

Pubblicato il 07/10/2022

N. 06203/2022 REG.PROV.COLL.
N. 03144/2022 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 Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3144 del 2022, proposto da
DHI – Di Nardi Holding Industriale S.p.a., con sede legale in Pastorano, Via
Nazionale Appia, Località Spartimento, in persona del legale rappresentante,
Scuncio Giancarlo, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini,
Francesco Vagnucci, con domiciliazioni digitali, come da p.e.c.:
francescovagnucci@ordineavvocatiroma.org ; arturo.cancrini@avvocato.pe.it;

contro

Comune di San Nicola La Strada, in persona del legale rappresentante *pro-*
tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Ceceri, con domicilio
fisico eletto in Napoli, via Riviera di Chiaia, n. 207 e domicilio digitale come
da p.e.c.: giuseppe.ceceri@avvocatismcv.it ;

per l'annullamento

- della Determinazione Area V – LL.PP. Manut. Igiene e Ambiente n. 72 del
19.5.2022, con cui il Comune di San Nicola La Strada ha disposto di annullare
il provvedimento prot. n. 294 del 18.11.2020 di aggiudicazione all'odierna
ricorrente DHI della gara esperita per l'affidamento dei “*servizi di raccolta e*

trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati, dei servizi di igiene urbana e complementari del Comune di San Nicola La Strada” e di procedere alla conseguente risoluzione del contratto d'appalto stipulato *inter partes* in data 29.6.2021;

- della nota del 27.5.2022 con cui il Responsabile dell'Area V del Comune di San Nicola La Strada ha invitato DHI a proseguire il servizio “*nel rispetto ed alle condizioni del contratto rep. n. 82 del 29.6.2021 e della citata D.D. n. 72 del 19.5.2022, in attesa dell'individuazione del nuovo affidatario da parte dell'amministrazione*”;

- per quanto di ragione, della nota prot. n. 0028024 del 18.11.2021 con cui il Responsabile dell'Area V del Comune di San Nicola La Strada ha comunicato a DHI l'avvio del procedimento di esclusione dalla gara avente ad oggetto lo svolgimento dei “*servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati, dei servizi di igiene urbana e complementari del Comune di San Nicola La Strada*” e per la risoluzione del contratto rep. n. 82 del 29.6.2021;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;

e con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà della odierna ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Nicola La Strada;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2022 il dott. Vincenzo Cernese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con sentenza n. 3867/2021 il TAR Campania, Sez. VIII, accoglieva il ricorso proposto dalla DHI che si era collocata al secondo posto della graduatoria finale di merito, immediatamente alle spalle della società Eco.Car. S.r.l. nella gara indetta dal Comune di San Nicola La Strada per l'affidamento del servizio di *“raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani e complementari”* nel territorio comunale, per la durata di tre anni e con un importo complessivo di aggiudicazione pari a € 7.098.615,00;

- confermata la suddetta sentenza in grado d'appello dal Consiglio di Stato, con sentenza della Sez. IV, n. 1594 del 23.2.2021, avendovi ravvisato *“un chiaro difetto di istruttoria e di motivazione”*, in sede di conseguente ottemperanza al giudicato, con determina n. 294 del 18.11.2020, il Comune di San Nicola La Strada disponeva l'aggiudicazione della commessa per subentro alla precedente aggiudicataria in favore di DHI Di Nardi del servizio controverso, per un importo di aggiudicazione complessivamente pari a € 6.581.728,16, e, in data 29.6.2021, veniva stipulato il contratto d'appalto rep. n. 82, con decorrenza dalla data di consegna del servizio in via d'urgenza (20.1.2021);

- nelle more, con nota del 20.3.2021 (e, quindi, dopo la consegna in via d'urgenza del servizio a DHI, ma prima della stipula del relativo contratto di appalto), l'Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.) comunicava alla DHI l'avvio di un procedimento sanzionatorio a cagione dell'iscrizione nel casellario informatico di una annotazione interdittiva ai sensi dell'art. 80, comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016, originato dalla segnalazione, da parte di una stazione appaltante (Comune di Frattaminore), di una dichiarazione asseritamente non veritiera resa da DHI (nella veste di ausiliaria di altro operatore concorrente) nell'ambito di una procedura di gara ed, all'esito dell'esperimento contraddittorio procedimentale, con determinazione n. 672 del 28.9.2021, l'A.N.A.C. disponeva l'inserimento nel casellario informatico di un'annotazione interdittiva ex art. 80, comma 12, D.Lgs. n. 50/2016, di durata pari a 45 giorni, con applicazione di contestuale sanzione pecuniaria;

