

Pubblicato il 15/04/2021

N. 00022/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00003/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3 del 2021, proposto da
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dagli avv.ti Hebert D'Herin, Denise Zampieri, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio
Denise Zampieri in Aosta, via Monte Solarolo 26;

contro

In.Va Spa, -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentati e difesi dagli avv.ti Gianni Maria Saracco, Lorenzo Sommo,
Fabrizio Colasurdo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia, Gennaro Macri, Mario Pagliarulo, Fiorita

Iasevoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, V. Principessa Clotilde 2;

-OMISSIS-non costituito in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della nota Protocollo -OMISSIS- con la quale la Centrale Unica di Committenza regionale ha comunicato l'intervenuta aggiudicazione, -OMISSIS-, della “Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di raccolta dei rifiuti e igiene urbana classificata come “verde” ai sensi del D.M. 13 febbraio 2014 -OMISSIS-” al costituendo raggruppamento composto da -OMISSIS- (mandataria) e -OMISSIS-(mandante);

- della determina -OMISSIS-del Direttore Generale della Centrale Unica di Committenza regionale di aggiudicazione della “Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di raccolta dei rifiuti e igiene urbana classificata come “verde” ai sensi del D.M. 13 febbraio 2014 – -OMISSIS-”;

- dei verbali n. 161 del 20.7.2020, n. 236 del 2.9.2020 e n. 398 del 4.12.2020 del Seggio di gara e n. 292 del 2.10.2020 (relativo alle sedute del 3, 4, 11, 23.9.2020 e del 2.10.2020) e n. 293 del 2.10.2020 della Commissione giudicatrice, nonché il verbale n. 319 del 19.10.2020, menzionato nel verbale del 4.12.2020 e di cui non è stata fornita copia;

- all'occorrenza, della nota del Responsabile Unico del Procedimento del 4.12.2020, prot. n. 9670;

- della determina-OMISSIS-del Direttore Generale della Centrale Unica di Committenza regionale di “nomina commissione giudicatrice - procedura aperta per l'affidamento dei servizi di raccolta dei rifiuti e igiene urbana classificata come “verde” ai sensi del d. m. 13 febbraio 2014”;

- del Disciplinare di gara per servizi e forniture, integrativo del bando di gara, relativo alla “Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di raccolta dei rifiuti e igiene urbana classificata come “verde” ai sensi del D.M. 13 febbraio 2014 – -OMISSIS-”, nonché del bando di gara -OMISSIS-nel Supplemento alla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea -OMISSIS-;

- nonché di ogni ulteriore eventuale atto e/o provvedimento presupposto e/o connesso e/o conseguente, ancorché non conosciuto e/o lesivo per la ricorrente, ivi inclusa la determina di approvazione della documentazione di gara n.-OMISSIS-

per la dichiarazione

- di inefficacia del contratto di appalto, ove nel frattempo stipulato

- del diritto di -OMISSIS- al risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione e subentro nel contratto d'appalto eventualmente già stipulato, ovvero, in subordine, mediante la riedizione della procedura di gara, con espressa riserva di domanda risarcitoria per equivalente ai sensi dell'art. 30, comma 5, D.Lgs. n. 104/2010

nonché per l'annullamento ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a.

- del diniego parziale di accesso all'offerta tecnica – schede A1, A2, A3, A4, A5, A6, A7, A8, A9 e B – del costituendo raggruppamento tra -OMISSIS- e -OMISSIS-nonché alle “Giustificazioni di prezzo” di cui alla nota del Controinteressato datata 10.11.2020 opposto dalla Centrale Unica di Committenza regionale.

per quanto riguarda il ricorso incidentale:

annullamento, in parte qua,

di tutti i verbali del Seggio di gara e della Commissione giudicatrice, laddove hanno disposto l'ammissione a gara della -OMISSIS- e le hanno illegittimamente attribuito il punteggio pari a 51,08 punti per l'offerta tecnica e

