

Pubblicato il 18/12/2020

N. 00447/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 00348/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 348 del 2020, proposto da

Temi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Persello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Grado, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianni Zgagliardich, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Sina Impianti S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Emilia Piselli, Daniele Bracci, Gianluca Podda, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Emilia Piselli in Roma, via Giuseppe Mercalli 13;

*per l'annullamento*

della determinazione dirigenziale n. 840 del 16.11.2020 (doc.6) del Responsabile del Servizio LL PP – PROTEZIONE CIVILE del Comune di Grado, ing. Andrea Tessarin e dell'allegato parere, con la quale:

a) è stata disposta l'esclusione della società ricorrente dalla procedura di gara relativa all'aggiudicazione dell'appalto dei lavori di ristrutturazione della Casa di Riposo Serena per la riduzione dei consumi energetici, "a seguito dell'accertata omissione dichiarativa pertinente a

- due risoluzioni contrattuali per grave inadempimento avvenute nel triennio antecedente. Art. 80, comma 5, lett. c), c-bis, e c-ter del D.lgs. n.50/2016 e s.m.i.”;
- b) è stata revocata l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori di ristrutturazione della Casa di Riposo Serena per la riduzione dei consumi energetici disposta in favore di TEMI S.r.l. con determinazione dirigenziale n. 539 del 04.08.2000;
- c) è stata disposta la segnalazione dell'esclusione all'Autorità Nazionale Anticorruzione;
- d) è stata disposta l'escussione della garanzia fidejussoria provvisoria per l'importo di € 9.998,86;
- e) è stato aggiudicato l'appalto dei lavori di ristrutturazione della Casa di Riposo Serena per la riduzione dei consumi energetici alla società SINA IMPIANTI S.r.l., seconda in graduatoria, e per la dichiarazione di inefficacia e/o annullamento del contratto eventualmente stipulato con la contointeressata SINA IMPIANTI S.r.l. con conseguente subentro della ricorrente nell'esecuzione del contratto, ovvero, in subordine, per la condanna del Comune di Grado al risarcimento del danno subito dalla ricorrente per non aver potuto eseguire i lavori, da liquidarsi per equivalente, rimettendosi al Comune di Grado la formulazione di una proposta di risarcimento ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a. (Cons. Stato, Sez. III, 20.02.2020, n. 1607(dep.05.03.2020).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Grado e di Sina Impianti S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti l'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e l'art. 4, comma 1, periodi quarto e seguenti del d.l. 30 aprile 2020, n. 28 (convertito con l. 25 giugno 2020, n. 70);

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2020, svoltasi da remoto attraverso la piattaforma *Microsoft Teams*, il dott. Luca Emanuele Ricci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1.1. TEMI S.R.L. impugna il provvedimento emesso dal Comune di Grado nell'ambito della procedura di gara indetta per l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori di ristrutturazione della Casa di Riposo Serena, con il quale è stata disposta la sua esclusione dalla procedura, revocata

l'aggiudicazione già disposta a suo favore e disposta l'aggiudicazione alla seconda in graduatoria SINA IMPIANTI S.R.L.

1.2. L'esclusione è stata disposta dal Comune ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) e c-ter) del d.lgs. 50 del 2016, per avere la ricorrente omissa di dichiarare due risoluzioni contrattuali avvenute nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara, in relazione a contratti stipulati con ATER Udine.

1.3. In particolare, la decisione è stata adottata sulla base di una relazione redatta dalla società Sigma Consulenze & Servizi, cui è stato affidato (con determinazione n. 656 del 28.09.2020) l'incarico di *“supporto giuridico-amministrativo al R.U.P. in merito alla problematica insorta in fase di verifica dei requisiti sull'impresa aggiudicataria relativamente alla problematica connessa alla mancata autodichiarazione in ordine a precedenti risoluzioni contrattuali”*.

1.3. La ricorrente deduce i seguenti motivi di ricorso:

a) *“Violazione di legge. Art. 80, comma 5 e 10-bis, D. Lgs. n.50/2016. Eccesso di potere per falso presupposto. Eccesso di potere per mancanza di motivazione e/o per motivazione apparente”*, per essere stata presa in considerazione una risoluzione contrattuale non rilevante, cioè quella avvenuta in data 11.07.2017. Secondo *Cons. Stato, Sez. V, 26.10.2020, n.6534*, infatti, il termine triennale dovrebbe computarsi a ritroso dalla scadenza del termine di presentazione delle offerte, che nella fattispecie era il 20.07.2020.