- la predetta determinazione veniva tempestivamente impugnata da DHI con ricorso innanzi al TAR per il Lazio, con richiesta di sospensione cautelare degli effetti a fronte del rischio di perdita delle commesse già aggiudicate ed, all'esito della camera di consiglio del 17.11.2021, con ordinanza n. 6496 del 18.11.2021, l'adito TAR disponeva la sospensione cautelare degli effetti della Deliberazione ANAC n. 672/2021 avuto riguardo della *“parziale irreparabilità del pregiudizio correlato all'adozione del provvedimento impugnato”*, contestualmente fissando al 26.1.2022 l'udienza pubblica per la definizione nel merito della controversia;
- lo stesso giorno di emanazione dell'ordinanza cautelare, con nota prot. n. 0028024 del 18.11.2021, il Comune di San Nicola avviava il procedimento di esclusione di DHI dalla gara, annullamento dell'aggiudicazione e risoluzione del contratto, per avere rilevato che, *“a seguito di un controllo eseguito presso il casellario informatico tenuto dall'ANAC, è emersa un'annotazione, ai sensi dell'art. 80, comma 12, d.lgs. n. 50/2016, assunta con delibera ANAC n. 672 del 28 settembre 2021, pubblicata in data 13 ottobre 2021, con cui è stata applicata una sanzione interdittiva pari a 45 giorni a carico della società esecutrice il servizio in oggetto”*, con conseguente (asserita) soluzione di continuità nel possesso dei requisiti in capo alla Società ricorrente. Inoltre, a detta del Comune precedente, DHI avrebbe in ogni caso dovuto notificare tempestivamente il Comune di San Nicola in ordine a tale vicenda, con conseguente sussistenza in capo alla DHI anche della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016;
- nel riscontrare tale nota, DHI rappresentava al Comune di San Nicola le seguenti circostanze: la Delibera A.N.A.C. n. 672/2021 era stata impugnata dalla Società con ricorso incardinato innanzi al TAR Lazio al R.G. n. 10440/2021 e la relativa esecuzione risultava, allo stato, sospesa dal predetto Tribunale, mentre, quanto all'ipotetica omissione informativa, tale delibera - siccome adottata in conclamata carenza dei presupposti di legge - era stata tempestivamente impugnata da DHI con ricorso avviato alla notifica in data

2.11.2021 (vale a dire dopo neppure 20 giorni dalla relativa pubblicazione, giorni feriali compresi); tuttavia, non avendo a tale nota procedimentale fatto seguito alcun riscontro da parte del Comune di San Nicola La Strada, ad avviso della ricorrente, ciò avrebbe determinato la conseguente decadenza *per silentium* del procedimento;

- successivamente, culminata la vicenda procedimentale con l'adozione della Delibera A.N.A.C., con sentenza n. 6 4798 del 21.4.2022 il TAR del Lazio respingeva il ricorso di DHI che, reputando l'erroneità in punto di fatto e di diritto dei rilievi ivi svolti, proponeva appello innanzi al Consiglio di Stato avverso la predetta sentenza;

- nelle more della relativa impugnazione al Consiglio di Stato, il Comune di San Nicola La Strada - dopo avere dato atto che:

- *“con nota di questo ufficio prot. n. 28024 del 18 novembre 2021, sul presupposto dell'annotazione Anac n. 672 del 28 settembre 2021, pubblicata il successivo 13 ottobre si comunicava alla ditta DHI spa l'avvio del procedimento finalizzato alla decadenza o annullamento dell'aggiudicazione”;*

- *“la DHI - Di Nardi Holding non ha fatto pervenire osservazioni nel termine assegnato”* [in contrario DHI asserisce di aver riscontrato tale nota in data 26.11.2021, n.d.r.];

- *“in conseguenza della paralisi operativa del provvedimento Anac disposta dal giudice capitolino, lo scrivente ufficio ha opportunamente soprasseduto dal dare corso alle preannunciate misure di decadenza/annullamento e di risoluzione”;*

- *“all'esito della udienza di merito, il Tar ha respinto il ricorso con sentenza della prima sezione n. 4798 del 21 aprile 2022 (allo stato non appellata e, dunque, non sospesa)”;*

ritenendo essersi *“riespanso il potere-dovere dell'Ente di provvedere in ordine alle misure preannunciate con l'anzidetta nota di comunicazione di*

avvio del procedimento, costituenti esito vincolato del mero accertamento della perdita della continuità dei requisiti”, disponeva l’annullamento della determina n. 294 del 18.11.2020 di aggiudicazione alla DHI, con conseguente risoluzione del contratto d’appalto stipulato *inter partes*.