17,33 per l'offerta economica, senza peraltro rilevare i plurimi profili di inammissibilità dell'offerta presentata dalla medesima -OMISSIS-; di ogni altro atto premesso, connesso e consequenziale, in particolare la nota a firma del RUP del 2 ottobre 2020, prot. 7296 e la proposta di aggiudicazione al -OMISSIS-, firma del RUP del 2 ottobre 2020, prot. 7296, nonché, ove per quanto occorra, limitatamente all'implicita approvazione e conferma anche delle decisioni della commissione e del seggio di gara di ammissione della -OMISSIS- s.r.l. e di attribuzione alla stessa dei sopra indicati punteggi la determina dirigenziale del -OMISSIS- -OMISSIS-di aggiudicazione definitiva in favore del RTI -OMISSIS- – -OMISSIS-;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di In.Va Spa, del -OMISSIS- e di -OMISSIS- ed il ricorso incidentale di quest'ultima;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2021 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente impugnava l'aggiudicazione e gli atti presupposti della procedura di gara per l'affidamento dei servizi di raccolta dei rifiuti e igiene urbana indetta dal -OMISSIS- che era stata vinta dalla controinteressata, mentre la -OMISSIS- si era classificata al secondo posto.

Dopo aver avuto accesso agli atti di gara, la ricorrente articolava quattro motivi in via principale ed ulteriori quattro in via subordinata.

Il primo di essi denuncia la violazione dell'art. 80 del D.lgs. 50/2016 ed eccesso di potere sotto vari profili dal momento che la stazione appaltante a

fronte dell'autodichiarazione della controinteressata contenente l'elencazione delle sentenze emesse nei confronti dei soggetti della società, dei procedimenti penali risultanti pendenti e di altri fatti potenzialmente di interesse per la valutazione di condotte rilevanti a fini escludenti, aveva il dovere di valutare in concreto l'integrità e affidabilità del concorrente, ma si era invece limitata a condurre una verifica sulla correttezza e completezza della documentazione esaminata.

Il secondo motivo contesta la violazione della medesima norma richiamata nel primo sotto altro aspetto, in quanto l'autodichiarazione della controinteressata non aveva fatto riferimento a quanto accaduto nella gara d'appalto indetta il 5.10.2018 per i Servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e speciali assimilabili agli urbani indetta dal Comune di Monza; in tale procedura, sebbene la Commissione giudicatrice avesse formulato la proposta di aggiudicazione a favore della -OMISSIS-, con successivo provvedimento del 29.1.2020 la stazione appaltante ne ha disposto l'esclusione dovuto al riesame dei requisiti del potenziale aggiudicatario avvalendosi anche di un parere dell'ANAC.

Secondo la ricorrente tale vicenda avrebbe dovuto essere dichiarata ai fini delle verifiche di cui all'art. 80, comma 5, lettere c) del D.Lgs. 50/2016 onde consentire alla stazione appaltante di effettuare le valutazioni del caso, venendo in considerazione fatti che potrebbero assumere rilevanza anche ai fini della valutazione dell'affidabilità ed astrattamente qualificabili come errore professionale grave, tale da rendere dubbia la integrità e la moralità professionale dell'operatore economico, che invece le ha taciute.

Il terzo motivo lamenta la violazione dell'art. 97 D.lgs. n. 50/2016 per non essere stata esclusa la controinteressata a causa dell'incongruità ed inaffidabilità della sua offerta anormalmente bassa.

Il giudizio del Responsabile unico del procedimento all'esito della verifica di congruità circa l'adotta serietà ed attendibilità dell'offerta avversaria è ritenuto erroneo dalla ricorrente in quanto i costi unitari esposti dalla controinteressata sono più bassi di oltre il 50% di quelli indicati nell'elenco prezzi unitari posto a base di gara.

Inoltre non è stata sanzionata con l'esclusione la vistosa modifica apportata ai costi unitari dell'offerta ad opera delle giustificazioni e l'inattendibilità dei costi unitari completamente fuori mercato assunti per giustificare il costo annuo e quello totale degli automezzi.

