizione della gara).

8. - Infine, per compiutezza espositiva, deve rilevarsi che il richiamo al soccorso istruttorio operato dal primo giudice costituisce un ulteriore argomento aggiuntivo addotto dal T.A.R. a sostegno delle proprie statuizioni: l'oggettivo contenuto del bando va inteso nel senso sopra rilevato, sicché risulta non supportata da uno specifico interesse la censura della Regione appellante, sulla violazione dell'art. 112 c.p.c., in cui è incorsa la sentenza appellata.

9. - L'appello va dunque respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza di primo grado, che ha accolto il ricorso di primo grado.

10. - Le spese del secondo grado di lite possono invece compensarsi tra le parti, in considerazione della particolarità della fattispecie.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) respinge l'appello RG 10564/2015 e, per l'effetto, conferma la sentenza n. 1730 del 2015 del T.A.R. Calabria, Sezione di Catanzaro (che ha accolto il ricorso di primo grado RG 1149/2015 ed ha annullato gli atti con esso impugnati).

Spese compensate del secondo grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2016, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente  
**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8094 del 2015, proposto da:

Sodexo Italia Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Maurizio Boifava e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

***contro***

Comune di Napoli, rappresentato e difeso dagli avv. Fabio Maria Ferrari e Antonio Andreottola, con domicilio eletto presso l'avv. Nicola Laurenti in Roma, via Francesco Denza, 50/A;

Comune di Napoli - I Municipalità, - IX Municipalità - X Municipalità;

***nei confronti di***

EP S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Armando Profili, Raffaele Izzo e Diego Vaiano, con domicilio eletto presso l'avv. Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, n. 02782/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di refezione scolastica per il biennio 2015-2016.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Napoli e di EP S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Andrea Manzi, Francesco Caccioppoli, su delega dell'avvocato Antonio Andreottola, e Diego Vaiano;

**FATTO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sez. IV, con la sentenza 19 maggio 2015, n. 2782, ha dichiarato inammissibili il ricorso principale ed i connessi motivi aggiunti proposti dall'attuale parte appellante per l'annullamento delle determinazioni dirigenziali n. 7, 8 e 11 del 31.12.2014 del Comune di Napoli di aggiudicazione definitiva alla società E.P. s.p.a. dei lotti n. 1, 9 e 10 dell'appalto relativo al servizio di refezione scolastica per il biennio 2015/2016; nonché della nota prot. PG/2015/111933 del 6.2.2015 a firma del dirigente del Servizio attività amministrative presso la IX Municipalità del Comune di Napoli di rigetto del preavviso di contenzioso trasmesso il 23 gennaio 2015.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- La giurisprudenza ha ritenuto viziato il ricorso cumulativo avverso una gara unica, ma suddivisa in lotti del tutto indipendenti, allorché al di fuori della (parziale) connessione soggettiva, le censure proposte sono dirette ad avversare l'attività della medesima stazione appaltante ma in relazione a diverse società ovvero con motivi del tutto diversi;

- Nel caso di specie l'impugnazione plurima è diretta avverso la stessa società (aggiudicataria dei tre lotti) e riguarda un solo motivo identico (relativo alla procedura di ammissione alla gara della aggiudicataria dei tre lotti E.P. s.p.a. ed alla connessa verifica dei requisiti per carenza della dichiarazione ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici resa in relazione a ciascun lotto) e motivi del tutto diversi ed autonomi concernenti la capacità del centro produttivo (per il lotto 9) e l'assegnazione dei punteggi dell'offerta tecnica;

- La recente pronuncia resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5-2015 ha stabilito che la regola generale è che il ricorso abbia ad oggetto un solo provvedimento e che i vizi – motivi si correlino strettamente a quest'ultimo, salvo che tra gli atti impugnati esista una connessione procedimentale o funzionale, da accertarsi in modo rigoroso onde evitare la confusione di controversie;

- Il ricorso cumulativo, che di per sé rappresenta inevitabilmente una complicazione processuale, è ammissibile a condizione che ricorrano congiuntamente i requisiti della identità di situazioni sostanziali e processuali, che le domande siano identiche nell'oggetto e che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto e della identità di censure;

- Nel caso di specie, in disparte la connessione soggettiva, non ricorrano detti requisiti: la gara era unica, ma suddivisa in lotti del tutto indipendenti; le censure proposte erano dirette ad avversare l'attività della medesima stazione appaltante (il Comune di Napoli) ma in relazione a diverse prestazioni eterogenee sia dal punto di vista funzionale (per alcuni lotti la fornitura pasti deve avvenire in mono-razione; per altri lotti in multi-razione) che strutturale (per ogni lotto doveva essere indicato uno specifico centro di cottura); i motivi introdotti sono in parte diversi (risentendo della specificità di ciascun lotto di gara) ad eccezione di quello (di fatto coincidente) della validità della dichiarazione ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici e della conseguente verifica dei requisiti delle partecipanti.;

- Pertanto non è ravvisabile la "analogia dei motivi di gravame proposti", al quale integra da sempre la condizione per la proposizione del ricorso cumulativo ed anche per la riunione di distinti ricorsi, né potrebbe affermarsi che nel caso di specie le questioni dedotte siano "riconducibili nell'ambito del medesimo rapporto o di un'unica sequenza procedimentale, posto che si tratta di distinti lotti, cui avevano partecipato ditte diverse, aggiudicabili separatamente.

L'appellante contestava la sentenza del TAR, deducendone l'erroneità in relazione alla dichiarata inammissibilità del ricorso e, in ragione di ciò, riproponendo i motivi di ricorso già prospettati in primo grado.

Con l'appello in esame si chiedeva l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituiva il Comune appellato chiedendo il rigetto dell'appello e riproponendo le eccezioni non esaminate e/o dichiarate assorbite dal TAR ai sensi di cui all'art. 101, comma 2, c.p.a.

Si costituiva la parte controinteressata in appello chiedendo il rigetto dell'appello e proponendo appello incidentale con il quale faceva valere il ricorso incidentale di primo grado dichiarato improcedibile dal TAR.

All'udienza pubblica del 22 marzo 2016 la causa veniva trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

1. Il Collegio rileva in punto di fatto che l'oggetto del giudizio riguarda l'impugnazione delle determinazioni dirigenziali nn. 7, 8 e 11 del 31.12.2014, di aggiudicazione definitiva, in favore della controinteressata soc. E.P. S.p.A., dei lotti 1, 9 e 10 della gara di appalto per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per il biennio 2015-16 indetta dal Comune di Napoli.

2. Si deve nel merito condividere l'impostazione del TAR in punto di inammissibilità del ricorso.

Infatti, in generale, come chiarito anche di recente da questo Consiglio (cfr., di recente, Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 449), nell'ipotesi in cui siano impuginate le diverse aggiudicazioni di distinti lotti di una procedura selettiva originata da un unico bando, l'ammissibilità del ricorso cumulativo resta subordinata all'articolazione, nel gravame, di censure idonee ad inficiare segmenti procedurali comuni (ad esempio il bando, il disciplinare di gara, la composizione della commissione giudicatrice, la determinazione di criteri di valutazione delle offerte tecniche ecc.) alle differenti e successive fasi di scelta delle imprese affidatarie dei diversi lotti e, quindi, a caducare le pertinenti aggiudicazioni; in questa situazione, infatti, si verifica una identità di causa

petendi e una articolazione del petitum che, tuttavia, risulta giustificata dalla riferibilità delle diverse domande di annullamento alle medesime ragioni fondanti la pretesa demolitoria, che, a sua, volta ne legittima la trattazione congiunta.

Infatti, l'azione impugnatoria, per come definita e disciplinata dall'art. 40 c.p.a., esige la puntuale indicazione nel ricorso, oltre che della causa petendi (i motivi del gravame) anche del petitum e, cioè, la domanda di annullamento dell'atto impugnato (che dev'essere puntualmente identificato ai sensi dell'art. 40, comma 1, lett. b).

L'ampiezza ed il contenuto del petitum sono stati, in particolare, decifrati come circoscritti all'impugnazione di un solo provvedimento, restando, in via eccezionale, ammesso il gravame di più atti, con un solo ricorso, solo quando tra di essi sia ravvisabile "una connessione procedimentale o funzionale (da accertarsi in modo rigoroso onde evitare la confusione di controversie con conseguente aggravio dei tempi del processo, ovvero l'abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato), tale da giustificare la proposizione di un ricorso cumulativo" (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2015, n. 5; ma si vedano, in termini, anche Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4277; Sez. V, 27 gennaio 2014, n. 398; Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537).

In altri termini, la regola generale dell'impugnabilità con il ricorso di un solo provvedimento può essere derogata nelle sole ipotesi in cui la cognizione, nel medesimo giudizio, della legittimità di più provvedimenti sia imposta dall'esigenza di concentrare in un'unica deliberazione l'apprezzamento della correttezza dell'azione amministrativa oggetto del gravame, quando questa viene censurata nella sua complessità funzionale e, soprattutto, per profili che ne inficiano in radice la regolarità e che interessano trasversalmente le diverse, ma connesse, sequenze di atti.

E', perciò, necessario, ai fini dell'ammissibilità del ricorso cumulativo avverso distinti provvedimenti, che gli stessi siano riferibili al medesimo procedimento amministrativo, seppur inteso nella sua più ampia latitudine semantica, e che con il gravame vengano dedotti vizi che colpiscano, nelle medesima misura, i diversi atti impugnati, di guisa che la cognizione delle censure dedotte a fondamento del ricorso interessi allo stesso modo il complesso dell'attività provvedimentale contestata dal ricorrente, e che non residui, quindi, alcun margine di differenza nell'apprezzamento della legittimità dei singoli provvedimenti congiuntamente gravati.

3. Così definite le coordinate alla cui stregua deve essere giudicata l'ammissibilità del ricorso in questione, si deve osservare che, nelle ipotesi (quale quella in esame) in cui siano impugnate le diverse aggiudicazioni di distinti lotti di una procedura selettiva originata da un unico bando, l'ammissibilità del ricorso cumulativo resta subordinata all'articolazione, nel gravame, di censure idonee ad inficiare segmenti procedurali comuni (ad esempio il bando, il disciplinare di gara, la composizione della commissione giudicatrice, la determinazione di criteri di valutazione delle offerte tecniche ecc.) alle differenti e successive fasi di scelta delle imprese affidatarie dei diversi lotti e, quindi, a caducare le pertinenti aggiudicazioni.