Infine, preso atto che il Comune suddetto si era determinato nel senso di annullare la disposta aggiudicazione del servizio in favore della DHI procedendo, altresì, alla risoluzione del contratto stipulato in data 29.6.2021, contestualmente, ingiungeva alla DHI di assicurare *“la prosecuzione del servizio fino all’individuazione da parte dell’Ente della nuova ditta appaltatrice e conseguente passaggio di cantiere in data che sarà tempestivamente comunicata”* e, successivamente, con nota prot. 0015246 del 27.5.2022, specificando che la prosecuzione del servizio sarebbe dovuta avvenire *“nel rispetto ed alle condizioni del contratto rep. n. 82 del 29.6.2021 e della citata D.D. n. 72 del 19.5.2022, in attesa della individuazione del nuovo affidatario da parte dell’amministrazione”*.

La società DHI – Di Nardi Holding Industriale S.p.A., con ricorso notificato il 21.06.2022 e depositato il giorno 27 successivo, propone la formale impugnativa in epigrafe.

Si costituiva in giudizio il Comune di San Nicola La Strada chiedendo il rigetto del ricorso, come inammissibile, improcedibile e, comunque, manifestamente infondato.

Alla pubblica udienza del 28 settembre 2022 il ricorso era ritenuto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente - e la questione ha formato oggetto di puntualizzazione anche da parte della ricorrente - alcun dubbio può esservi sulla sussistenza, nella presente controversia, della giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento al disposto annullamento dell’aggiudicazione, ed alla conseguente risoluzione del contratto.

Sul punto è sufficiente osservare che anche successivamente all'aggiudicazione della gara di appalto, la stazione appaltante – e, in sede di esecuzione del rapporto contrattuale, la P.A. appaltante - conserva poteri autoritativi che gli consentono di intervenire con provvedimenti, anche sanzionatori, sul rapporto contrattuale (cfr. Cons. Stato sez. IV, 24 marzo 2010, n.1713, secondo cui *“La giurisdizione generale di legittimità del g.a. si applica anche nelle controversie relative al diniego di autorizzazione al subappalto, non potendo escludersi che anche nella fase esecutiva del contratto di appalto, proprio a causa dell'essere quest'ultimo funzionale alla realizzazione di un interesse pubblico, l'Amministrazione committente disponga di poteri autoritativi nei confronti dell'affidatario, il cui esercizio si manifesti attraverso atti aventi natura provvedimentoale e a fronte dei quali la posizione dell'impresa appaltatrice si attegga a interesse legittimo”*; sul punto cfr. anche Cass. Civ., 18 novembre 2016, n. 23468).

Tale è appunto il caso di specie in cui la (supposta) sopravvenuta carenza del requisito di carattere generale in capo alla DHI costituisce genuinamente espressione di una prerogativa di autotutela pubblicistica, avendo il Comune posto a fondamento della propria determinazione la (asserita) sopravvenuta perdita del requisito di carattere generale in capo alla DHI, nell'esercizio di un potere autoritativo, di tipo discrezionale, attribuitogli direttamente dalla legge, a fronte del quale la posizione del contraente privato degrada a mero interesse legittimo.

Nel caso di specie la giurisdizionale del giudice amministrativo non può essere negata - nonostante il resistente Comune abbia sollevato sul punto eccezione di inammissibilità per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo - neanche con riferimento alla nota del 27.5.2022 (doc. 2) con cui il Responsabile dell'Area V del Comune di San Nicola La Strada ha invitato DHI a proseguire il servizio nel rispetto ed alle condizioni del contratto rep. n. 82 del 29.6.2021.

Ancora in rito va esaminata l'istanza avanzata dalla difesa della ricorrente di sospensione del giudizio in attesa della definizione della questione pregiudiziale, attesa l'attuale pendenza della impugnativa innanzi al Consiglio di Stato della sentenza del TAR.