Il quarto motivo eccepisce che l'offerta della controinteressata avrebbe violato la norma del bando, contenuta nel paragrafo 19.5 del disciplinare di gara, che prevedeva come *“ogni proposta dovrà essere costituita da massimo 50 pagine numerate formate A4; non saranno né lette né valutate dalla Commissione, le pagine che eccedono i limiti previsti dal presente articolo”*, con l'ulteriore precisazione *“che per l'Allegato A6 – Scheda tecnica centri comunali di conferimento eventuali allegati grafici di progetto saranno esclusi dal computo”*.

L'offerta della controinteressata è contenuta nelle 50 pagine ma numerose parti dell'offerta tecnica non sono intelleggibili nel formato A4 a causa delle ridottissime dimensioni del carattere utilizzato; benché il disciplinare di gara non dettasse prescrizioni specifiche in merito al tipo e alla dimensione del carattere od alla spaziatura ed all'interlinea, la circostanza che la scelta delle dimensioni del carattere renda inintellegibile il contenuto costituisce una violazione del criterio posto, oltre che un indebito vantaggio concorrenziale perché consente ad un concorrente di inserire più elementi.

Il primo dei motivi proposti in via subordinata contesta la formulazione del disciplinare di gara che violerebbe diverse disposizioni del codice dei contratti a causa dell'indeterminatezza del criterio di aggiudicazione e, nello specifico,

dell'omessa esplicitazione degli elementi/parametri di giudizio afferenti ai criteri di aggiudicazione di cui ai numeri 2.0, 5.1, 6.0, 7.0 e 8 del paragrafo 14.1.1 del disciplinare di gara. Si contesta l'eccessiva genericità dei criteri di valutazione e la totale assenza della indicazione degli specifici elementi/parametri che la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto prendere in considerazione per l'attribuzione dei relativi punteggi.

Pertanto la *lex specialis* si pone in aperto contrasto con l'art. 95, comma 8, D.lgs. 50/2016 secondo cui *“i documenti di gara [...] elencano i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato. Per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi”*.

Il secondo motivo lamenta l'errata applicazione del metodo del “confronto a coppie” e dell'omessa previsione dell'obbligo di motivazione discorsiva a corredo dei punteggi numerici da assegnare. La censura è in sostanza di natura analoga a quella esplicitata nel precedente motivo.

Il terzo motivo censura l'illegittimità della *lex specialis* per la mancata corrispondenza fra i temi da “analizzare, sviluppare e descrivere” nell'offerta tecnica sulla base delle schede indicate nel paragrafo 19.5 del disciplinare, da un lato, ed i criteri di valutazione di cui al paragrafo 14.1.1 del medesimo disciplinare, dall'altro lato. Ci si riferisce in particolare alla scheda “A9 – scheda tecnica servizi aggiuntivi (servizi opzionali integrativi e nuovi futuri servizi)” punto 7) Nuovi futuri servizi.

Stante l'imprevedibilità di tali servizi all'atto della redazione dell'offerta tecnica, ai concorrenti è soltanto richiesto di descrivere le *“modalità di presentazione delle proposte inerenti ai nuovi servizi richiesti dall'Ente Appaltante sulla base dell'elenco prezzi proposto in base di gara”* nonché le *“tempistiche di presentazione delle proposte inerenti i nuovi servizi richiesti dall'Ente Appaltante”*.

Tuttavia né le “modalità” né le “tempistiche” di presentazione dei “nuovi futuri servizi” sono riconducibili direttamente ad alcuno dei criteri di cui al paragrafo 14.1.1 del disciplinare di gara sicché non è dato comprendere – tanto più in assenza di motivazione discorsiva – se le stesse siano state oggetto di valutazione e, in caso affermativo, nell’ambito di quale criterio di valutazione fra quelli previsti nel paragrafo 14.1.1 del disciplinare di gara.

Il quarto motivo denuncia la violazione del principio di imparzialità e terzietà dei membri della Commissione in quanto uno dei membri di essa avrebbe avuto in passato un incarico professionale dalla controinteressata.

Si costituivano in giudizio il -OMISSIS- e IN.VA. s.p.a. che concludevano per il rigetto del ricorso.

Anche la controinteressata si costituiva chiedendo la reiezione del ricorso e presentando altresì un ricorso incidentale articolato su cinque motivi.