In questa situazione, infatti, si verifica una identità di causa petendi e una articolazione del petitum che, tuttavia, risulta giustificata dalla riferibilità delle diverse domande di annullamento alle medesime ragioni fondanti la pretesa demolitoria, che, a sua, volta ne legittima la trattazione congiunta.

Nella fattispecie in questione, gli estremi della situazione che eccezionalmente permette di ammettere il ricorso cumulativo di diverse aggiudicazioni di più lotti non appaiono ravvisabili.

A ben vedere, infatti, a sostegno del ricorso originario sono stati dedotti vizi che, lungi dall'afferire a fasi procedurali comuni, si riferiscono, al contrario, proprio ai distinti segmenti procedurali di scelta delle imprese aggiudicatarie, siccome pertinenti proprio alla validità dell'ammissione alla gara di queste ultime.

Le censure dedotte a fondamento del ricorso di primo grado si risolvono, infatti, nella contestazione del possesso, da parte delle imprese selezionate, di taluni requisiti di partecipazione e di qualificazione o nella remuneratività delle offerte economiche dalle stesse presentate.

Salvo per il motivo dedotto quale primo motivo del ricorso introduttivo di primo grado e riproposto in appello, afferente la fase di ammissione alla gara di un concorrente, sul quale si potrebbe anche nutrire alcuni dubbi applicativi dei principi surriferiti, stante l'ineliminabile elasticità dei concetti

utilizzati dal giurista, ed sul quale quindi, si dirà a parte, per il resto il ricorso di primo grado (e quindi i pedissequi motivi d'appello) è sicuramente da ritenersi inammissibile perché prospetta due distinte azioni impugnatorie proposte con il medesimo atto introduttivo, essendo sostanzialmente diversi sia le causae petendi, sia i petita riferibili al gravame di ciascuna aggiudicazione, sicché, in coerenza con i parametri di proponibilità del ricorso cumulativo sopra precisati, si ribadisce, lo stesso deve essere giudicato inammissibile.

Infatti, vengono censurati:

- L'esaurimento della capacità del centro di cottura di via Terracina, peraltro per il solo lotto 9 (seconda e quinta censura dell'appello principale), dunque rappresentando un motivo non comune agli altri lotti e, per tale motivo inammissibile;

- Le valutazioni compiute dalla Commissione di gara in sede di valutazione delle offerte e di attribuzione dei relativi punteggi (terza censura dell'appello principale); peraltro, si tratta di valutazioni diverse a seconda dei lotti (con conseguente inammissibilità del relativo ricorso cumulativo) e rispetto alle quali, peraltro, è del tutto insussistente la manifesta illogicità o arbitrarietà che, sola, può consentire il sindacato giurisdizionale di valutazioni che costituiscono espressione di discrezionalità della Stazione appaltante.

Infine, la violazione della clausola di stand still, di cui all'art. 11, commi 9 e 10, del codice dei contratti, (quarta censura dell'appello principale) non è comunque in grado di incidere sulla legittimità dei provvedimenti di aggiudicazione (cfr., di recente, Consiglio di Stato, Sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565).

4. Tornando alla questione dell'inammissibilità del ricorso di primo grado che, dunque merita accoglimento, non vale, da ultimo, obiettare che il simultaneus processus risulta, nella fattispecie, giustificato dall'esistenza di vincoli di connessione (soggettiva ed oggettiva) che autorizzano la trattazione congiunta delle diverse azioni impugnatorie proposte con il medesimo atto introduttivo del giudizio.

Il codice del processo amministrativo, infatti, affida al giudice (art. 70) la valutazione di opportunità (nell'esercizio di una potestà il cui carattere discrezionale è rivelato dall'uso del verbo potere all'indicativo presente) della riunione di ricorsi connessi, ma non riserva in alcun modo al ricorrente la scelta originaria di imporre al giudice di conoscere congiuntamente diverse azioni impugnatorie.

Al contrario, la previsione sopra richiamata postula logicamente proprio che siano stati correttamente proposti diversi ricorsi tra loro connessi, riservando al (solo) Collegio la scelta di disporre la trattazione congiunta (avuto riguardo allo stato dei medesimi ed alle effettive esigenze di economia processuale soddisfatte mediante il simultaneus processus), e non può in alcun modo intendersi come attributiva alla parte ricorrente, anziché al Giudice, della decisione di "riunire" diverse azioni impugnatorie in un medesimo ricorso (ciò che si risolverebbe in una inammissibile espropriazione della potestà che il codice processuale ha, invece, inteso riservare proprio al Collegio).

5. Anche volendo qualificare come ammissibile il primo motivo del ricorso introduttivo di primo grado, in quanto afferente alla fase dell'ammissione dell'appellante alla gara (peraltro per tre gare diverse) e relativo ad un unico contestato motivo (riproposto in appello), se ne deve ravvisare comunque l'infondatezza.

Secondo l'appellante, l'amministratore unico della società aggiudicataria, nell'autocertificare l'insussistenza delle condizioni ostative di cui all'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 163-2006, avrebbe falsamente dichiarato "che né Lui, né l'azienda da Lui rappresentata, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che non hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

Infatti, sempre per l'appellante, nell'ottobre del 2004, la soc. E.P. spa sarebbe stata destinataria di un provvedimento di risoluzione contrattuale adottato dal Comune di Roma dopo l'accertamento di una serie di inadempienze al contratto di fornitura del servizio di ristorazione scolastica nell'VIII Municipio; nei confronti dell'aggiudicataria, inoltre, sarebbe stato accertato un ulteriore grave

inadempimento contrattuale ad opera del comune di San Giuliano Milanese, per la mancata accettazione di una proroga contrattuale prevista dal capitolato speciale d'appalto. Tali deduzioni non corrispondono alla causa di esclusione invocata, poiché, in primo luogo, in relazione alla vicenda del 2004, lo stesso Comune di Roma, nei successivi procedimenti di gara, non ha ritenuto di dover qualificare il precedente del 2004 come errore professionale, ammettendo la E.P. spa alla relativa partecipazione, come dimostrato documentalmente in giudizio (cfr. nota 9.2.2015 ditta E.P. s.p.a. che è l'allegato I della nota prot. n.140593 della Municipalità I). E', dunque, evidente che, se la stessa Amministrazione che aveva disposto la risoluzione in danno dell'impresa ha successivamente ammesso la medesima ad un'ulteriore gara, viene ex post implicitamente affermata l'irrelevanza dell'episodio di inadempimento negoziale, peraltro molto risalente (2004, come detto) sul giudizio di affidabilità dell'impresa medesima. In secondo luogo, in relazione alla vicenda del Comune di San Giuliano Milanese, come documentalmente comprovato in giudizio (cfr. nota 9.2.2015 E.P. spa), l'affidataria del contratto era una ATI composta anche dalla odierna controinteressata quale impresa mandante ed avente come capogruppo altra società. Allo scadere del contratto, il Comune di San Giuliano Milanese, ha esercitato una facoltà di proroga del rapporto, ottenendo il rifiuto della mandataria, poi fallita; tale rifiuto, tuttavia, non è stato condiviso dall'allora mandante E.P. spa, avendo la stessa manifestato al Comune di San Giuliano Milanese la disponibilità alla prosecuzione del rapporto, qualificando come errore di valutazione la decisione autonomamente assunta dalla mandataria. 6. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto, in quanto infondato, restando assorbite, per ragioni di evidente economia processuale, le eccezioni riproposte dal Comune ex art. 101 c.p.a. e l'appello incidentale, che deve essere dichiarato pertanto improcedibile. Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe indicato, lo respinge. Dichiara improcedibile l'appello incidentale. Condanna parte appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 5000,00 ciascuno, oltre accessori di legge, in favore del Comune e della società controinteressata. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:  
Francesco Caringella, Presidente  
Sandro Aureli, Consigliere  
Claudio Contessa, Consigliere  
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore  
Fabio Franconiero, Consigliere



**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10773 del 2015, proposto da:  
Econord s.p.a., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandataria del  
Costituendo RTI, RTI Gesenu s.p.a. - Gestione Servizi Nettezza Urbana, RTI Campidano Ambiente  
s.r.l., RTI Marazzato Soluzioni Ambientali s.r.l., rappresentati e difesi dagli avv. Angelo Clarizia e  
Antonello Rossi, con domicilio eletto presso l'avv. Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde,  
2;

contro

Comune di Cagliari, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Genziana  
Farci, con domicilio eletto presso l'avv. Nicola Giancaspro in Roma, viale Giulio Cesare, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Sardegna, Sez. I, n. 01149/2015, resa tra le parti, concernente  
l'esclusione dalla gara per l'affidamento dei servizi integrati di igiene urbana.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cagliari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi  
per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Antonello Rossi e Nicola Giancaspro, su delega dell'avv.  
Genziana Farci;

**FATTO**

Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, Sez. I, con la sentenza 3 dicembre 2015, n.  
1149, ha respinto il ricorso proposto dall'attuale appellante Econord s.p.a. per l'annullamento della  
nota pervenuta via P.E.C. in data 19 giugno 2015, con cui il Dirigente del Servizio provveditorato  
ed economato del Comune di Cagliari ha comunicato l'esclusione dalla gara indetta per  
l'affidamento dei "Servizi integrati di igiene urbana della città di Cagliari" e della determinazione n.  
5914 in pari data adottata dal medesimo Dirigente, nei limiti di interesse, con la quale è stata  
disposta l'esclusione della ricorrente nonché l'escussione della cauzione provvisoria di euro

4.234.882.

La sentenza ha rilevato che:

- La stazione appaltante in sede di nuova esclusione conseguente alla sentenza d'appello di questo Consiglio di Stato n. 2715-2015 ha riscontrato, a seguito di verifica dei requisiti, anche ulteriori motivi di esclusione del RTI Econord (in particolare, concernenti la mandante Genesu e l'ausiliaria di Spurgo Service, ovvero la Lombardi Ecologia s.r.l.), che avrebbero determinato, a prescindere cioè dalla suddetta questione inerente l'omessa presentazione della dichiarazione da parte dei due Responsabili tecnici, l'esclusione dell'RTI Econord;
- Per quanto concerne l'esclusione dell'RTI Econord, il provvedimento di esclusione era sostanzialmente necessitato a seguito dell'accoglimento, da parte del giudice d'appello, del ricorso incidentale proposto da De Vizia (sentenza del Consiglio di Stato n. 2715 del 2015; la sentenza di primo grado, invece, aveva respinto il ricorso incidentale De Vizia ed accolto il ricorso principale, con l'effetto di riammettere Econord alla gara);
- L'avvenuto riscontro di ulteriori motivi di esclusione, per effetto delle verifiche nel frattempo effettuate, e che avrebbero determinato secondo la stazione appaltante comunque l'espulsione dalla gara dell'RTI ricorrente, costituiscono elementi che arricchiscono il quadro della complessiva ed articolata situazione delle società costituenti il Raggruppamento (ed in particolare dell'ausiliaria Lombardi ecologia);
- Tali nuovi fattori potrebbero assumere rilevanza solo se si dovesse ritenere fondata l'impugnazione avverso il primo motivo di esclusione, qualificabile come adeguamento vincolato al giudicato;
- L'incameramento della cauzione costituisce, secondo la specifica normativa, corollario e conseguenza diretta della disposta esclusione dalla gara, legittimamente e coattivamente disposta, del Raggruppamento Econord-Genesu ex artt. 48 e 75, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006;
- In conclusione, nella fattispecie in esame, alla vincolata esclusione, disposta a seguito di sentenza d'appello, consegue, per legge, quale effetto diretto ed automatico, e quindi non sindacabile, l'incameramento della cauzione, a prescindere dalla valutazione della colpevolezza o buona fede, non attribuendo la norma (art. 75) spazi e margini discrezionali di valutazione da parte della stazione appaltante e da parte del giudice, né sotto il profilo soggettivo, né quantitativo.