b) *“Violazione di legge. Art. 80, comma 5, D. Lgs. n.50/2016. Art. 10-bis, legge n.241/1990. Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione e/o per motivazione apparente. Eccesso di potere per illogicità, per irragionevolezza e per contraddittorietà”*, perché la stazione appaltante non ha motivato adeguatamente circa l'effettivo carattere falso o ingannevole dell'informazione, circa la sua idoneità a sviare le proprie valutazioni, circa la concreta incidenza del fatto sul giudizio di integrità e affidabilità dell'operatore economico, come disposto dalla recente *Cons. St., Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16*. In particolare, non sono state considerati i rapporti contrattuali in essere tra le parti, il cui svolgimento positivo dimostrerebbe la serietà dell'impresa.

c) *“Violazione di legge. Art. 31, comma 3, D. Lgs. n.50/2016. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza. Violazione del principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)*, perché la stazione appaltante si è spogliata del potere-dovere di svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, delegandola ad un soggetto ad essa estraneo. L'incarico conferito a Sigma non ha avuto ad oggetto la formulazione di un parere “tecnico”, ma un vero e proprio giudizio discrezionale (cioè vere e proprie valutazioni) di

competenza esclusiva dell'amministrazione. A riprova di ciò, la stazione appaltante si è limitata a *prendere atto e approvare* il suddetto parere, senza aggiungere alcuna autonoma considerazione.

d) "*Violazione di legge. Art. 31, comma 3, D. Lgs. n.50/2016 e art. 107, commi 2 e 3, D. Lgs. n. 267/2000. Incompetenza del R.U.P*", perché il provvedimento di revoca è stato adottato dal R.U.P. e non dal competente dirigente del servizio lavori pubblici e dell'area tecnica del Comune appaltante.

2. Il resistente Comune rileva, quanto al primo motivo, che il precedente citato dal ricorrente sarebbe del tutto isolato. In merito al secondo motivo, replica che l'amministrazione ha valutato in concreto l'incidenza dei fatti alla base delle risoluzioni non dichiarate, in particolare interpellando la controparte dei rapporti risolti (ATER Udine). La documentazione fornita conferma la gravità degli inadempimenti del ricorrente e la non veridicità di quanto dichiarato in merito a presunte criticità nelle condizioni di sicurezza relative all'esecuzione di quei rapporti. Quanto al terzo motivo, l'amministrazione afferma che il parere è stato richiesto per avere *indicazioni operative* su una questione giuridico-amministrativa di rilevante complessità, ma non le ha impedito l'esercizio della propria discrezionalità. Infine, quanto all'ultimo motivo, il Comune cita giurisprudenza che riconosce la competenza del R.U.P. nelle determinazioni relative all'esclusione dei concorrenti.

3. La controinteressata SINA IMPIANTI S.R.L. eccepisce l'inammissibilità del primo motivo di ricorso, dovendo la revoca dell'aggiudicazione e la successiva esclusione considerarsi atto c.d. "plurimotivato", con conseguente irrilevanza della considerazione di uno o due episodi di risoluzione. Anche il secondo motivo è ritenuto inammissibile, perché avente ad oggetto valutazioni – quelle relative all'affidabilità del contraente – di esclusiva competenza della stazione appaltante, sottratte al sindacato del giudice. Quanto al terzo motivo, questo sarebbe inammissibile per mancata tempestiva impugnazione della determinazione del Comune, con cui è stato conferito l'incarico al soggetto esterno. Nel merito, evidenzia la natura tecnica delle questioni demandate al soggetto esterno, e l'avvenuto recepimento *per relationem* dell'iter valutativo prospettato nella relazione della società. Infine, l'ultimo motivo di ricorso appare irrilevante ai sensi dell'art. 21-*octies* comma 2, legge 241 del 1990, alla luce della natura vincolata delle determinazioni conseguenti alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico.

4. La ricorrente si è opposta alla discussione da remoto e ha depositato note d'udienza. Afferma che le argomentazioni del Comune in replica al secondo motivo di ricorso operano un'integrazione della motivazione del provvedimento di revoca, inammissibile in sede

giudiziale. Deduce, inoltre, che la delibera di affidamento dell'incarico al soggetto esterno non è stata impugnata in quanto atto endoprocedimentale non immediatamente lesivo.

5. Il Tribunale rileva l'irritualità dell'atto di opposizione. Infatti, la discussione da remoto era stata disposta per volontà dello stesso Tribunale, mentre eventuali opposizioni sono consentite, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.l. 30 aprile 2020, n. 28 (richiamato dall'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137), solo in relazione alle istanze di discussione provenienti dalle parti.

6. Il presente ricorso viene definito con sentenza in forma semplificata all'esito della trattazione dell'istanza cautelare, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., come consentito dalla legge (art. 25, comma 2, d.l. 137 del 2020) anche nel contesto del processo c.d. da remoto. Questa rappresenta, inoltre, la modalità ordinaria di definizione delle controversie in materia di appalti "*compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa*", secondo quanto dispone l'attuale art. 120 comma 6 c.p.a. (come modificato dal d.lgs. 76 del 2020, convertito con l. 120 del 2020).