Il primo denuncia la violazione dell’articolo 80, comma cinque, lett. c bis e f bis D.lgs. 50/2016 poichè la ricorrente, precedente affidataria del servizio, aveva fornito informazioni in merito al personale già addetto al servizio non corrispondenti al vero e idonee a limitare e distorcere gravemente il confronto concorrenziale.

In particolare, la ditta uscente avrebbe inserito nell’elenco dei dipendenti asseritamente in servizio per l’appalto oggetto di gara un numero rilevante di soggetti che, in base alle analoghe dichiarazioni rilasciate nel corso di procedure di appalto indette da altre amministrazioni pubbliche, venivano viceversa indicati come addetti ai servizi prestati per conto di queste diverse Amministrazioni.

La circostanza era stata segnalata alla stazione appaltante che aveva ritenuto l’osservazione non pertinente nella fase di confronto concorrenziale.

La risposta avrebbe eluso la questione, evitando di pronunciarsi sulla idoneità

del comportamento serbato da -OMISSIS- a integrare gli estremi delle dichiarazioni false e fuorvianti tese a condizionare la gara.

Il secondo motivo attiene alla violazione dell'art. 89 D.lgs. 50/2016 poiché il disciplinare di gara richiedeva quale requisito per la partecipazione alla gara il possesso di attestazione SOA categoria OG I classifica II: infatti la ricorrente, essendo priva del requisito, è ricorsa all'avvalimento con la ditta -OMISSIS-.

Ma sulla scorta del contratto con tale ditta, risulta evidente che l'ausiliaria non ha messo a disposizione in modo idoneo, compiuto ed esauriente le risorse per il requisito richiesto dal disciplinare ai fini della ammissione e carente in capo alla -OMISSIS- della cat. OGI cl. II, essendosi limitata a fornire solo quelli necessari all'esecuzione del lavoro

Oggetto dell'avvalimento è il requisito carente per il concorrente, ossia la categoria OG I classifica II: pertanto le risorse che avrebbe dovuto mettere a disposizione dovevano coincidere con l'organizzazione aziendale nel suo complesso.

Il terzo motivo censura la violazione del disciplinare di gara, punto 19.5 dal momento che, ai sensi di tale previsione, l'offerta tecnica deve consistere nei documenti indicati nell'elaborato "Schede riepilogative dei servizi oggetto di appalto", da inserire nel sistema in formato PDF ed ai fini della valutazione dei criteri da 1 a 8 di cui al precedente art. 14.1.1, i concorrenti dovranno analizzare, sviluppare e descrivere ogni singolo aspetto riassunto sinteticamente nelle seguenti schede richieste.

La ricorrente non ha rispettato tali indicazioni avendo dichiarato che il rispetto del limite complessivo delle 50 pagine non consentiva di descrivere puntualmente quanto indicato nelle Schede Riepilogative dei Servizi, per evidenti limiti di spazio.

La carenza della documentazione illustrativa dell'offerta di -OMISSIS- e

comunque la sua difformità dalle regole della lex specialis avrebbe dovuto indurre la Commissione di gara e la stazione appaltante da un lato ad attribuire un punteggio pari a zero per tutti i criteri e sub-criteri di assegnazione del punteggio per i quali lo sviluppo progettuale risulta incompleto se non addirittura a dichiarare la inammissibilità dell'offerta ai sensi per difformità essenziale da quanto prescritto dalla lex specialis di gara.

Il quarto motivo segnala la violazione del medesimo punto del disciplinare perché la ricorrente non ha allegato le certificazioni atte a dimostrare il ridotto impatto ambientale di veicoli utilizzati.

La -OMISSIS- nella Scheda B di offerta tecnica ha attestato di utilizzare per l'intero arco temporale di appalto, automezzi con classe EURO 6 o con alimentazione elettrica oppure a metano, ma non ha prodotto la richiesta certificazione rilasciata dal produttore né tantomeno le alternative schede tecniche.

Sottraendo anche i 5 punti attribuiti per tale requisito, il punteggio tecnico riparametrato ottenuto dalla ricorrente sarebbe pari a 25,81, con conseguente esclusione per non aver superato la soglia minima dei 40 punti previsti dal disciplinare di gara al punto 14.1.