L'appellante Econord s.p.a. contesta la sentenza, deducendo che:

- La stazione appaltante non ha chiarito se l'escussione della cauzione consegua all'esclusione dell'RTI Econord disposta dal Consiglio di Stato oppure agli altri motivi che avrebbero dato luogo autonomamente ed a prescindere da quelli successivamente ravvisati dal Consiglio di Stato, all'esclusione del concorrente, sussistendo un grave difetto di motivazione;
- La decisione sarebbe comunque illegittima non sussistendo il presupposto dell'art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006 per l'escussione della cauzione;
- In specifico, l'RTI Econord non ha mai rivestito la posizione di affidataria, viceversa assunta solo ed esclusivamente dalla De Vizia Transfer s.p.a.;
- Nel caso di specie il RTI Econord è stato escluso dalla gara non per mancato possesso di requisiti, ma per l'omissione di una dichiarazione;

- Deve essere escluso ogni effetto di stretto automatismo, una volta disposta l'esclusione dalla gara, per l'incameramento della cauzione provvisoria prestata;

- Gli ulteriori motivi di esclusione sono insussistenti.

Con l'appello si chiede l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituito il Comune appellato chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 7 aprile 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

1. Il Collegio rileva in punto di fatto che il giudizio concerne una procedura di gara per l'affidamento dei servizi integrati di igiene urbana per la durata di sette anni, con importo a base di gara di euro 210.899.981,36 (oltre ad euro 844.150 per costi di sicurezza da rischi interferenziali).

Il raggruppamento tra la Econord s.p.a., quale mandataria, e le mandanti Gesenu s.p.a. (Gestione Servizi Nettezza Urbana), Campidano Ambiente s.r.l. e Spurgo Service s.r.l. (di seguito, RTI Econord) risultava primo in graduatoria con punti 98,37. Si classificava secondo il RTI avente come mandataria De Vizia Transfer s.p.a. e, quali mandanti, la C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. e San Germano s.r.l. con punti 91,49.

Il RTI Econord, di seguito escluso dalla gara di cui sopra, aveva proposto ricorso al Tribunale amministrativo della Sardegna avverso l'esclusione e, in quella sede, il RTI De Vizia aveva proposto un ricorso incidentale, con il quale deduceva che il RTI Econord sarebbe dovuto essere escluso dalla gara anche per ragioni ulteriori rispetto a quelle poste a base dell'atto impugnato di esclusione.

Questa Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza 3 giugno 2015, n. 2715, ha accolto l'appello principale interposto dall'RTI De Vizia e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, ha accolto detto ricorso incidentale di primo grado, stabilendo che sussisteva, in capo al concorrente RTI Econord, un obbligo dichiarativo riferibile alla figura del responsabile tecnico del settore indicato, a prescindere dalla circostanza che il soggetto a tal titolo qualificato comparisse nelle visure camerali, e che egli fosse titolare, o meno, anche di particolari poteri rappresentativi.

2. In primo luogo va chiarito, a ribadire quanto già bene ravvisato dal primo giudice nella sentenza impugnata, che a seguito della predetta sentenza di questo Consiglio di Stato, V, 3 giugno 2015, n. 2715, il provvedimento di esclusione dell'RTI Econord è necessitato e risponde ad un ben preciso vincolo discendente dal giudicato suddetto.

Pertanto, una volta escluso l'RTI Econord dalla gara, l'incameramento della cauzione provvisoria diviene una conseguenza automatica della esclusione e, come tale, è non suscettibile di valutazione discrezionale con riguardo al caso concreto e, in particolare, alle ragioni meramente formali o sostanziali che l'amministrazione abbia posto a giustificazione dell'esclusione medesima (cfr., da ultimo, Cons. Stato, III, 19 febbraio 2016, n. 694; III, 26 giugno 2015, n. 3225).

3. Infatti, si deve rilevare che per consolidata giurisprudenza, nelle gare pubbliche di appalto l'incameramento della cauzione è una misura a carattere latamente sanzionatorio, che costituisce conseguenza ex lege dell'esclusione per riscontrato difetto dei requisiti da dichiarare ai sensi dell'art. 38 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, senza che sia necessaria la prova di colpa nella formazione delle dichiarazioni presentate (cfr. Cons. Stato, IV, 19 novembre 2015, n. 5280; 9

giugno 2015, n. 2829; V, 10 settembre 2012, n. 4778).

Inoltre Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34 ha ritenuto che la presenza di dichiarazioni non corrispondenti al vero altera di per sé la gara, quantomeno per aggravio di lavoro della stazione appaltante, chiamata a vagliare anche concorrenti inidonei o offerte prive di tutte le qualità promesse, con relative questioni derivate (come si è verificato nel caso di specie, con esigenze di ricalcolo e nuovo aggiudicatario).

L'escussione costituisce dunque conseguenza automatica della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, considerato anche che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, impegnano ad osservare le regole della procedura delle quali hanno piena contezza.

Si tratta di una misura autonoma e ulteriore rispetto all'esclusione dalla gara ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza, che si riferisce, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dall'Amministrazione, a un distinto per quanto connesso rapporto giuridico fra quest'ultima e l'imprenditore (tanto che si ammette l'impugnabilità della sola escussione se ritenuta realmente ed esclusivamente lesiva dell'interesse dell'impresa).

In definitiva, l'incameramento della cauzione provvisoria è una misura di carattere strettamente patrimoniale, senza un carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio: non ha infatti né carattere reintegrativo o ripristinatorio di un ordine violato, né di punizione per un illecito amministrativo previsto a tutela di un interesse generale). Essa ha il suo titolo e la sua causa nella violazione di regole e doveri contrattuali già espressamente accettati negli stretti confronti dell'amministrazione appaltante. La lata funzione sanzionatoria che sopra si è detta, dunque, inerisce al solo rapporto che si è costituito inter partes con l'amministrazione appaltante per effetto della domanda di partecipazione alla gara: si riferisce perciò all'interesse pubblico della stazione appaltante e non all'interesse generale.

Peraltro, come ha ancora ritenuto la giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, III, 29 luglio 2015, n. 3749), ai sensi dell'art. 75, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006, nelle gare pubbliche l'incameramento della cauzione provvisoria va disposto in ogni caso in cui la mancata sottoscrizione del contratto sia dipesa da circostanze imputabili all'affidatario. Infatti, la cauzione provvisoria ha la funzione di garantire la complessiva solidità e serietà dell'offerta: del resto, la consolidata giurisprudenza ritiene l'art. 75, comma 6, una norma di chiusura dell'ordinamento (cfr. Cons. Stato, IV, 22 dicembre 2014, n. 6302).

Inoltre l'incameramento della cauzione provvisoria non è condizionato dall'intervenuta aggiudicazione provvisoria dell'appalto, perché essa, in ragione dell'essenziale funzione di garanzia della serietà e attendibilità dell'offerta e del patto d'integrità, copre tutte le ipotesi in cui sono addebitati al concorrente la mancata sottoscrizione del contratto e il mancato perfezionamento dei suoi presupposti procedurali, quali l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva.

4. Nel caso in esame, il mancato perfezionamento dei presupposti procedurali della sottoscrizione del contratto non può che essere addebitato al RTI Econord: il quale peraltro era, in buona sostanza, l'aggiudicatario provvisorio della gara in esecuzione della sentenza del Tribunale amministrativo della Sardegna 18 dicembre 2014, n. 1091.

La sentenza di questa V Sezione 3 giugno 2015, n. 2715 ha sancito che il predetto RTI Econord andava escluso per omessa dichiarazione di un requisito ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

Pertanto l'eventualità che l'aggiudicazione della gara avvenisse in favore del RTI Econord è all'evidenza venuta meno per un'omissione al medesimo imputabile: un fatto questo che ha

precluso la stipula del contratto.

Peraltro, la già ricordata decisione Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34 ha ritenuto che ai sensi dell'art. 75 si deve far riferimento anche ai concorrenti e non solo all'aggiudicatario; e non solo ai requisiti speciali dell'art. 48, ma anche ai requisiti generali dell'art. 38.

Non può pertanto dubitarsi che l'escussione della cauzione, nella fattispecie, resti conseguenza automatica, immediata e diretta dell'esclusione del concorrente RTI Econord, già aggiudicatario provvisorio della gara, imposta per omessa dichiarazione.

L'Amministrazione, prendendo doverosamente atto dell'esclusione, ha consequenzialmente disposto l'incameramento della cauzione. Non rilevava che il provvedimento di escussione contenesse una specifica motivazione sul punto, che si vorrebbe dequotare a mero vizio di forma, inidoneo ad incidere sul contenuto dispositivo ex art. 21-octies, comma 2, l. n. 241 del 1990.

Che l'incameramento della cauzione sia conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, perciò insuscettibile di valutazione discrezionale della stazione appaltante anche riguardo all'apprezzamento dell'eventuale buona fede (peraltro, nella specie, tutta da dimostrare) è stato ripetutamente affermato dalla giurisprudenza e non può rimettersi ulteriormente in discussione.

Inoltre, anche l'omessa dichiarazione costituisce un fatto imputabile al concorrente, di suo idoneo ad impedire la stipula del contratto. Il che vale tanto più se la mancanza, come nella specie, non era emendabile con un'integrazione postuma, come ritenuto dal Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 2715 del 2015.