L'istanza non può essere accolta in considerazione della assenza dei presupposti normativi della sospensione posto che tale ultima sentenza, *ope legis* esecutiva, non risulta sospesa in sede cautelare dal giudice di appello, né risulta ancora fissata l'udienza di discussione.

Ciò posto, il ricorso è parzialmente fondato relativamente alla impugnativa della nota prot. 0015246 del 27.5.2022, con la quale si specifica che la prosecuzione del servizio sarebbe dovuta avvenire *“nel rispetto ed alle condizioni del contratto rep. n. 82 del 29.6.2021 e della citata D.D. n. 72 del 19.5.2022, in attesa della individuazione del nuovo affidatario da parte dell'amministrazione”* nei termini e nei limiti di cui appresso, mentre è infondato con riferimento alla impugnativa della determinazione n. 72 del 19.5.2022, con cui il Comune di San Nicola La Strada ha disposto di annullare il provvedimento prot. n. 294 del 18.11.2020 di aggiudicazione all'odierna ricorrente DHI determina.

Per ragioni di ordine logico-giuridico, appare utile anteporre alla prima censura (basata su aspetti essenzialmente formali e procedimentali, sì come legati al tema del giusto procedimento di legge), la trattazione del secondo motivo di ricorso, che ha riguardo direttamente ed immediatamente al bene della vita preteso dalla ricorrente, identificato nel mantenimento dell'aggiudicazione della gara in precedenza disposta in suo favore.

Con la seconda censura, infatti, è dedotta la violazione di legge (art. 80, comma 5, lett.- f) e comma 12; art. 213, comma 13 del D.L. vo n. 50/2016), oltre all'eccesso di potere (per difetto di istruttoria, difetto di proporzionalità, illogicità, irragionevolezza, ingiustizia manifesta e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto), in proposito rilevandosi che:

- il provvedimento impugnato è illegittimo anche nel merito, laddove fa automaticamente discendere dalla reviviscenza della Determina A.N.A.C. n. 672/2021 (tutt'ora sub iudice) la sopravvenuta perdita della continuità nel possesso dei requisiti ex art. 80, co. 6, del D.Lgs. n. 50/2016, così sostanzialmente andando al di là della lettera e della ratio alla base della disposizione di cui all'art. 80, comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016,;
- di talché, per espressa previsione normativa, la sanzione interdittiva comminata dall'A.N.A.C. implica l'esclusione dell'operatore che ne sia attinto dalle "procedure di gara" in corso nonché l'interdizione a partecipare a nuove gare per tutta la durata della sanzione, ma non certo la decadenza da tutti i contratti già stipulati e che siano in corso di esecuzione;
- in altri termini, la disposizione del Codice non avrebbe attribuito all'A.N.A.C. il potere di irrogare una sanzione di generale incapacità a contrarre a carico dell'operatore che si sia reso responsabile di una falsa dichiarazione, bensì – assai più limitatamente – quello di interdire al concorrente di acquisire nuovi affidamenti (*"ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti in subappalto"*), ulteriori rispetto a quelli già in corso di esecuzione e, diversamente opinando, si riconoscerebbe all'ANAC un potere sanzionatorio marcatamente afflittivo (i.e. quello di comminare una vera e propria incapacità a contrarre con soggetti pubblici) in assenza di quelle rafforzate guarentigie di legge che devono presiedere i procedimenti sanzionatori aventi un contenuto decisamente afflittivo come sarebbe quello in discorso.

La prospettazione di parte ricorrente non merita condivisione.

Al riguardo, osserva il Collegio che l'art. 80, comma 5, lett. f) ter del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto *"l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti. Il motivo di esclusione perdura fino a quando*

opera l'iscrizione nel casellario informatico"; il comma 12 della medesima norma prevede a sua volta che *“in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia”*. Infine, il comma 6 stabilisce che *“le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1,2, 4 e 5”*.

Dalla lettura delle disposizioni appena richiamate è possibile ricavare che l'operatore economico deve essere immediatamente escluso ogni volta in cui la sanzione interdittiva dell'ANAC venga irrogata in pendenza di una procedura di gara.

Come affermato da recente giurisprudenza, che questo Collegio condivide, la sanzione non produce un mero effetto preclusivo, ma altresì espulsivo (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 27 novembre 2019, n. 5593; cfr. anche Cons. Stato, sez. V, n. 386/2021 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, n. 3545/2022 e n. 5354/2021).