Il quinto motivo denuncia la violazione dell'art. 95, comma 10 D.lgs. 50/2016 perché i costi della manodopera da essa indicati non sono congrui in relazione al personale che si dichiara di voler adibire al servizio e il costo effettivo che sarebbe necessario non trova copertura nell'ambito dell'offerta economica.

Nella camera di consiglio del 17.1.2021 la ricorrente rinunciava alla domanda cautelare ed il processo veniva rinviato all'udienza pubblica del 16.3.2021.

Il Collegio ritiene di esaminare prioritariamente il ricorso incidentale, pur essendo consapevole che, alla luce della sentenza del 5 settembre 2019 C-333/18 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, non vi è alcun

obbligo di tale ordine di precedenza anche laddove esso richieda l'esclusione del ricorrente dalla gara.

Nel primo motivo si evidenzia che la segnalazione di un numero di addetti al servizio superiore a quello in realtà impiegato da parte del precedente aggiudicatario cioè dell'attuale ricorrente, avrebbe effetti distorsivi della concorrenza dissuadendo potenziali concorrenti alla partecipazione alla gara.

L'obbligo di segnalare deriva da una norma del CCNL Fise Assoambiente per favorire un avvicendamento nella gestione di un appalto che non sia penalizzante per il personale.

La segnalazione alla Stazione appaltante contestata è avvenuta 8 mesi prima della scadenza del contratto d'appalto ed ha fotografato la situazione esistente in quel momento, ma la ricorrente ha comunicato mensilmente al -OMISSIS- il personale impiegato.

Peraltro non esiste alcun obbligo per il nuovo aggiudicatario di assumere tutti gli ex dipendenti di colui che effettuava in precedenza il servizio poiché l'amministrazione detiene un autonomo potere decisionale rispetto alla strutturazione del nuovo appalto. La Stazione appaltante nel fissare la tabella dei costi ha indicato in 73 il numero di unità di personale necessarie per l'esecuzione dell'appalto nonostante nella segnalazione contestata ne fossero state indicate 79.

Il motivo è, quindi, infondato come parimenti da non accogliere è il secondo.

L'avvalimento è stato necessario per la ricorrente poiché il bando prevede la realizzazione dell'ampliamento del centro comunale di conferimento di via -OMISSIS- che richiedeva una SOA in un ambito operativo totalmente estraneo al settore di impiego della ricorrente.

Il contratto di avvalimento, autorizza la ricorrente a utilizzare l'attestazione di certificazione SOA categoria OG1, classifica VI e ulteriormente specifica che

l'impresa ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'impresa avvalente, "unitamente al possesso del suddetto requisito", le specifiche risorse ivi dettagliatamente indicate da utilizzare per la realizzazione dell'ampliamento del centro comunale di conferimento di via -OMISSIS-. Anche il modulo di dichiarazione dell'impresa ausiliaria è chiaro nell'indicare che oggetto dell'avvalimento è l'attestazione SOA, oltre alle risorse necessarie.

Il terzo motivo è inammissibile poiché volto a censurare una valutazione della Commissione di gara circa l'eshaustività o meno dell'offerta della ricorrente, che non presenta quei vizi di irragionevolezza, contraddittorietà o disparità di trattamento che soli consentono l'intervento del giudice amministrativo.

Il quarto motivo non è persuasivo, tenuto conto che il ricorrente principale ha ragionevolmente osservato che i limiti dimensionali dell'offerta tecnica, per cui essa non doveva superare le 50 pagine A4, non consentivano l'inserimento anche di tutte le schede attestanti le caratteristiche tecniche dei mezzi, rendendo necessario limitarsi ad un'attestazione in tal senso che poteva comunque essere oggetto di un controllo anche in sede di congruità dell'offerta. Ora, la censura in esame è speculare a quella contenuta nel quarto motivo del ricorso principale, secondo cui sarebbe inammissibile l'offerta della controinteressata perché stesa in gran parte in caratteri minutissimi, illeggibili nel formato A4. In presenza di una disposizione della *lex specialis* puntuale nell'indicare il numero ed il formato delle pagine, ma priva di indicazioni quanto al carattere, tanto l'interpretazione della ricorrente che si postulasse un carattere leggibile nel formato prescritto, quanto l'interpretazione della controinteressata che la dimensione del carattere fosse assolutamente libera, non contrastano con la lettera della disposizione. Reputa, pertanto, il Collegio che correttamente la Commissione non abbia tratto alcun tipo di conseguenza pregiudizievole per l'una o per l'altra partecipante in dipendenza delle

modalità espositive.