5. Infine, la stazione appaltante non sanziona il concorrente in violazione del principio di proporzionalità, come assume l'appellante in memoria di replica. Il rapporto di proporzionalità nel caso concreto non è qui violato, visto il cospicuo valore dell'appalto e il fatto che la cauzione, oggetto dell'incameramento, è soltanto una frazione di quel valore ed è all'evidenza di misura congrua rispetto ad esso.

6. Le ulteriori censure contenute nell'atto d'appello, relative agli ulteriori motivi di esclusione, rilevati per effetto delle verifiche nel frattempo effettuate, e che avrebbero determinato secondo la stazione appaltante comunque l'espulsione dalla gara dell'RTI appellante, sono da assorbire, essendo ininfluenti ai fini del giudizio sulla legittimità della disposta escussione.

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello va respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe indicato, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00) oltre accessori di legge, in favore del Comune di Cagliari appellato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/06/2016



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 303 del 2016, proposto da Comand s.r.l. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaello Capunzo, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, 2;

**contro**

Comune di Dolegna del Collio in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Armenante, con domicilio eletto presso l'avvocato Annalisa Di Giovanni in Roma, Via di S. Basilio 61;

**nei confronti di**

Di Giusto Strade s.r.l., Cassa edile di mutualità ed assistenza della provincia di Udine;

**per la riforma**

della sentenza del T.A.R. Friuli Venezia Giulia n. 442/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento di lavori di manutenzione strade 2014 – risarcimento danni;

VISTA la gara per l'affidamento di lavori di manutenzione stradale indetta dal Comune di Dolegna del Collio, l'aggiudicazione provvisoria alla Comand s.r.l. e la successiva determinazione n. 134 del 12 maggio 2015 di revoca con l'incameramento della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006 e l'aggiudicazione definitiva alla Di Giusto Strade s.r.l.;

VISTO il ricorso della Comand s.r.l. dinanzi al Tribunale amministrativo del Friuli-Venezia Giulia corredato da motivi aggiunti impugnava altresì il successivo contratto di appalto stipulato dalla stazione appaltante con il quale la ricorrente chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e del successivo contratto per l'effetto l'assegnazione a proprio favore dell'appalto in questione, ovvero, in subordine, il risarcimento per equivalente del danno patito;

RILEVATO che in diritto la ricorrente deduceva quale unico motivo di impugnazione la *"Violazione di legge, e in particolare, dell'art. 38, comma 1, lett. i), d. lgs. 163 del 2006, dell'art. 31, comma 8, d. l. 69 del 2013 e dell'art. 7, comma 3, D.M. del Ministero del Lavoro 24 ottobre 2007"* con la quale sosteneva che il provvedimento espulsivo e tutti gli atti conseguenti erano illegittimi, perché l'irregolarità contributiva su cui esso si fondava, non era stata definitivamente accertata, non avendo l'Ente previdenziale provveduto a invitare l'impresa alla regolarizzazione prima di emettere il d.u.r.c. negativo, situazione comunque prontamente sanata;

VISTA la sentenza n. 442 pubblicata il 13 ottobre 2015 con la quale il Tribunale amministrativo ha confermato l'orientamento già espresso nella propria sentenza n. 64 del 2015, per cui la regolarizzazione postuma delle irregolarità contributive vale esclusivamente nei rapporti tra impresa e ente previdenziale, per il riconoscimento di benefici o sgravi contributivi, o ancora per evitare le sanzioni previste per l'omesso versamento; ma ciò non poteva avere certamente valore ai fini della partecipazione alle gare, caratterizzate da esigenze di celerità da un lato, e la necessità di garantire la *par condicio* tra i partecipanti alla procedura medesima dall'altro lato, elementi che non possono che condurre a ritenere irrilevante la regolarizzazione postuma di irregolarità contributive verificatesi in pendenza della gara, senza alcuna rilevanza della buona fede dell'impresa e la successiva sanatoria del debito contributivo, come nel caso di specie, rilevanti solo riguardo ai profili sanzionatori;

VISTO l'appello in Consiglio di Stato notificato il 5 gennaio 2016 dalla Comand s.r.l., con il quale la stessa sosteneva che l'irregolarità contributiva non era stata definitivamente accertata, era stata

preceduta da preavviso di regolarizzazione e quindi seguita dall'emissione del d.u.r.c. regolare, il tutto in buona fede; tanto è, che ampia giurisprudenza amministrativa ritiene illegittima l'esclusione della procedura di gara nel caso in cui questa venga disposta prima dello spirare del termine di 15 giorni entro cui gli enti previdenziali chiamati al rilascio del d.u.r.c. devono attivare il procedimento di regolarizzazione senza poi prescindere dallo scostamento non grave da tra quanto dovuto e quanto versato:

VISTA la costituzione in giudizio del Comune di Dolegna del Collio, il quale ha sostenuto l'inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione del d.u.r.c. e ne ha chiesto comunque il rigetto perché infondato;

CONSIDERATO che la Sezione non può che recepire quanto espresso dall'Adunanza Plenaria in molteplici pronunce del tutto recenti, secondo cui nelle gare d'appalto, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, d.-l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013 n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa deve essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, con l'irrilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, tenendo presente che l'istituto dell'invito alla regolarizzazione - il c.d. preavviso di documento unico di regolarità contributiva negativo - già previsto dall'art. 7, comma 3, d.m. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, d.-l. 21 giugno 2013, n. 69 può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al d.u.r.c. chiesto dall'impresa e non anche al d.u.r.c. richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto (Cons. Stato, Ad. Plen., 29 febbraio 2016 nn. 5 e 6; id., 25 maggio 2016 n. 10);

RITENUTO equo compensare le spese di giudizio tra le parti, viste le oscillazioni giurisprudenziali all'epoca del ricorso introduttivo e richiamate dal primo giudice e l'esiguità del debito contributivo poi assolto - €. 791,00;

#### **P.Q.M.**

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 21/06/2016

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna  
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 190 del 2016, proposto da:

CICLAT TRASPORTI AMBIENTE SOC COOP, rappresentata e difesa dagli avv. Elena Zanni,  
Antonello Rossi, con domicilio eletto presso Antonello Rossi in Cagliari, Via Ada Negri, N. 32;  
contro

COMUNE DI ALGHERO, rappresentato e difeso dall'avv. Vanessa Porqueddu, con domicilio eletto  
presso avv. Luisa Armandi in Cagliari, Via Cugia N.14;

nei confronti di

AMBIENTE 2.0 SCARL, Consorzio Stabile (AIMERI AMBIENTE Srl, consorziata; PIANETA AMBIENTE  
Coop Spa mandante), rappresentato e difeso dagli avv. Silvio Pinna, Fabio Elefante, con domicilio  
eletto presso Silvio Pinna in Cagliari, Via San Lucifero N.65;

per l'annullamento

- della determinazione n. 119 del 2.2.2016, con la quale il Dirigente del Settore IV - Pianificazione, Tutela e Governo del Territorio del Comune di Alghero ha aggiudicato definitivamente ad Ambiente 2.0. S.c.a.r.l. il "Servizio di Raccolta Integrata dei Rifiuti Urbani e Servizi Connessi nel Comune di Alghero" ;
- della determinazione n. 926 del 27.10.2015, adottata dal medesimo Dirigente, concernente l'aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata ;
- dei verbali di gara in seduta pubblica n. 1 del 19.1.2015, n. 2 del 9.2.2015, n. 3 del 18.2.2015 e n. 4 del 30.9.2015 , nella parte in cui hanno disposto l'ammissione alla gara, ovvero non escluso, Ambiente 2.0. S.c.a.r.l.;
- del medesimo verbale n. 4 del 30.9.2015, nella parte in cui dispone l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore della medesima Ambiente 2.0. S.c.a.r.l.;
- dei verbali di seduta riservata n. 13 del 29.5.2015, n.14 del 5.6.2015 e n. 15 del 17.6.2015 , nella parte in cui contribuiscono all'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata;
- della nota del R.u.p. prot. n. 0002619 del 18.1.2016 , con la quale "si è disposta l'archiviazione del procedimento di annullamento in autotutela nonché l'esercizio del <soccorso istruttorio> ex art. 38, comma 2-bis, del Codice dei Contratti";
- del verbale di audizione del 22.1.2016 ;
- della relazione istruttoria del Rup in data 1.2.2016 , concernente proposta di aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs. n. 163/2006, dell'appalto per il servizio di raccolta integrata dei rifiuti urbani e servizi connessi nel Comune di Alghero ad Ambiente 2.0. S.c.a.r.l.;
- del disciplinare di gara (art.11 - paragrafo A1) ove interpretato nel senso di non richiedere ai

concorrenti di indicare i <precedenti inadempimenti contrattuali>, ovvero di lasciare ai medesimi concorrenti la valutazione, ai fini dichiarativi, sulla "rilevanza o meno dell'errore professionale e/o della grave negligenza";

- di ogni atto presupposto, conseguente o, comunque, collegato, con riserva di motivi aggiunti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Alghero e del Consorzio aggiudicatario Ambiente 2.0 Scarl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2016 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Alghero ha indetto una gara per l'affidamento del servizio igiene urbana (per anni 7; base d'asta 58.240.847 globale; annuale 8.320.121) applicando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (70 punti per l'offerta tecnica; 30 per quella economica).

L'attuale gestore del servizio, in proroga, è Aimeri Ambiente, odierna controinteressata (Consorziata di Ambiente 2.0).

Hanno partecipato 9 imprese; sono state valutate 8 proposte tecniche.

A seguito di 6 esclusioni, compiute in applicazione della soglia minima di sbarramento (45 su 70), le imprese in gara sono rimaste in due:

-CICLAT che ha ottenuto una valutazione complessiva finale di 88,57;

-AMBIENTE 2.0 con 94,95.