A tale conclusione conduce innanzi tutto l'interpretazione letterale delle norme richiamate.

Ed invero il comma 6, come visto, prevede che l'esclusione degli operatori economici privi dei requisiti di partecipazione possa intervenire *“in qualunque momento della procedura”*, a causa di atti compiuti o omessi *“prima o nel corso della procedura”*.

Inoltre, la lett. f ter nel prevedere che "*Il motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico*", da un lato preclude l'ultrattività della sanzione, dall'altro, però, ne conferma in modo inequivoco la natura di motivo di esclusione che, alla stregua di quanto sopra evidenziato, produce i propri effetti nelle procedure in corso, rendendo doverosa la misura espulsiva, anche successiva all'aggiudicazione, della società destinataria della sanzione.

Ad ulteriore sostegno della suddetta tesi, inoltre, può essere altresì invocata l'esigenza di assicurare alle sanzioni un "concreto grado di effettività" alle misure sanzionatorie adottate dall'ANAC (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 27 novembre 2019, n. 5593), così come la necessità di dare rigorosa applicazione ai principi di buona fede e leale collaborazione applicabili alle gare pubbliche.

Infine, certamente assume portata dirimente il generale principio in base al quale i partecipanti alle gare pubbliche devono possedere i requisiti di partecipazione ininterrottamente durante tutto il periodo di svolgimento della gara, dal giorno di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, fino all'aggiudicazione della gara, alla stipula del contratto e fino alla fase di esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n.8; di recente anche Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2019, n. 1141).

Pertanto la tesi della ricorrente per la quale l'iscrizione nel casellario AN.A.C. avrebbe conseguenze negative interdittive per l'impresa circoscritte sul piano oggettivo e temporale, ossia con riferimento alla (mancata) ammissione alla singola gara in corso e alla partecipazione a nuove gare, unicamente per tutto il tempo di durata della sanzione, ma senza comportare la decadenza da tutti i contratti già stipulati, non è condivisibile.

In proposito vale ribadire che la regola posta dall'articolo 80, commi 6 e 12, del D.L. 50/2016 ha un ambito che non resta confinato alla mera e contingente irrogazione della sanzione, ma possiede una forza espansiva ben maggiore che gli deriva dal fatto di costituire espressione ed applicazione del

principio generale di continuità ed immanenza nel possesso dei requisiti di partecipazione (non solo ai fini dell'ammissione e della partecipazione alla singola gara, ma anche) per tutto il periodo di materiale espletamento di analoghi servizi contrattualmente appaltati con altre pubbliche gare e fino al loro esaurimento.

In argomento il Consiglio di Stato ha precisato che la misura interdittiva che scaturisce dall'iscrizione nel casellario A.N.A.C. ha:

- effetti preventivi diretti consistenti nell'inibizione, o sospensione, della possibilità per l'operatore economico di partecipare alle gare che saranno indette dopo l'iscrizione, per tutto il periodo di durata dell'efficacia di questa;
- ha effetti immediati indiretti, distinti in due fattispecie; e segnatamente: o la perdita, nelle more di una diversa procedura di gara, della capacità di contrarre con la pubblica amministrazione; o l'obbligo di rappresentare comunque tale circostanza alla stazione appaltante. Soltanto rispetto all'obbligo dichiarativo l'onere imposto alle imprese è funzionale a consentire alle stesse stazioni appaltanti ogni opportuna valutazione circa l'affidabilità professionale dell'operatore economico; quanto, invece, alla perdita della capacità di contrarre con la pubblica amministrazione, vale che "la capacità a contrarre con la Pubblica amministrazione - sospesa a seguito di tale provvedimento [la misura interdittiva disposta dall'A.n.a.c.] - integra indubbiamente un requisito di ordine generale per la partecipazione alle gare" che viene a mancare (Cons. Stato, sez. V, n. 8514/2019).

Con ulteriore profilo di censura la ricorrente deduce che, in ogni caso, anche a non volere ritenere che tale motivo di esclusione operi anche con riferimento ai contratti in corso di esecuzione di un contratto già stipulato, esso non ha carattere automatico, dovendo la Stazione appaltante farsi necessariamente carico, nell'esercizio della propria discrezionalità, di motivare perché l'iscrizione dell'impresa esecutrice nella Sezione B del Casellario ANAC abbia determinato la rottura del rapporto fiduciario *inter partes*.