Il quinto motivo non può essere accolto poiché l'incongruità dei costi della manodopera è smentita dalla circostanza che quelli inseriti nell'offerta economica per il personale dalle due concorrenti differiscono tra loro, sull'intero arco temporale, meno di 500.000 euro a fronte di un numero di unità di personale da impiegare pari a 79 per la controinteressata e 73 per la ricorrente.

Passando all'esame del ricorso principale, il Collegio considera prioritariamente e ritiene infondati il secondo ed il quarto motivo di ricorso.

Partendo da quest'ultimo, e richiamato quanto sopra già detto, è agevole osservare come nel disciplinare non vi è alcuna prescrizione relativa al carattere da utilizzare, alla sua dimensione o circa le modalità redazione di tabelle e immagini, ma solo una indicazione rispetto al formato della pagina, che doveva essere A4.

La mancanza di intellegibilità è determinata dal fatto che il formato digitale è stato oggetto di una stampa cartacea, mentre è evidente che la Commissione avrebbe valutato l'elaborato visionandolo al computer non essendo prevista la stampa dell'offerta tecnica.

Il secondo motivo critica la mancata valutazione dell'omessa segnalazione dell'esclusione dalla gara di appalto indetta dal Comune di Monza per lo stesso tipo di servizio oggetto della gara in contestazione.

L'art. 80, comma 5 lett. c), D.lgs. 50/2016 prevede l'esclusione del concorrente qualora *“la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*.

Il Collegio aderisce all'orientamento (cfr., ad esempio Cons. Stato, V, 27.9.2019, n. 6490) secondo cui il concorrente non è tenuto a dichiarare nelle

successive gare le precedenti esclusioni comminate nei suoi confronti per omissioni dichiarative, poiché, al di là dei poteri sanzionatori spettanti all'ANAC in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, tale causa di esclusione si riferisce e si conchiude all'interno della procedura in cui è maturata; pertanto, per potersi ritenere integrata la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) citato, è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino dal Casellario informatico dell'ANAC.

Il motivo, perciò, non può essere accolto.

E', invece, fondato il primo motivo di ricorso.

Nella fattispecie, la Commissione di gara si è limitata, a verbale del 20.7.2020, a un generale riferimento di "esaminati e approvati" riferito all'insieme dei documenti presentati dal concorrente, elencati in apposita scheda, e alla presa d'atto, altrettanto generale, della "correttezza e completezza della documentazione esaminata".

La questione posta dalla ricorrente riguarda, in definitiva, l'obbligo di motivare l'ammissione quando il concorrente abbia dichiarato l'esistenza di sentenze civili nei riguardi dell'impresa, sentenze penali o giudizi pendenti nei confronti di esponenti della stessa, revoche di appalta in fase esecutiva.

Secondo le controparti tale obbligo sussiste solamente quando all'esito dell'esame delle dichiarazioni sugli elementi rilevanti ex art. 80, comma 5, lettera c), codice appalti, deve disporsi l'esclusione del concorrente.

Riguardo agli oneri istruttori e motivazionali gravanti sulla stazione appaltante in relazione a fatti astrattamente idonei ad integrare l'ipotesi normativa considerata è recentemente intervenuta, sia pure in un giudizio instaurato ai sensi dell'ormai abrogato comma 2bis dell'art. 120 c.p.a., la sentenza del Consiglio di Stato nr. 307/2021, concernente un appalto che aveva visto come aggiudicatario proprio l'attuale controinteressato, rimarcando la necessità che

la valutazione avvenga nell'effettivo rispetto della ratio normativa e con adeguato supporto istruttorio e motivazionale.