CICLAT ha impugnato l'aggiudicazione ad Ambiente 2.0, con ricorso notificato e depositato nel marzo 2016, formulando le seguenti censure:

1) AIMERI AMBIENTE, Consorziata di Ambiente 2.0 ed esecutrice del servizio al 91%, <non ha dichiarato> molteplici risoluzioni contrattuali (12) intervenute in più Amministrazioni per "gravi errori professionali" compiuti in servizi analoghi – sussistenza dell'obbligo di dichiarazione esplicita già in fase di partecipazione (domanda) - falsa dichiarazione in ordine alla insussistenza di risoluzioni /gravi errori contrattuali – omessa dichiarazione di sussistenza di gravi errori professionali – avvenute risoluzioni per gravi inadempimenti dell'appaltatore - obbligo di esclusione di AIMERI ex art. 38 comma 1 lett. f) del Codice 163/2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1 lett. f), del Codice 163/2006 nonché dell'art. 11, paragrafo A1 del Disciplinare (pag. 6) – violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del DPR 445/2000 – conseguimento, con la dichiarazione, di un beneficio non dovuto - dichiarazione negativa compiuta in ordine a risoluzioni di contratti pubblici intervenute e non dichiarate - eccesso di potere per difetto di istruttoria, di motivazione, falsità del presupposto, travisamento dei fatti e sviamento;

2)anche qualora fossero state dichiarate e, quindi, anche se la stazione appaltante le avesse valutate (come in effetti è poi avvenuto, a seguito dell'esercizio del soccorso), le risoluzioni erano un chiaro indice di "inaffidabilità" dell'operatore, in quanto denotavano plurimi inadempimenti e servizi non resi come da contratto, con accumulo di rilevanti debiti, ritardi nei pagamenti dei dipendenti, omessa attivazione del servizio di raccolta differenziata (Grottaferrata), con, anche, 2

annotazioni al Casellario Anac (per Monopoli e Buccinasco) – gravissimi inadempimenti contrattuali confluiti nelle risoluzioni in danno o consensuali – reiterato inadeguato contegno professionale - errata "minimizzazione" dell'incidenza nella valutazione compiuta dal Comune di Alghero – oggettiva insussistenza dell' <elemento fiduciario> a seguito dei giudizi formulati da altre Amministrazioni per gravi negligenze - risoluzioni in danno avvenute in 9 casi su 12 – sufficienza delle valutazioni negative compiute dalla altre Amministrazioni ed attestate formalmente – comunque Aimeri Ambiente non ha il requisito professionale idoneo, come richiesto dall'art. 38 lett. f) Codice 163/2006;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1 lett. i), del Codice 163/2006 - eccesso di potere per difetto di istruttoria, di motivazione, falsità del presupposto, travisamento dei fatti e sviamento – DURC negativo al 1.7.2015 (per l'importo di 1.162.422), come risulta dalla sentenza del Tar Piemonte n. 52 del 20.1.2016 in relazione ad una controversia che coinvolgeva la stessa Aimeri;

4) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 e 46 del Codice 163/2006 - eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza – impossibilità di utilizzo del nuovo "potere istruttorio", a pagamento, da parte del Comune essendovi una dichiarazione "falsa/mendace", non configurabile come una semplice "omessa" dichiarazione, e come tale non emendabile - difetto di istruttoria, di motivazione, falsità del presupposto, travisamento dei fatti.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Alghero e l'aggiudicataria Ambiente 2.0, sostenendo la piena legittimità dell'articolato procedimento che si è svolto e che si è concluso con l'aggiudicazione ad Ambiente 2.0, dopo l'espletamento della fase di soccorso e di istruttoria con esame approfondito dei documenti che sono stati prodotti in ordine, in particolare, alle 12 risoluzioni intervenute in altri contratti pubblici.

Alla Camera di consiglio del 23.3.2016 la domanda cautelare è stata riunita al merito, con l'accordo delle parti.

Dopo ulteriori scambi di corpose e plurime memorie all'udienza del 25 maggio 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Il Collegio ritiene di dover affrontare l'intricata questione che si è posta, anche a causa della tentennante e non univoca interpretazione offerta sia dalla giurisprudenza che dell'ANAC (formatasi, in particolare, in ordine alla definizione dei <margini di ammissibilità> del "nuovo" potere/dovere di soccorso, post DL 90/2014, da parte dell'Amministrazione comunale) esaminando congiuntamente i vizi 1, 2 e 4, strutturalmente collegati, in quanto attinenti a profili che si intrecciano e che svolgono, tutti e tre, in modo coordinato, ruoli congiunti e determinanti in ordine all'esito della controversia.

Il primo vizio (inerente la mancata dichiarazione di Aimeri di molteplici risoluzioni contrattuali -12- intervenute in più Amministrazioni per "errori professionali", da ritenersi non solo omessa ma anche falsa), il secondo (erronea valutazione dei precedenti professionali da parte della stazione appaltante) ed il quarto vizio (attinente l'utilizzo del nuovo "potere istruttorio", a pagamento, da parte del Comune in riferimento ad una dichiarazione "omessa/falsa/mendace") verranno quindi esaminati unitariamente.

1, 2 e 4) Occorre partire, inevitabilmente dalle norme.

Da un lato analizzando come l'obbligo di dichiarazioni di inadempimenti pregressi gravi sia stato strutturato dal legislatore; dall'altro come l'eventuale potere di soccorso possa o meno intervenire per sanare/integrare la dichiarazione compiuta (nel caso di specie del tutto negativa).

La lett. f) dell'art. 38 del Codice 163/2006 dispone l' <esclusione> (vincolante ed automatica) per coloro che "hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

E' indubbio che via sia, in ordine a tale aspetto, la sussistenza di un "obbligo dichiarativo" in capo alle imprese partecipanti in relazione alla propria capacità professionale, esplicita in altri contratti pubblici, e che deve permettere, nella sua finalità, di ritenere il soggetto "affidabile" e in grado di ottenere l'affidamento di un nuovo (ingente) contratto nonchè di svolgere adeguatamente e con indubbia capacità il corretto espletamento dei servizi aggiudicati, principali e connessi (attività oggetto del contratto, mezzi adeguati, sufficienti maestranze, trattamento dei dipendenti, puntuali pagamenti in riferimento ai servizi a proprio carico,....) .

La dichiarazione è caratterizzata da una peculiare natura: non ha parametri fissi ed oggettivi predeterminati.

I tre componenti del Consorzio Ambiente 2.0 hanno dichiarato, al punto 19 della domanda (come emerge da doc. n. 8 del Comune, pag. 4), che "l'impresa non ha commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante, né ha commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale (accertabile con qualsiasi mezzo di prova dalla stazione appaltante)".

Sussisteva un obbligo giuridico finalizzato a consentire all'Amministrazione una indagine sulla tipologia e sulla incidenza sulla moralità professionale delle "situazioni critiche" nelle quali l'appaltatore era incorso con altre Amministrazioni, in relazione all'espletamento di servizi del tutto analoghi.

Il partecipante non poteva, dunque, esimersi dal dichiarare tali importanti "criticità", cristallizzate in vere e proprie "decisioni risolutive" e di scioglimento del rapporto (ancorchè in alcuni casi non definitive, in quanto contestate) fornendo i dati e gli elementi essenziali per consentire l'indagine e la valutazione da parte del nuovo potenziale appaltante.

Dichiarazioni, quindi, necessarie al fine di esplicitare quel legittimo giudizio di rilevanza e gravità, irrinunciabile per poter affidare serenamente l'ingente appalto ad un operatore "senza macchie" e che fosse in grado effettivamente di garantire (e con valutazione ex ante) l'espletamento di un buon servizio.

Trattasi , in sostanza, di acquisizione delle comuni referenze (non astruse, ma valide comunemente anche nel settore privato), che consentano di "avviare" un nuovo rapporto con tutte le caratteristiche necessarie per qualificare l'operatore affidabile e dotato di tutte le necessarie caratteristiche di professionalità (non solo "minime" , ma di livello).

E tali elementi di professionalità non possono che emergere da una condotta "cristallina", apprezzabile tramite il riscontro di insussistenza di inadempimenti rilevanti, significativi e gravi nella condotta e nella gestione dei contratti con le altre PP.AA..

Ovviamente non tutti gli eventuali errori commessi possono integrare il riconoscimento dell'errore grave. Quelli minimali e non significativi non possono assumere rilievo escludente.

Occorre quindi valutare <chi> debba compiere la valutazione di rilevanza e di "gravità".

Non certo l'operatore economico privato che partecipa alla gara e che ha tutto l'interesse ad "oscurare" i propri precedenti negativi, e che, in quella fase, non sono "in mano" e a conoscenza dell'Amministrazione appaltante (non essendo questa parte delle varie procedure, giudizi e controversie), e quindi oggettivamente indisponibili.

Nel "silenzio" dell'aspirante, che compie la dichiarazione negativa di gravi errori professionali compiuti in contratti con altre PP.AA., il Comune appaltante non dispone di nessun dato e, conseguentemente, non può e non ha alcuno spazio e margine per poterli analizzare e valutare.



Ciò crea un indubbio stato di mancata conoscenza del "profilo" professionale dell'aspirante appaltatore, rispetto al quale si profila l'affidamento di un importantissimo servizio per la comunità, e che coinvolge tutti i cittadini residenti e non.

L'operatore economico candidato aspira all'affidamento di un delicatissimo servizio pubblico (per oltre 58 milioni di euro, spalmati su 7 anni), ma l'appaltante sostanzialmente non conosce la "fedina" amministrativa del partecipante, in ordine alla professionalità pregressa.

La grave mancata acquisizione di elementi essenziali in ordine alla valutazione della professionalità ed alla idoneità del soggetto ad ottenere l'aggiudicazione e a concludere il contratto, priva l'esplicazione di un giudizio sostanziale e tempestivo (cioè in forza dei dati forniti direttamente in domanda di partecipazione).

Infatti, (a prescindere dalla valutazione che poi l'Amministrazione abbia consentito di poter integrare i precedenti, col soccorso istruttorio) l'Amministrazione deve poter disporre <ex ante> della "materia prima" per poter valutare rilevanza, incidenza e gravità della condotta assunta in altri contratti pubblici.

L'acquisizione dei dati (12 <risoluzioni>) è intervenuta solo "grazie" all'intervento degli altri operatori partecipanti che hanno esibito in gara i precedenti negativi di Aimeri.

E già un "sistema" di procedura pubblica contrattuale che non si dota degli strumenti per poter valutare "autonomamente" le posizioni dei concorrenti in gara, aspiranti al contratto, denoterebbe una carenza normativa intollerabile.

Rimettere (sostanzialmente solo) agli altri concorrenti partecipanti l'avvio delle indagini e controlli per consentire la stipula o meno di un buon contratto con un operatore affidabile e all'altezza del compito, significherebbe abdicare alla funzione stessa dell'attività amministrativa e del principio di "autosufficienza".

La dichiarazione negativa del partecipante è, quindi, già indice di mancata correttezza e violazione del principio di buona fede (sussistendo la norma a monte che ne impone l'obbligo, art. 38, ripreso dal Disciplinare di gara) del partecipante, che, con la sua condotta, ha voluto omettere elementi di estrema importanza, in questo caso oltretutto "diffusi" e, stante il numero, non certo episodici e/o marginali.