7. Il ricorso deve essere accolto, per la fondatezza del terzo motivo, che, per come di seguito esplicitato, finisce per ricomprendere e assorbire anche la seconda censura.

8.1. Deve, preliminarmente, disattendersi l'eccezione, formulata dalla controinteressata, di inammissibilità del motivo per mancata tempestiva impugnazione della determinazione del 28.09.2020, con cui la stazione appaltante ha conferito alla società Sigma un incarico di supporto nella valutazione delle omissioni dichiarative. L'atto, pur idoneo ad imprimere una determinata direzione al procedimento, non presentava al momento della sua adozione alcun carattere lesivo per la ricorrente e non radicava quindi il suo interesse ad agire, né faceva decorrere i relativi termini di impugnazione.

8.2. Non appare dirimente neppure il fatto che la determinazione suddetta non sia stata gravata unitamente al provvedimento di revoca ed esclusione. È vero che la natura endoprocedimentale dell'atto non esonera il ricorrente, che intenda contestarne la legittimità, dall'onere di impugnarlo, ma vale solo a posticipare il momento del gravame al configurarsi di una lesione effettiva ed attuale, che radichi l'interesse al ricorso (così si evince, peraltro, dallo stesso *Cons. St., sez. V, 28 giugno 2016, n. 2862* citato dal ricorrente a propria difesa, che esclude la sola impugnazione "*in via autonoma*" degli atti del procedimento). Nello specifico, tuttavia, l'omessa impugnazione congiunta della determinazione di conferimento dell'incarico a Sigma impedisce al Tribunale di scrutinare la legittimità dell'atto in sé considerato e della scelta procedimentale che esso esprime - giudizio che peraltro avrebbe richiesto anche l'evocazione di Sigma, quale controinteressata - non invece la legittimità della decisione finale, anche in

rapporto con il contenuto della relazione redatta dal soggetto esterno e fatta propria dall'amministrazione.

8.3. Il terzo motivo, pertanto, non può essere esaminato nella parte in cui censura la legittimità della decisione adottata dalla stazione appaltante, nel senso di ricorrere ad una società esterna per dare supporto giuridico al R.U.P. Può essere scrutinato, invece, in quanto contesti gli effetti ultimi di tale decisione sul provvedimento impugnato, gravando, in sostanza, quest'ultimo in ragione del modo con cui l'amministrazione ha fatto uso delle risultanze procedurali (compreso il parere di Sigma).

9.1. Ciò premesso, il Tribunale ritiene che le *indicazioni operative* di cui alla relazione di Sigma, in quanto necessariamente finalizzate ad una *valutazione tecnica* e non ad un parere su questioni discrezionali (appare chiara, sotto questo profilo, la portata dell'art. 31, comma 7, che lo stesso Comune individua quale base normativa dell'incarico), avrebbero dovuto essere considerate solo per quanto attiene alle valutazioni dei profili di natura specialistica. Il R.U.P. poteva cioè fondarsi sulle considerazioni relative allo stato del dibattito giuridico sull'art. 80, comma 5 del codice e all'espressione di una preferenza per una determinata opzione ermeneutica, non invece fare proprio il giudizio di merito relativo alla posizione di TEMI.

9.2. La relazione redatta da Sigma, invece, oltre ad esporre la posizione assunta dalla principale giurisprudenza circa il rilievo delle omissioni dichiarative nel giudizio di affidabilità e integrità del concorrente (par. 4 pagg. 7-10), procede ad effettuare direttamente tale giudizio, valutando il merito dei fatti (par. 2), il contenuto delle controdeduzioni del ricorrente (par. 3) e giungendo infine a vere e proprie *conclusioni* (par. 5) all'esito delle quali, accertata l'asserita gravità delle condotte e l'inaffidabilità della ricorrente, afferma che *"il concorrente va pertanto escluso"*.

9.3. Non è possibile dagli atti comprendere esattamente se questa "invasione" della discrezionalità sia dovuta all'eccessiva ampiezza e ambiguità dell'incarico conferito dal Comune a Sigma (che aveva ad oggetto, genericamente, *"indicazioni operative"*), o sia piuttosto frutto di una errata interpretazione della società circa l'oggetto della propria consulenza. Ciò non appare comunque rilevante, giacché il Comune avrebbe potuto ricondurre il tutto nell'alveo della legalità, esercitando correttamente la propria discrezionalità nella decisione finale e quindi considerando la relazione nelle sole parti relative a valutazioni tecniche effettivamente delegabili all'esterno.