Dopo aver richiamato l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria con la sentenza 16/2020 sulle conseguenze che possono derivare dalla segnalazione di fatti rilevanti ex art. 80 D.lgs. 50/2016 ivi comprese le dichiarazioni false, mendaci o reticenti, la sentenza 307/2021 afferma che il canone alla cui stregua la stazione appaltante deve esprimere il proprio motivato giudizio sull'ammissione del concorrente è quello della «integrità o affidabilità» dell'operatore con motivazione che valuti in concreto il fatto in termini di incidenza in rapporto all'oggetto dell'appalto da affidare, essendo vietata l'esclusione in virtù di automatismi.

In proposito la Corte di Giustizia UE, 19 giugno 2019, causa C-41/18 ha affermato che: *“l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce”*.

In conclusione la sentenza ha accolto il ricorso affermando che la motivazione con cui erano stati ritenuti influenti i fatti segnalati dall'odierna controinteressata in quella procedura era insufficiente a *“soddisfare l'onere istruttorio e motivazionale gravante in capo all'amministrazione in relazione al fatto astrattamente idoneo a integrare grave illecito professionale, sul quale peraltro non risulterebbe mai eseguito alcun apprezzamento in termini d'incidenza sull'affidabilità e*

integrità dell'impresa se fosse sufficiente la rilevata prescrizione penale a escluderne sic et simpliciter il valore “.

Orbene, se è stata ritenuta insufficiente una motivazione, che pure era stata espressa per giustificare l'ammissione, perché non pertinente al tipo di valutazione richiesta dalla norma oltre che gravemente deficitaria rispetto all'insieme dei fatti da valutare, a maggior ragione non può ritenersi legittima una motivazione che si limiti a dare atto solo di aver esaminato la documentazione presentata.

D'altronde sostenere che la motivazione espressa sia necessaria solamente quando debba disporsi l'esclusione e non quando si ammetta un concorrente al prosieguo della gara, equivale a dire che solo il concorrente escluso ha diritto a ciò che costituisce un requisito generale dei provvedimenti amministrativi cioè la motivazione, per valutare la possibilità di adire il giudice amministrativo, mentre colui che partecipa alla gara e che ha visto ammettere altro concorrente poi aggiudicatario non viene messo sullo stesso piano.

Il Collegio è consapevole dell'esistenza di un indirizzo per cui la motivazione dell'ammissione sulla non gravità dei fatti contenuti nella dichiarazione può essere anche implicita o per facta concludentia, ma se tale orientamento può condividersi laddove il fatto segnalato sia unico o comunque rivesta in sé manifestamente il carattere della non gravità o della non rilevanza, essendo in qualche modo ricostruibile l'iter logico seguito, non può ammettersi che di fronte ad una nutrita serie di elementi da valutare – e si tratta di valutazione di carattere discrezionale nella quale il giudice non può sostituirsi - la Stazione appaltante motivi implicitamente.

Il vizio riscontrato non comporta l'esclusione della controinteressata pretesa dalla ricorrente, ma la necessità di riedizione del potere di valutazione delle circostanze.

Pertanto, a partire dal verbale che ha disposto l'ammissione della controinteressata, tutti gli atti conseguenti debbono essere annullati affinché la Stazione appaltante esamini nuovamente il contenuto della dichiarazione della controinteressata e, anche attraverso un'eventuale attività istruttoria, esprima un motivato giudizio se i fatti ivi segnalati nel loro complesso minino o meno l'integrità e l'affidabilità del concorrente.

L'accoglimento del primo motivo rende superfluo l'esame del terzo motivo e di quelli formulati in via subordinata.

Il parziale accoglimento del ricorso giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta definitivamente pronunciando sui ricorsi principale e incidentale, come in epigrafe proposti, accoglie nei sensi di cui in motivazione con annullamento degli atti ivi indicati il ricorso principale e respinge il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e 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.

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2021 in videoconferenza con collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 D.L. n. 137/2020 con l'intervento dei magistrati:

Silvia La Guardia, Presidente

Carlo Buonauro, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Ugo De Carlo

IL PRESIDENTE
Silvia La Guardia

IL SEGRETARIO

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