La norma del Codice appalti, 38 lett. f, ritiene sufficiente anche "un solo" errore grave; nel nostro caso il compito è oltremodo facilitato in quanto vi è la possibilità di valutare una condotta "complessiva" e che denota, indubbiamente, una diffusa e rilevante litigiosità, con risoluzioni subite e plurimi scioglimenti di rapporti contrattuali, che hanno impedito, oggettivamente, la prosecuzione del rapporto (come previsto negli atti ad evidenza pubblica posti a monte) e l'esecuzione di servizi di buon livello; oltretutto per gli stessi servizi oggetto del contratto in esame. E tale "storia" pregressa, e recente, dell'aspirante costituiva, pesantemente, un indice di "non affidabilità".

Se molte Amministrazioni italiane si sono sentite costrette a "liberarsi" dell'operatore economico Aimeri, ritenuto non idoneo ad espletare un servizio di qualità e conforme agli atti precostituiti, appare alquanto inappropriato e sconsigliabile che altra Amministrazione pubblica affidi il proprio servizio.

La disposizione escludente, per sua "ratio", è espressione dell'esigenza di non stipulare nuovi contratti con soggetti non professionalmente validi, proprio per evitare che possa ripetersi l'effettuazione non idonea dei servizi.

Inoltre, mira, anche, ad evitare l'insorgere di nuove ulteriori controversie che costringano, poi, la nuova Amministrazione appaltante ad affrontare lunghe e defatiganti liti amministrative e giudiziarie.

Sotto tale profilo vanno valutate e valorizzate le decisioni già assunte da altre Amministrazioni che hanno appaltato gli stessi servizi (igiene urbana):

nel caso di specie risulta che altre Amministrazioni italiane hanno rinvenuto la sussistenza (non certo maturata con superficialità) dei presupposti per poter/dover dichiarare, nell'interesse pubblico, la risoluzione di molti contratti.

E di tale esercizio di poteri (da parte di altre PP.AA.) deve essere compiuta, in un'ottica collaborativa, una decisa considerazione e "valorizzazione".

Ciò in quanto, da un lato, le decisioni pubbliche altrui, se confluite nella risoluzione e/o interruzione del rapporto, risultano specificamente "procedimentalizzate" e sono intervenute al termine di un iter ben documentato (e presumibilmente "sofferto"); dall'altro, un principio di economia dell'attività amministrativa (da non sottovalutare), deve poter assegnare all'attività compiuta da altre PP.AA., in relazione, lo si sottolinea, alla medesima tipologia di servizi, un valore "aggiunto", significativo, implicando tempi e impegno di risorse della macchina burocratica.

Richiedendo l'attività amministrativa costi e sviluppi temporali rilevanti, non è pensabile che i procedimenti sanzionatori svolti da altre PP.AA. non siano adeguatamente recepiti e valorizzati dall'Amministrazione che ha in corso il procedimento di nuovo affidamento del servizio.

La macchina amministrativa che, nel suo complesso, richiede snellimento, deve poter utilizzare, con una corsia preferenziale, i dati, le procedure e, soprattutto, (quando vi sono) le conclusioni pubbliche già esplicate ed esternate, di cui non può essere ignorata la valenza.

Il Codice 163/2006 ha voluto dare rilevanza agli inadempimenti importanti e già accertati da altri soggetti pubblici o accertabili con qualsiasi mezzo; cioè ad errori che si sono avverati, ancorché non siano ancora qualificabili come "definitivi".

Quando vi sono "risoluzioni" siamo già ad una fase "ulteriore" di riscontro e accertamento, rispetto agli "elementi" sottesi, in quanto non si tratta di valutare solo "fatti", ma in riferimento a tali fatti risultano "mature" anche decisioni sanzionatorie, interruttrive del rapporto.

Vi sono, cioè, le valutazioni, di altre PP.AA., che ne hanno decretato la conclusione più grave: la risoluzione e/o scioglimento del rapporto, ritenendo non più sussistenti le condizioni per poter proseguire nel servizio.

E l'esistenza di tale conclusione giuridica si pone oltre al "fatto concreto" che l'ha causata, risultando sotto tale profilo già "accertata".

Diverso è il caso dell'inadempimento ancora in corso, con rapporto perdurante, rispetto al quale l'Amministrazione appaltante deve compiere una autonoma valutazione/accertamento.

Quando vi sia stata la pronuncia di risoluzioni per inadempimenti il riscontro assume, ex se, valenza di estrema gravità:

aver decretato il venir meno del rapporto, nel nostro caso per 12 volte, ritenuto non procrastinabile a causa dei comportamenti/inadempimenti del privato operatore e gestore del servizio, consente di valutare come profondamente inadeguate e non soddisfacenti le prestazioni, tanto da non poter tollerare la prosecuzione del contratto .

Nel caso di Aimeri, infatti, sono state pronunciate da ben 12 Amministrazioni le "risoluzioni" di altrettanti contratti.

Ci troviamo, cioè, come segnalato, in una fase già "avanzata" di accertamento dei comportamenti e degli inadempimenti commessi.

In ordine alla "gravità" degli errori compiuti (che la norma, 38 f, vuole come presupposto) occorre fare un cenno alla <qualificazione giuridica> dell'istituto della "risoluzione", avendo questo profilo un carattere di grande rilievo ai fini del nostro iter interpretativo, favorevole all'obbligo di dichiarazione di queste risoluzioni.

E necessariamente occorre "incrociare" le norme amministrative con quelle civilistiche.

La pronuncia della <risoluzione contrattuale> presuppone, indubbiamente, il riscontro di un importante inadempimento, e ciò alla luce dell' art. 1455 del codice civile riferito proprio all' "importanza dell'inadempimento".

Tale norma, infatti, consente di risolvere il contratto solo in determinati casi, che abbiano una significativa rilevanza nell'ambito del rapporto.

La disposizione civilistica dispone che:

"Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra".

Nella risoluzione si rinviene quindi, "in re ipsa", una (necessaria) causa dello scioglimento del contratto denotata da un considerevole rilievo.

Deve trattarsi, secondo il codice civile, di causa/inadempimento non marginali o secondari.

In sostanza la possibilità di avvalersi della risoluzione deve caratterizzarsi per "importanza" nell'economia del rapporto, sotto il profilo qualitativo e/o quantitativo.

E la norma del Codice appalti (art. 38) non richiede (come in altri casi invece ha prescritto, nell'ambito della medesima norma, c-g-i), su questo punto (lett. f) la definitività. E' quindi compatibile che vi possano esservi contestazioni sulla risoluzione, ma in tal caso, comunque, la sua esistenza resta idonea a determinare la mancata stipula del contratto e l'esclusione dalla gara. Due quindi sono le possibili valutazioni da parte della (nuova) stazione appaltante, in relazione all'art. 38 lett. f):

a) accertamento "in proprio" di elementi che possono costituire grave errore professionale (partendo cioè dal "fatto");

b) anche "per relationem", valorizzando decisioni di altre PP.AA., quando si rinvencono una, o più, pronunzie di "altre" stazioni appaltanti, che hanno "acclarato e accertato" la sussistenza di comportamento/i idonei ad assumere il grave strumento della risoluzione, che, per sua natura (civilmente), non può essere determinata da comportamenti non importanti.

Nel caso di specie gli inadempimenti risultano accertati (da altre stazioni appaltanti) e sono confluiti nel rimedio più grave della sorte del contratto (interruzione del rapporto).

Trattasi di 12 risoluzioni che rappresentano, oggettivamente, pesanti "precedenti" gravanti sull'aspirante Aimeri.

Presupposto della risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento è la sua gravità; e per stabilire se l'inadempimento è grave va valutato il comportamento di entrambe le parti nel quadro generale dell'esecuzione del contratto, e l'interesse che ha la parte all'esatto adempimento dell'obbligo contrattuale.

In tema di contratti, il principio, sancito dall'art. 1455 c.c., secondo cui il contratto non può essere risolto se l'inadempimento ha scarsa importanza in relazione all'interesse dell'altra parte, va adeguato anche ad un criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale. Pertanto, la gravità dell'inadempimento di una delle parti contraenti non va commisurata all'entità del danno, che potrebbe anche mancare, ma alla rilevanza della violazione del contratto con riferimento alla volontà manifestata dai contraenti, alla natura e alla finalità del rapporto, nonché al concreto interesse dell'altra parte all'esatta e tempestiva prestazione (cfr. Corte di Cassazione n. 15363/2010).

E, come si sa, nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto (1453 c.c.)

Data la gravità del rimedio risolutorio, questo opera solo se l'inadempimento è, parimenti, grave.

L'inadempienza dalla quale può scaturire la risoluzione deve riferirsi ad obbligazioni che abbiano <rilevanza notevole> nell'economia del rapporto, avuto riguardo all'interesse dell'altra parte quale risulta dall'interpretazione del contratto. La sanzione dello scioglimento del contratto va ricondotta alla regola di proporzionalità, che non considera rilevante l' inadempienza ad obbligazioni qualificabili come accessorie.

Illuminante, in materia, è (evidentemente ai soli fini di connotazione di contorno, significativa, benchè non direttamente applicabile) la corrispondente definizione fornita dal nuovo Codice appalti, per la specifica causa di esclusione (art. 80, comma 5, lett. c):

“c) 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”.

In sostanza, nel nostro caso, per più ragioni sussisteva l'obbligo della parte privata alla dichiarazione delle risoluzioni di contratti stipulati con altre P.A, che erano intervenute e che dovevano esser offerte in visione al Comune, al fine di valutare rilevanza, incidenza, gravità. Non poteva attribuirsi all'operatore la scelta su cosa dichiarare e cosa no, in relazione ad un proprio (e decisamente “di parte”) giudizio di gravità.

Il vaglio preventivo (di gravità) non poteva essere affidato all'interessato, come in effetti è accaduto in questo caso, ove la società ha ritenuto di compiere una dichiarazione “negativa” ritenendo (nella propria sfera di giudizio, che certo non poteva coincidere con quella dell'Amministrazione) che nessuna risoluzione denotava gravi errori/incapacità professionale. Pur essendo connotata da elementi non vincolanti e unitari, la caratterizzazione “soggettiva” (in termini di rilevanza e gravità), doveva essere, specie in relazione alla tipologia analoga dei contratti, affidata unicamente alla (nuova) stazione appaltante, la quale avrebbe dovuto disporre degli elementi essenziali per compiere l'analisi della professionalità pregressa dell'operatore. E questi avrebbero dovuto essere forniti dall'impresa già in sede di domanda di partecipazione, in applicazione della norma speciale (38 f) e del principio generale della buona fede che governa i rapporti contrattuali e precontrattuali (pena il mendacio).