9.4. Così non è stato. Nel provvedimento impugnato il Comune giustifica l'esclusione di TEMI limitandosi a riportare i principali passaggi della relazione e proprio nella parte in cui essa fuoriesce dall'ambito delle valutazioni di natura tecnica, entrando nel merito della posizione

della ricorrente e della discrezionalità del soggetto pubblico. La *presa d'atto* e successiva *approvazione* della relazione non valgono a sanare un *modus procedendi* evidentemente viziato, ma anzi confermano che l'amministrazione si è "appiattita" sulla decisione assunta integralmente da un soggetto estraneo ad essa, di fatto esternalizzando, dietro l'apparente richiesta di un supporto tecnico, l'esercizio della discrezionalità amministrativa su una questione dirimente per l'esito della procedura.

9.5. La stessa controparte, nel replicare al secondo motivo, correttamente osserva (citando *Cons. St., Ad. Plen. 28 agosto 2020, n. 16*) che il giudizio di affidabilità del concorrente implica "valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare «il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente»" e non può essere, quindi scrutinato dal giudice. Tantomeno, quindi, tale giudizio altamente discrezionale, poteva essere affidato ad un soggetto estraneo all'amministrazione appaltante (e, in generale, al novero dei soggetti pubblici).

9.6. È solo l'amministrazione, titolare dell'interesse alla corretta esecuzione dell'opera, a dover decidere, secondo i propri insindacabili canoni di valutazione, se l'aggiudicatario dia sufficienti garanzie sul positivo esito del contratto. Esclusivamente l'amministrazione, inoltre, può "pesare" il rilievo da attribuire ai vari elementi informativi di cui dispone, come quelli relativi all'andamento di precedenti rapporti contrattuali con l'operatore (che il ricorrente, a ragione, lamenta non essere stati considerati).

9.7. L'attribuzione di tale giudizio ad una società esterna non può che falsare le valutazioni, per il solo fatto di non essere quelle *proprie* del soggetto pubblico, che ad esso esclusivamente competono. In proposito, si richiama *Cons. St., comm. spec., 23 ottobre 2018, n. 2616* che, nell'esprimere un parere sulle linee guida ANAC recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e carenze esecutive di precedente contratto di appalto significative per l'esclusione di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016" ha riconosciuto l'importanza di non irrigidire il margine di discrezionalità della stazione appaltante quanto alla valutazione sull'affidabilità dell'aspirante contraente. Si tratta, infatti, di un giudizio non predeterminabile, analogo a quello che compie "qualunque soggetto giuridico usando del buon senso e della diligenza comune del buon padre di famiglia", attenendo in particolare al "legame fiduciario che costituisce il cuore di ogni contratto e rapporto giuridico, non solo tra privati, ma anche riguardo alla pubblica amministrazione". È evidente che tali valutazioni, delicate e individuali, non si prestano ad essere esternalizzate.

10.1. L'atto impugnato è, pertanto, illegittimo e meritevole di annullamento.

10.2. La natura del vizio, involgendo il mancato esercizio della discrezionalità e dei poteri di valutazione delle circostanze di cui all'art. 80, comma 5, codice appalti, oltre a giustificare l'esame prioritario del terzo motivo per non incorrere in una violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a. (come insegna Cons. St., Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5), preclude lo scrutinio degli altri motivi, che attengono al merito di un potere non ancora esercitato o (quanto alla quarta doglianza) ad un successivo sviluppo procedimentale.

10.3. Il procedimento dovrà dunque regredire al momento delle valutazioni relative alle conseguenze derivanti dalle omissioni dichiarative di TEMI. Il Comune dovrà autonomamente valutare l'affidabilità dell'operatore alla luce delle circostanze concrete, comprese quelle valorizzate da TEMI con le proprie osservazioni del 14.09.2020. Del modo di esercizio della discrezionalità il Comune dovrà dare compiutamente atto nella motivazione del provvedimento adottato all'esito delle valutazioni predette, che potrà fondarsi sul parere di Sigma solo ed esclusivamente per quanto attiene al suo contenuto tecnico-giuridico (cioè per la trattazione in termini generali e astratti delle problematiche interpretative rilevanti), previo contraddittorio, anche su tali punti, con la ricorrente.

11. Quanto alle ulteriori domande tese alla dichiarazione di inefficacia del contratto e al subentro della ricorrente, si dà atto che il Comune ha affermato di non aver ancora proceduto alla sua stipulazione.

12. Quanto alle spese del presente giudizio, il Tribunale ritiene equo disporre la compensazione integrale, considerato che la presente decisione non incide sul contenuto della discrezionalità amministrativa se non per quanto attiene al *modus procedendi*.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli-Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Compensa integralmente le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2020, svoltasi da remoto attraverso la piattaforma *Microsoft Teams*, con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Luca Emanuele Ricci, Referendario, Estensore



**L'ESTENSORE**  
**Luca Emanuele Ricci**

**IL PRESIDENTE**  
**Oria Settesoldi**

IL SEGRETARIO