Tale corredo motivazionale risulterebbe, nel caso di specie, del tutto assente; e, comunque, anche dal punto di vista sostanziale, stante il carattere non definitivo del provvedimento giurisdizionale addotto a sostegno dell'esclusione, e comunque l'esiguità della sanzione interdittiva, il consolidamento della posizione di DHI nell'esecuzione della commessa, i rilevanti interessi economici coinvolti nella vicenda e, non ultimo, l'interesse dell'utenza cittadina a vedersi assicurato il regolare svolgimento del servizio, avrebbero dovuto condurre il Comune ad assegnare prevalenza all'interesse (di rango pubblicistico) al regolare svolgimento del servizio affidato alla DHI. Ciò, quantomeno, sino al definitivo accertamento giurisdizionale sulla legittimità o meno del provvedimento interdittivo comminato dall'ANAC.

In ogni caso, ammesso e non concesso che si sia verificata una effettiva (comunque brevissima) cesura nel possesso dei requisiti ex art. 80, comma 5, lett. f-ter), e comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016, essa non sarebbe idonea a determinare ex se l'esclusione del concorrente dalla gara. In effetti, il principio di continuità nel possesso dei requisiti ha la sua massima latitudine espansiva in fase di gara, in cui assumono rilievo primario le esigenze di *par condicio competitorum* e di imparzialità amministrativa. Di converso, in fase esecutiva, laddove oramai tali istanze risultano ridimensionate, l'applicazione di tale principio esige di essere temperata nel doveroso bilanciamento con gli altri interessi di rilievo pubblicistico che vengono concretamente in rilievo in fase esecutiva, *in primis* l'interesse pubblico alla regolare esecuzione del servizio nonché l'immanente principio di certezza del diritto e tenuto altresì conto dell'entità e della rilevanza della violazione.

L'ordine di idee di parte ricorrente non è condivisibile.

Come ben rilevato dal resistente Comune, il comma 5, lett. f-ter dell'art. 80, nel richiedere, al fine di comminare la sanzione espulsiva, una valutazione discrezionale della stazione appaltante, non impatta sulle conseguenze espulsive automatiche a cui dà origine l'iscrizione nel casellario con effetti

interdittivi, qualora intervenga nel corso di un appalto, poiché detti effetti sono regolati dal comma 6 dell'articolo 80.

Peraltro, è stato chiarito che laddove il comma in esame precisa che il motivo di esclusione perdura

fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico, esso deve essere inteso nel senso di impedire l'ultrattività dell'iscrizione nel casellario, il che vale a dire, appunto, che l'effetto espulsivo automatico – regolato dal comma 6 – cessa quando l'iscrizione è cancellata o perde efficacia, essendo decorso il periodo di vigenza fissato dall'ANAC ai sensi dell'art. 80, comma 12. E' incontestabile che nel caso di specie, la sopravvenienza della misura interdittiva nel corso della fase esecutiva, cagionando la perdita della capacità a contrarre con la p.a. e, quindi, di

un requisito generale di partecipazione della DHI, *“ha comportato la perdita della continuità dei requisiti di partecipazione in corso di gara, circostanza di per sé costituente un'autonoma causa di esclusione dalla procedura”* (cfr. Cons. Stato, Ad. Plenaria n. 8/2015, secondo cui *“nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità”*; anche, tra le altre, di recente, Cons. Stato, V, 12 maggio 2020, n. 2968; Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2019, n. 1141; Cons. di Stato, sez. III, sent. n. 1050/20173 ; T.a.r. Puglia, Lecce, sent. n. 72/20224, riformata in appello da Cons. di Stato, sez. V, sent. n. 7732/2022, ma espressamente confermata sotto il profilo del necessario possesso dei requisiti generali e speciali senza soluzione di continuità).

Nella pronuncia citata [la n. 8/2015], l'Adunanza Plenaria chiarisce che il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di

presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e speciale per contrattare con la P.A.

Pertanto nella fattispecie, dopo avere formalmente acquisita la informativa che in occasione altra analoga procedura di affidamento indetta da altro Comune era stato inserito la società nel registro delle interdittive, con la comminatoria della sanzione interdittiva fino ad un massimo di 64 giorni, unitamente alla generale incapacità a contrarre della società, non restava alcun margine di discrezionalità od altra alternativa al Comune di San Nicola la Strada che - quale che fosse la fase in cui si trovava l'affidamento- che disporre l'annullamento dell'aggiudicazione e la risoluzione del contratto intercorrente fra le parti.