Non avendo dichiarato i precedenti il Comune non è stato tempestivamente posto in grado di esaminarli.

Con grave distorsione del sistema valutativo in ordine alla selezione del futuro operatore, affidatario del servizio.

Avendo l'impresa tenuto nascosti (non dichiarandoli) gli elementi per valutare la correttezza professionale nell'esercizio dell'attività, in servizi analoghi, in favore di altre Amministrazioni, il Comune ha proseguito il procedimento (sulla base del contenuto della domanda di partecipazione). Tale comportamento integra la “falsa dichiarazione”. E sul punto si è pronunziato specificamente il Consiglio di Stato , con una recentissima pronuncia riferita proprio ad Ambiente 2.0-Aimeri ( C.S., V, 26.2.2016 n. 802; che conferma Tar Calabria-Catanzaro II 803 8.5.2015), in relazione alle medesimi “risoluzioni” oggetto della presente decisione.

L'attinenza del precedente giurisprudenziale è quindi totale ed il Collegio condivide tale

impostazione, fondata sulla buona fede nei rapporti con la Pubblica Amministrazione.

In definitiva Aimeri avrebbe dovuto compiere la dichiarazione (multipla) in modo da consentire la valutazione da parte del Comune (di incidenza, rilevanza e gravità).

Certo non si ignora che sussisteva un panorama variegato di decisioni amministrative (anche ANAC) e di pronunzie giurisprudenziali, puntuali e di contrario avviso, in materia di definizione e qualificazione della "gravità" ai fini dell'obbligo di dichiarazione nonché di possibilità di applicazione del potere di soccorso.

Ma, a maggior ragione, Aimeri vi era tenuta, posto che la sua situazione non si riferiva ad un "unico" inadempimento (peraltro, se grave, già sufficiente a decretarne l'esclusione) avendo una situazione connotata da pesanti criticità, diffusa e carente in relazione a molti contratti pubblici, con i conseguenti effetti sul piano dichiarativo, qualora intendesse ottenere un nuovo ingentissimo contratto.

Cosa che non ha fatto, incorrendo così nell'esclusione di legge per avere reso una dichiarazione "non veritiera": dichiarazione di non aver precedenti gravi inadempimenti professionali.

\*\*\*

A questo punto occorre però, per completezza, esaminare l'altro aspetto direttamente connaturato, inerente l'ulteriore fase che il Comune ha esplicato in applicazione del "soccorso istruttorio".

Va approfondita la legittimità/doverosità di tale iniziativa (ovviamente sollecitata dai controinteressati in gara) in ordine alla sollecitazione della produzione della documentazione concernente le risoluzioni, nonostante l'effettuata <dichiarazione negativa> di errori gravi; nonché la correttezza dell'analisi compiuta (positiva in favore di Aimeri dal Comune di Alghero) in ordine alla tipologia delle diverse risoluzioni nonché alle cause (esterne) che avrebbero contribuito a determinarle; risoluzioni che sono state ritenute in parte non addebitabili all'appaltatore, con qualificazione, in definitiva, come inadempimenti "non gravi", con conseguente ammissione alla gara e relativa aggiudicazione.

Inizialmente il RUP riteneva di avviare, nel dicembre 2015, il procedimento di autotutela, annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, in quanto riteneva che l'omissione della dichiarazione di risoluzioni contrattuali, non fosse suscettibile di soccorso istruttorio, e non consentisse al partecipante-aggiudicatario provvisorio di rimanere in gara.

Però, acquisite dettagliate controdeduzioni dalla parte, ha deciso, nel gennaio 2016, di archiviare il procedimento di ritiro dell'aggiudicazione provvisoria, chiedendo all'impresa di depositare la documentazione necessaria per valutare, in concreto, la gravità delle 12 risoluzioni.

Il Comune dopo aver valutato dettagliatamente tutte le risoluzioni documentate, non ritenendole influenti, ha aggiudicato definitivamente l'appalto al Consorzio Ambiente 2.0 (consorziata Aimeri), applicando la sanzione pecuniaria per aver dovuto attivare il potere di soccorso, stante la dichiarazione negativa nella domanda di partecipazione.

Dunque, in una prima fase, il Comune, a fronte delle rinvenute risoluzioni (su segnalazione degli altri partecipanti, in particolare la ricorrente) aveva, correttamente, avviato la fase di "autoannullamento".

Poi l'Amministrazione è stata, per così dire, "depistata" da giurisprudenza ampliativa e da un parere ANAC (orientamento che questo Collegio non condivide), che ammetteva il soccorso istruttorio in caso di dichiarazione negativa, tesi poi smentita da pronunzie più recenti (cfr. CS 1412 del 11.4.2016, specifica proprio per lo stesso caso Aimeri-Comune di Catanzaro).

Il Comune ha ritenuto così di poter/dover attivare il "soccorso istruttorio" per acquisire il "materiale" necessario per compiere la valutazione della sussistenza o meno del profilo di "gravità" negli errori professionali compiuti; ritenendo di dover analizzare e valutare le pronunzie risolutive

adottate dalle altre Amministrazioni.

Per quanto concerne lo <spazio> riservato all'eventuale potere/dovere di soccorso istruttorio "a pagamento", nella sua nuova conformazione ampliativa, come da novella del DL 90/2014, ed esercitato dal Comune, acquisendo gli atti riferiti alle 12 risoluzioni/scioglimenti del vincolo contrattuale, il Collegio ritiene che tale <ampliamento> nella valutazione della sfera di professionalità dell'operatore non fosse ammissibile (in costanza di omessa dichiarazione delle risoluzioni-dichiarazione negativa di errori gravi).

Sebbene il panorama sul punto sia stato connotato da giudizi e pareri (giurisprudenza e ANAC) ondivaghi e contrastanti, proprio in relazione all'ambito del nuovo ampliato istituto, si ritiene di dover esprimere una interpretazione restrittiva (in ordine al potere integrativo di soccorso) quando la parte privata aspirante al contratto si sia resa responsabile, volontariamente, di dichiarazioni "oscuratrici" di fatti e circostanze rilevanti sul piano della costituzione del futuro rapporto contrattuale.

Non occorre scomodare il distinguo fra "tesi sostanzialistica e tesi formalista", in quanto l'impresa compiendo una dichiarazione di "assenza di precedenti gravi" ha voluto apparire pienamente idonea a svolgere il servizio. Servizio rispetto al quale, in altre realtà, erano invece affiorati elementi critici, tanto rilevanti da determinati risoluzioni/interruzioni dei rapporti contrattuali. E' oggettivo che si erano concretizzati situazioni estremamente significative e gravi, tali da determinare il venir meno dei rapporti.

Ogni eventuale "giustificazione" (semmai necessariamente formulata in via preventiva), avrebbe potuto "accompagnare" la dichiarazione "positiva", in sede di domanda di partecipazione, dell'operatore economico in ordine alla sussistenza di precedenti (risoluzioni – scioglimenti contrattuali) , contemplando e fornendo, necessariamente, tutti dati e gli atti compiuti dalle Amministrazioni coinvolte.

Se fosse lasciata alla parte privata la libera "valutazione di rilevanza", l'Amministrazione si dovrebbe impegnare (inevitabilmente) a "ricercare" autonomamente situazioni escludenti (non solo con difficoltà, ma con vera e propria impossibilità in concreto), o acquisire (come in effetti qui è avvenuto) incidentalmente gli elementi potenzialmente impeditivi da parte di altri soggetti coinvolti nella procedura e che hanno ovviamente interesse a ricercare (e scovare), con canali propri, la sussistenza di <errori gravi> in generale ("genus", di cui le risoluzioni contrattuali fanno parte, come fattispecie particolare, aventi una caratterizzazione, per così dire, già "formata", in termini di "accertamento").

Occorre infatti non dimenticare che il soccorso istruttorio, se ammissibile, non è solo un "potere", ma determina l'insorgenza di un "dovere" da parte dell'Amministrazione; non costituisce cioè una mera facoltà.

Nello stesso tempo i margini di questo potere/dovere vanno definiti con certezza posto che il principio si correla anche alla "par condicio" fra i diversi partecipanti, esigenza irrinunciabile del sistema di selezione pubblica.

Costituisce, dunque, un elemento di estrema delicatezza nello sviluppo della procedura.

La posizione si intreccia fra due essenziali profili:

-rilevanza dell'omessa dichiarazione di risoluzioni per gravi inadempimenti (con esclusione automatica);

-possibile (o doverosa) attivazione del "soccorso istruttorio" quando la PA abbia, aliunde, acquisito l'informazione che sussisterebbero dei potenziali impedimenti (nel caso di specie risoluzioni, da parte di soggetti controinteressati, già pronunziate da altre Amministrazioni).

Nel primo caso occorre valutare se l' "omessa" dichiarazione sia direttamente escludente



(parificandola quindi alla "falsa" dichiarazione); o se invece tale posizione possa/debba essere verificata, tramite l'attivazione del soccorso istruttorio.

Nel secondo caso l'analisi si concentra sull'attività espletata dall'Amministrazione al fine di verificare/riscontrare uno o più profili di "gravità" nelle risoluzioni pronunciate da altre Amministrazioni, diverse rispetto a quella appaltante.

Il riscontro di fatti gravi (risoluzioni "per gravi inadempimenti" nei confronti di altre PP.AA.) divengono causa di esclusione dalla gara (in sede di verifica dei requisiti professionali, richiesti dal legislatore e dal bando stesso).

L'Amministrazione, in questo caso, dopo aver inizialmente ritenuto di orientarsi per l'esclusione di Aimeri, approfondita la tematica, ha ritenuto di dover ammettere il soccorso istruttorio.

Ciò sulla base della considerazione che mentre alcune dichiarazioni dell'art. 38 avrebbero una certezza ed oggettività (ad es. sussistenza di precedenti penali), mentre altre, come quella oggi in discussione, sono caratterizzate da "soggettività" (errori gravi compiuti) e non sarebbero valutabili con chiarezza a priori.

Gli errori rilevanti, in termini escludenti, sono quelli connotati da "gravità" (non ogni tipo di errore commesso determina l'esclusione).

Il Collegio ritiene che il potere istruttorio non poteva essere attivato, in quanto qui si configura come una forma di "sostituzione" di un obbligo essenziale omesso dalla parte.

E' vero che non è più applicabile la vecchia logica che connotava il previgente potere di soccorso, finalizzata ad acquisire solo eventuali ulteriori elementi ricostruttivi e chiarificatori; mentre non erano ammesse integrazioni di carenze sostanziali.

