

Pubblicato il 18/12/2020

N. 08151/2020REG.PROV.COLL.
N. 08829/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm. sul ricorso numero di registro generale 8829 del 2020, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Emilio Potena, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Castel Di Sangro, corso Vittorio Emanuele n. 1;

contro

La Provincia di Viterbo, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Venettoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

il Comune di Fabrica di Roma, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Racioppa e Gianluca Angelelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del rispettivo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Francesco Augusto De Matteis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Marcello Cardi in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 51;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, (Sezione Seconda), n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della -OMISSIS- e della -OMISSIS- della Provincia di Viterbo e del Comune di Fabrica di Roma;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2020 il consigliere Michele Conforti e uditi per le parti gli avvocati Sergio Racioppa, Gianluca Angelelli, Francesco Augusto De Matteis Emilio Potena che partecipano alla discussione ai sensi dell' art. 25 D.L. 137/2020;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

PREMESSO CHE:

a) l'oggetto del presente giudizio è l'affidamento per anni 7 del servizio raccolta, trasporto e conferimento rifiuti urbani differenziati e non differenziati col metodo del prelievo "porta a porta" e dei servizi complementari di igiene urbana e gestione dell'"eco centro" del comune di Fabrica di Roma;

b) con ricorso ritualmente notificato, la -OMISSIS- ha impugnato innanzi al T.a.r. per il Lazio, l'aggiudicazione della gara alla società -OMISSIS- articolando le seguenti censure:

b.1) con il primo motivo, la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 80,

comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50 del 2016, perché l'aggiudicataria non avrebbe dichiarato una serie di fatti costituenti "gravi illeciti professionali". In particolare, per quel che qui interessa, la -OMISSIS- non avrebbe reso edotta la stazione appaltante della condanna (con sentenza del Tribunale penale di Teramo del 10 dicembre 2018 oggetto di appello) della socia di maggioranza e dell'amministratore della medesima ditta, per una serie di reati in materia ambientale relativi alla gestione del ciclo dei rifiuti e delle discariche

b.2) con il secondo motivo, la ricorrente ha evidenziato che la mancata rappresentazione dei suddetti fatti costituirebbe in sé un grave illecito professionale in grado di minare l'affidabilità della partecipante alla gara, tale da comportare l'esclusione dalla gara;

b.3) con il terzo motivo, infine, l'interessata ha articolato molteplici doglianze, volte a contestare l'applicazione dei punteggi e l'avvenuta violazione dei relativi criteri, prospettando, altresì, in via subordinata, l'impugnazione delle rispettive clausole della *lex specialis*, per l'eventualità che esse andassero interpretate, effettivamente, così come fatto dalla stazione appaltante;

c) si sono costituite in giudizio:

c.1) la -OMISSIS-, aggiudicataria dell'appalto, evidenziando, in particolare, che la qualificazione di determinate condotte come "grave illecito professionale" spetterebbe, in via esclusiva, alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, così come a quest'ultima sarebbe rimesso l'apprezzamento circa l'attitudine dell'omissione dichiarativa a minare il rapporto di fiducia che deve intercorrere con l'amministrazione appaltante;

c.2) la Provincia di Viterbo;

d) l'impugnata sentenza – T.a.r. per il Lazio, sez. II *quater*, n. -OMISSIS- -:

d.1) ha respinto l'eccezione, sollevata dalla difesa della ditta -OMISSIS-, di inammissibilità dell'impugnativa proposta dalla seconda classificata A.t.i.