Quanto, poi, alla prima censura inerente alla violazione di legge (artt. 2, 3, 9, 10-bis e 21- octies della L. n. 241/1990; art. 80, Co. 5, Lett. F-Ter, e co. 13 del D.L. vo. n. 50/2016), oltre all'eccesso di potere - per essere stato il provvedimento di annullamento gravato, adottato in violazione delle cogenti garanzie partecipative imposte dalla legge sul giusto procedimento amministrativo, ad iniziare dal doveroso invio di una comunicazione di avvio del procedimento, in ragione della instaurazione di da una qualsivoglia interlocuzione o contraddittorio procedimentale con la Società deducente - il Collegio la ritiene infondata.

Occorre, infatti, rilevare come la comunicazione di cui alla nota prot. n. 0028024 del 18.11.2021, indirizzata alla società odierna ricorrente, e relativa all'avvio del procedimento di annullamento dell'aggiudicazione e di

risoluzione del contratto in corso di esecuzione, si presenta esaustiva di ogni adempimento in tema di instaurazione del giusto procedimento di legge, esigibile nei confronti della Stazione appaltante.

Invero, a seguito della sospensione cautelare da parte del T.a.r. del Lazio della sanzione applicata dall'A.N.A.C., doverosamente la predetta Stazione ha sospeso ogni determinazione in merito all'aggiudicazione ed alle sorti del contratto già in corso di esecuzione, ma allorquando, con il rigetto nel merito del ricorso da parte del Tar Lazio è apparso evidente che nulla ostava all'annullamento dell'aggiudicazione ed alla risoluzione del contratto, altrettanto doverosamente la Stazione appaltante ha agito in tal senso portando a compimento proprio ciò che era stato preannunciato con la nota del 18.11.2021.

Per la parentesi giurisdizionale nella produzione degli effetti che aveva riguardato la delibera A.N.A.C., parte ricorrente pretende l'invio di un'ulteriore comunicazione, senza tener conto che in realtà l'obbligo legale era stato regolarmente adempiuto, e non poteva certo essere messo in discussione dalle contingenti vicende procedimentali che possano avere interessato i provvedimenti impugnati.

Inoltre, occorre osservare come la comunicazione che nella specie si richiede dalla ricorrente non è quella, a tutela di un interesse pretensivo, di cui all'articolo 10 bis della L. 241 del 1990 (come ipotizzato nel ricorso), ma, ai sensi del precedente articolo 7, a tutela di un interesse oppositivo. Infatti la Determinazione Area V – LL.PP. Manut. Igiene e Ambiente n. 72 del 19.5.2022, con cui il Comune di San Nicola La Strada ha disposto di annullare il provvedimento prot. n. 294 del 18.11.2020, di aggiudicazione all'odierna ricorrente DHI, non si presenta come un evento fisiologico a conclusione di una qualunque procedura, per la quale necessita conoscere i motivi ostativi del mancato accoglimento della stessa, ma un atto di autotutela a fronte di un interesse oppositivo a conoscere le ragioni del *contrarius actus* al fine di

instaurare un contraddittorio con la P.A. procedente per mantenere integra la propria sfera giuridica e con essa il beneficio conseguito.

La precisazione è importante perché, oltre a rendere applicabile la sanatoria ex art. 21-octies, l. 241/1990, si presta ad un opportuno distinguo, atteso che, mentre in caso di comunicazione di conclusione (con esito negativo) del procedimento è necessario conoscere i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, in caso di comunicazione di avvio di un procedimento di autotutela di II grado, è sufficiente essere notiziato del risultato ultimo avuto di mira dall'Amministrazione con una sommaria esposizione delle ragioni del *contrarius actus* riconducibile sempre alla prevalenza dell'interesse pubblico sull'interesse privato, ai fini del ripristino della legalità violata.

Quanto precede vale a superare le perplessità manifestati dal ricorrente in ordine alla insufficiente confutazione a fronte dell'invio della comunicazione di cui alla nota prot. 0028024.