Diversamente oggi con la novella introdotta in materia dal DL 90/2014 l'ambito è stato molto esteso, applicando la possibilità di <apportare> in senso proprio nuovi "elementi e dichiarazioni" (prima non prodotti), in modo da evitare che vengano attuate (questo è l'intento del legislatore) esclusioni per carenze ritenute (benchè essenziali) non così rilevanti da giustificare la sanzione escludente; e ciò a tutela dell'ammissione e della partecipazione di un maggior numero di partecipanti comunque "idonei" all'esplicazione di un buon servizio.

Dunque in caso di "omissioni" vi è spazio per il soccorso; ma il limite, per la possibile attivazione del potere integrativo, resta sempre e comunque in caso di riscontro di "falsità" e non di mera "omissione" di dichiarazioni.

Ne consegue l'impossibilità di attivazione del soccorso istruttorio, anche nella nuova versione (introdotta dall'art. 39 comma 1 DL 90/2014) in caso di "omessa" dichiarazione delle risoluzioni gravi (cfr. CS 11.4.2016 n. 1412 oltretutto controversia riferita proprio alla stessa società Aimeri e alle medesime risoluzioni impeditive), in quanto la dichiarazione <negativa> va assimilata alla dichiarazione "falsa" e infedele, dovendo la parte consentire, come si è già osservato, alla stazione appaltante la valutazione del precedente professionale negativo.

Dunque in caso di dichiarazione mendace (come quella che è rinvenibile nella fattispecie) non è applicabile il soccorso istruttorio.

Ci si discosta, quindi, dall'orientamento (allora diffuso), a cui il Comune ha aderito, espresso da parere ANAC 15.7.2015; C.S., IV, 2589 del 25.5.2015; Tar Campania Salerno 1066/2015; Tar FVG 571/2015.

La sussistenza di 12 risoluzioni (ancorchè differenziate fra loro, sia per tipologia che per cause) implicano e rappresentano la sussistenza di inadempimenti rilevanti e, come tali, significativi ai fini dell'individuazione della non idonea professionalità del soggetto. Con conseguente obbligo di dichiarazione, pena la carenza di un passaggio essenziale del sistema, posto che la richiesta istruttoria implica, quanto meno, la conoscenza dell'esistenza di vizi/errori.

In definitiva occorre, come si è già evidenziato, <valorizzare> i giudizi delle altre Amministrazioni, anche per rendere il procedimento più snello; celerità che costituisce un valore che deve essere anch'esso considerato, al pari della tutela del concorrente.

L'obiettivo che l'Amministrazione deve perseguire è e resta comunque l'attenzione prima per consentire la nascita di un buon contratto di lunga durata (7 anni, per ingenti corrispettivi, oltre 58 milioni), con un soggetto pienamente affidabile e capace.

Il sistema di selezione del contraente deve garantire il valore della "stabilità" e del buon livello delle prestazioni. La nascita del rapporto deve essere caratterizzata da alta professionalità e da una organizzazione strutturale ed economica di livello tale da soddisfare le diverse prestazioni. Non solo, quindi, il quadro progettuale proposto ha rilievo (in sede di offerta economicamente più vantaggiosa, quindi prospettata come attuazione futura), ma devono sussistere le capacità in concreto e riferite al passato, come emergono dai rapporti costituiti con altre Pubbliche Amministrazioni.

Le procedure impegnative e articolate devono determinare la selezione del concorrente maggiormente titolato, con doverosa analisi e riscontro di tutti i requisiti, primi fra tutti la professionalità, la fiducia e l'affidabilità.

L'Amministrazione non poteva, dunque, recepire acriticamente quanto falsamente dichiarato da Aimeri.

Oltretutto il riscontro e la sussistenza di diffusi e reiterati inadempimenti contrattuali, sintomatici di errori professionali molto significativi e qualificabili come importanti e gravi, emergenti dai rapporti contrattuali in materia di servizi di igiene urbana che erano stati costituiti, assumevano rilievo fondamentale e "freno" nell'ammissione e nella costituzione di un nuovo rapporto, "debole" fin dal suo sorgere.

Conclusivamente Aimeri-Ambiente 2.0 andava esclusa dalla gara sia per l'omessa dichiarazione, sia per la sussistenza, in concreto, di elementi acquisiti che integrano l'ipotesi escludente di cui all'art. 38 lett. f) del Codice 163/2006; elementi esibiti, solo in una seconda fase, in applicazione impropria del potere di soccorso.

\*\*\*

Si ritiene, comunque, di analizzare, al fine di valutare comunque tutte le questioni controverse, anche il profilo inerente le valutazioni compiute dal Comune sulle risoluzioni di Aimeri con altre PP.AA..

Dopo l'esplicazione della fase di soccorso istruttorio, acquisiti gli atti e le "difese" del privato, il Comune ha ritenuto che i precedenti non delineassero, nel loro complesso, una condotta grave dell'operatore.

Nel caso di specie il Comune ha ritenuto, nel merito, che delle 12 risoluzioni solo 3 rientrerebbero propriamente nella categoria delle risoluzioni per inadempimento, e di queste, oltretutto, 2 sarebbero in contestazione (Comune di San Cesario e Joniambiente; non così per AAMPS).

Tutte le altre si caratterizzerebbero in modo diverso (risoluzioni consensuali, accordi bonari, scioglimenti consensuali del vincolo contrattuale) e come tali non potrebbero essere considerate rilevanti (in termini escludenti) ai fini dell'affidamento del nuovo appalto.

Inoltre solamente 2 risoluzioni erano state oggetto di iscrizione Casellario Anac.

In particolare il Comune considerava come rilevanti una serie di elementi:

-AAMPS di Livorno aveva un debito di 640.766, ammessa poi nel marzo 2016 a concordato preventivo in continuità aziendale; la risoluzione del contratto prevedeva una penalità di soli 4.000 euro per Aimeri;

-S. Cesario risoluzione per inadempimento contestata civilmente, con anche denuncia penale;

-Joniambiente , procedimento pendente con azione di imputabilità dell'inadempimento all'Amministrazione;

-5 transazioni consensuali onerose per le stazioni appaltanti (con arrotondamenti): Comune di Guidonia Montecelio (27.000), Grottaferrata (800.000), Iren Emilia/Enia Parma (966.000), Monopoli, Buccinasco;

-3 risoluzioni fin dall'origine consensuali (Comune di Carpiano, Castellanza, Unione dei Comuni della Lunigiana);

-Comune di Buddusò risoluzione anticipata richiesta dalla capogruppo per eccessiva antieconomicità .

La valutazione che in concreto è stata compiuta dall'Amministrazione si è conclusa in termini di "non gravità", <giustificando>, con motivazioni diverse e dettagliate (in adesione al concorrente), il venir meno dei rapporti (congiuntura economica avversa, mancati pagamenti da parte delle stesse Amministrazioni, inadempimenti lievi).

L'operatore, in sostanza, è stato ritenuto affidabile anche in presenza delle risoluzioni, per riscontrata insussistenza di gravi errori.

Inoltre sia l'aggiudicataria che il Comune attestano che gli importi oggetto dei contratti risolti rappresenterebbero solo una percentuale minima rispetto al fatturato globale dell'impresa.

In sintesi le pendenze implicherebbero un quadro complessivo di reciproca debenza di somme e reciproche richieste di pagamento fra le parti; il che non consentirebbe di "addebitare" alla parte privata la risoluzione dei contratti, per inadempimenti gravi.

Ma va sottolineato che, per molti casi, il mancato pagamento da parte dei Comuni all'operatore (che Aimeri ritiene essere stata la causa principale delle risoluzioni) erano, in realtà, la conseguenza degli inadempimenti contestati.

Dal complesso delle risoluzioni emerge che Aimeri sostanzialmente non è stata in grado di svolgere un buon servizio, determinando un ampio ed articolato contenzioso (anche con 3 iscrizioni al Casellario informatico), con cessazione di molteplici rapporti di gestione del medesimo servizio posto in gara (solo alcune sub giudice , molte altre no).

L'esclusione di Ambiente 2.0.Aimeri andava pronunciata , con annullamento dell'aggiudicazione decretata in suo favore.

\*\*\*

Con l'annullamento dell'aggiudicazione (e dell'ammissione) in favore di Ambiente 2.0 l'ulteriore censura di esclusione formulata in merito al DURC negativo (peraltro non riferito a questa gara - dato emerso da sentenza Tar Piemonte 52/2016, impugnata in CS) non assume più rilievo e può essere assorbita.

Opportuna è comunque una breve considerazione:

i due DURC acquisiti in questa gara, regolari e insindacabili, del 30.7.2015 e del 27.11.2015, rappresentavano un dato sufficiente per ritenere in regola l'aggiudicataria (irrilevante era il DURC citato nella sentenza del Tar Piemonte n. 52/2016, riferito al 1.7.2015).

Il DURC, infatti, è una certificazione di scienza, assistita da pubblica fede, fino a querela di falso, insindacabile e riferita ad un rapporto obbligatorio sotteso di debito/credito, concernente posizioni di diritto soggettivo (riservate al giudice ordinario, nell'ambito del rapporto contributivo previdenziale).

Oltretutto nel sistema attuale dei DURC, non è possibile acquisire un DURC "storico", con conseguente impossibilità di vagliare la questione posta con la sentenza Tar Piemonte (di cui non era parte il Comune di Alghero, quindi con evidente mancata conoscenza/conoscibilità dei relativi atti processuali), peraltro impugnata in appello, ed esibita nel procedimento dalle parti

controinteressate che miravano all'esclusione di Aimeri.

Presumibilmente la differenziazione emersa era connessa ad una questione di sussistenza di un credito (in particolare credito verso l'erario a favore di Aimeri) che avrebbe dovuto condurre ad un DURC positivo ex art. 13 bis DL 52/2012 conv. L. 94/2012.

Tale profilo sarebbe dunque risultato irrilevante (per questo aspetto l'ammissione era regolare).

\*\*\*

In conclusione, in accoglimento del ricorso CICLAT, l'ammissione e l'aggiudicazione di AMBIENTE 2.0-AIMERI AMBIENTE vanno annullate.

Si dispone la trasmissione della presente pronunzia ad ANAC ai fini dell'attivazione del procedimento, ex art. 38 1 ter 163/2006 e art. 80 comma 12 del nuovo Codice 50/2016, di iscrizione al Casellario.

Le spese e gli onorari di giudizio, specie in considerazione della incertezza giurisprudenziale sussistente in ordine alle questioni controverse, possono essere integralmente compensati fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di Ambiente 2.0-Aimeri Ambiente.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Antonio Plaisant, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/06/2016

IL SEGRETARIO