-OMISSIS- (capo non impugnato);

d.2) ha respinto il primo motivo (capo non impugnato);

d.3) ha accolto il secondo motivo incentrato sulla violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis, codice dei contratti pubblici, nel testo *ratione temporis* vigente, sotto il profilo che la ditta -OMISSIS- non avesse dichiarato la sentenza penale di condanna (del Tribunale penale di Teramo del 10 dicembre 2018 oggetto di appello) della socia di maggioranza e dell'amministratore della medesima ditta, per una serie di reati in materia ambientale relativi alla gestione del ciclo dei rifiuti e delle discariche;

d.4) non ha esaminato il terzo motivo del ricorso – incentrato sulla erroneità dei punteggi attribuiti ad alcuni elementi della offerta risultata aggiudicataria - in quanto assorbito dall'accoglimento del secondo;

d.5) ha disposto direttamente la esclusione dalla gara della ditta -OMISSIS-;

d.6) ha fatto salvi gli ulteriori provvedimenti a cura della stazione appaltante onde verificare, a carico dell'A.t.i. ricorrente, una serie di circostanze potenzialmente ostative alla sua partecipazione alla gara (capo non impugnato);

d.7) ha condannato la provincia, il comune e la ditta -OMISSIS- a rifondere in favore dell'A.t.i. le spese di lite liquidate in complessivi euro 2.000 a carico di ciascuna parte;

e) la società -OMISSIS- ha proposto appello avverso l'indicata sentenza, articolando un unico motivo di gravame. In particolare, la società lamenta che il T.a.r., nel dichiarare l'illegittimità degli atti gravati e pronunciarne l'annullamento, non avrebbe potuto statuire altresì l'espulsione automatica dell'aggiudicataria, dovendo invece rimettere alla stazione appaltante ogni determinazione riguardante il rilievo delle omissioni dichiarative. A tal fine, per corroborare i suoi assunti difensivi, la società ha richiamato i principi

recentemente espressi da questo Consiglio, in Adunanza plenaria, con la sentenza n. 16 del 28 agosto 2020, riportandone ampi passaggi;

f) si sono costituiti in giudizio:

f.1) il Comune di Fabrica di Roma, il quale ha, sostanzialmente, aderito all'appello;

f.2) la ditta -OMISSIS-, la quale ha, invece, avverso il gravame proposto, domandandone la reiezione e domandando, altresì, che questo Consiglio proceda allo scrutinio del terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, dichiarato assorbito;

f.3) la Provincia di Viterbo – centrale unica di committenza dell'appalto *sub iudice* – la quale ha domandato l'accoglimento dell'appello;

g) alla camera di consiglio del 17 dicembre 2020, attesa la manifesta fondatezza del gravame, la causa è stata trattenuta per la decisione in applicazione degli artt. 25 comma 2, d.l. n. 137 del 2020, 60 e 120 comma 6, c.p.a. come novellato dal d.l. n. 76 del 2020 convertito con modificazioni dalla l. n. 120 del 2020, che consentono di procedere, senza avviso alle parti, alla definizione dell'incidente cautelare con sentenza in forma semplificata, in particolar modo nel c.d. "rito appalti".

CONSIDERATO CHE:

h) come statuito dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 16 del 28 agosto 2020: "§ - 14. *In ogni caso, l'elemento comune alle fattispecie dell'omissione dichiarativa ora esaminata con quella relativa alle informazioni false o fuorvianti suscettibili di incidere sulle decisioni dell'amministrazione concernenti l'ammissione, la selezione o l'aggiudicazione, è dato dal fatto che in nessuna di queste fattispecie si ha l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis) Infatti, tanto «il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione», quanto «l'omettere le informazioni dovute ai*

fini del corretto svolgimento della procedura di selezione» sono considerati dalla lettera c) quali «gravi illeciti professionali» in grado di incidere sull'«integrità o affidabilità» dell'operatore economico. E' pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, ...».

Prosegue poi l'Alto consesso: “§ - 15. Nel contesto di questa valutazione l'amministrazione dovrà pertanto stabilire...se quest'ultimo [id est, l'operatore economico] ha omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità.

Qualora sia mancata, una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo. Osta a ciò, nel caso in cui tale valutazione sia mancata, il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo (secondo cui il giudice non può pronunciare «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»).”.