In maniera dirimente e richiamato quanto già sopra rilevato in ordine alla insussistenza dei presupposti per sospendere il presente giudizio e contrariamente a quanto infondatamente dedotto, a fronte della incontestabile natura vincolata (nonostante il resistente Comune erroneamente asserisca il contrario) del provvedimento di autotutela disposto dalla P.A., in applicazione degli artt. 7 e 21-octies della Legge 241 del 1990, non è da ritenere sufficiente la mera richiesta di invio della comunicazione di avvio del procedimento, essendo onere dell'interessato illustrare le ragioni per le quali il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato avrebbe dovuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Nella specie un tale onere non risulta essere stato assolto dall'odierna ricorrente.

Con la terza censura è dedotta la violazione di legge (art. 80, commi 4 e 12; art 213, co. 13, D.L. vo n. 50/2016), oltre all'eccesso di potere, nella parte in cui viene ordinato alla DHI di proseguire il servizio "*fino all'individuazione da parte dell'Ente della nuova ditta appaltatrice e conseguente passaggio di*

cantiere” (Determina n. 72/2022, doc. 1), “nel rispetto delle condizioni del contratto rep. n. 82 del 29.6.2021 e della citata D.D. n. 72 del 19.5.2022” (nota del 27.5.2022, doc. 2).

La censura merita condivisione.

In proposito, come già sottolineato da TAR Napoli con sentenza n. 168 del 12 marzo 2020, l'ente può solo imporre al privato l'erogazione delle prestazioni nonostante la scadenza del contratto stipulato tra le parti, anche in assenza del consenso da parte dell'impresa a prorogarne spontaneamente gli effetti, ma non può certo imporre alla società un corrispettivo per l'espletamento di quel servizio e tantomeno può farlo rinviando ad accordi contrattuali sulla cui vigenza ed efficacia vi è contesa tra le parti. Invero, diversamente opinando, si consentirebbe all'Amministrazione di sacrificare la libera iniziativa economica privata a beneficio del proprio esclusivo interesse al risparmio di spesa, con violazione dei principi desumibili dall'art. 41 Cost. (cfr. in tal senso, C.d.S, V, 2.12.2002 n. 6624).

In altri termini, nella materia in esame, occorre trovare un bilanciamento tra le esigenze pubblicistiche connesse alla necessità di prosecuzione del servizio e quelle private all'ottenimento del giusto prezzo, obiettivo necessario per garantire il rispetto del principio di proporzionalità tra le prestazioni, di matrice comunitaria, operante anche nell'ordinamento interno in forza del richiamo ai principi di diritto europeo sancito dall'art. 1 della legge n. 241/90 e del più generale principio di ragionevolezza stabilito nell'art. 97 della Costituzione, quale corollario dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione.

Da tutto quanto precede è evidente l'illegittimità dei provvedimenti impugnati laddove viene prevista l'imposizione in via unilaterale ed antieconomica del corrispettivo da parte dell'Amministrazione convenuta, in contrasto con l'esigenza del giusto compenso e con il principio secondo il quale il perseguimento dell'interesse di rilievo pubblico va bilanciato con l'esigenza di arrecare il minor sacrificio possibile ai privati destinatari.

Ne deriva che il canone di esecuzione del servizio affidato con la citata Determina n. 72/2022 avrebbe dovuto essere correttamente commisurato ai costi reali e aggiornati dei fattori produttivi, a partire dai costi del carburante ma senza trascurare i costi delle materie prime non energetiche.

In definitiva, per questa parte, relativamente alla domanda di annullamento della nota prot. n. 0028024 del 18.11.2021 il ricorso si appalesa fondato, e deve essere accolto, per quanto di ragione, con il conseguente annullamento, per quanto di ragione, della predetta nota.

In ragione dell'esito del giudizio di reciproca soccombenza si ravvisano eccezionali motivi per compensare integralmente fra le parti le spese giudiziali

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, relativamente alla impugnativa della nota del 27.5.2022 (censura n. 3), e, per l'effetto, annulla la predetta nota nei sensi di cui in motivazione mentre, per la restante parte, relativamente alla impugnativa della determinazione n. 72 del 19.5.2022, lo respinge.

Compensa fra le parti le spese, le competenze e gli onorari di giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Tomassetti, Presidente

Vincenzo Cernese, Consigliere, Estensore

Paola Palmarini, Consigliere

L'ESTENSORE
Vincenzo Cernese

IL PRESIDENTE
Alessandro Tomassetti

IL SEGRETARIO