Come si ricava dal medesimo paragrafo 15, all'amministrazione spetta altresì di valutare “se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità”;

i) le statuizioni della Plenaria sono, *ictu oculi*, determinanti per l'accoglimento del gravame, finalizzato a censurare la sentenza di primo grado, nella misura in cui essa ha ritenuto, sostituendosi alla stazione appaltante, che l'omessa dichiarazione di alcuni fatti suscumbili nella clausola generale dei “gravi illeciti professionali” (tale sussunzione, ritenuta dal primo Giudice, non è stata oggetto di impugnazione con il presente appello ed è dunque passata in giudicato) fosse di rilevanza tale da determinare automaticamente l'esclusione della gara; una simile statuizione, infatti, alla luce dei rilievi della Plenaria, finisce per conculcare, al contempo, quanto agli operatori economici, il loro interesse ad un confronto procedimentale con la stazione appaltante e,

relativamente a quest'ultima, il suo potere di valutare, in concreto, il rilievo dell'omissione dichiarativa sull'affidabilità dell'impresa partecipante alla gara in vista dell'eventuale affidamento/aggiudicazione dell'appalto;

l) va pertanto disposta la riforma della sentenza di primo grado, *in parte qua*, e va, pertanto, mantenuto fermo l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, ma, al contempo, disposta la retrocessione del procedimento di evidenza pubblica alla fase nella quale dovranno essere compiute le valutazioni cui si è fatto riferimento in precedenza fra cui quelle a carico della ditta -OMISSIS-; tali valutazioni dovranno essere precedute dall'espletamento del soccorso istruttorio, volto a consentire all'aggiudicataria un'interlocuzione sulla vicenda concernente il mancato assolvimento dell'obbligo dichiarativo;

m) il Collegio ritiene che non vada esaminato il terzo motivo del ricorso di primo grado, ritualmente riproposto dalla -OMISSIS-, con la memoria di costituzione in giudizio; a tale riguardo, si evidenzia che, a seguito della riforma dell'impugnata sentenza, si determina una regressione del procedimento amministrativo alla fase nella quale si giudica dell'ammissione o dell'esclusione delle imprese dalla gara, per carenza dei requisiti di partecipazione al procedimento di evidenza pubblica;

n) ogni altra valutazione successiva a questa, compresa l'attribuzione dei punteggi, dovrà essere ripetuta, dopo lo svolgimento della prodromica fase di valutazione della legittimazione delle imprese a prendere parte al procedimento di gara, cosicché ogni contestazione al riguardo risulta, allo stato inammissibile;

o) in conclusione, l'appello va accolto limitatamente al profilo divisato e, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, si dispone conseguentemente che la stazione appaltante proceda, nuovamente e in contraddittorio, alla valutazione dei requisiti di entrambe le imprese;

p) possono essere compensate le spese del doppio grado del giudizio tra le parti, attesa la parziale reciproca soccombenza e la novità della questione sottesa al gravame;

r) ai fini del pagamento del contributo unificato:

r.1) in relazione al primo grado di giudizio si devono ritenere soccombenti, in solido fra loro, la provincia di Viterbo, il comune di Fabrica di Roma e la ditta -OMISSIS-;

r.2) in relazione al secondo grado di giudizio deve ritenersi soccombente la ditta -OMISSIS-.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso n.r.g. 8829 del 2020, accoglie l'appello e, per l'effetto, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, limita l'accoglimento del ricorso di primo grado ai sensi di cui in motivazione.

Dichiara integralmente compensate fra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio, disponendo per il contributo unificato come da motivazione.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le persone coinvolte nei procedimenti penali cui si fa riferimento in sentenza.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 17 dicembre 2020, svoltasi da remoto in audio conferenza ai sensi dell'art. 25 D.L. 137/2020:

Vito Poli, Presidente

Giuseppe Castiglia, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Michele Conforti

IL PRESIDENTE
Vito Poli

IL SEGRETARIO

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