

Pubblicato il 31/10/2023

N. 02548/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00849/2023 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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 849 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da Sicurezza e Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difeso dall'avvocata Alfonso Erra, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, in relazione alla procedura CIG 8977335B31;

contro

Comune di Como, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Chiara Piatti, Marilisa Ogliaroso e Antonio Tafuri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Zini Elio s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti

della Determina del Direttore del Settore 9 – Direzione Ambiente-Patrimonio, Servizio Ambiente del Comune di Como prot. n. 864 del 6/4/2023, recante "l'esclusione dell'operatore economico Sicurezza e Ambiente spa" dalla gara per l'affidamento "della concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e viabilità post incidente nel territorio del Comune di Como" e di contestuale "aggiudicazione definitiva" della medesima gara "all'operatore economico Zini Elio srl";

della nota Pec del 12/4/2023 di comunicazione della D.D. 864/2023;

della delibera ANAC n. 563 del 30/11/2022;

della relazione del RUP del 31/3/2023 ID 399916267 del 4/4/2023;

ove necessario e per quanto di ragione dell'avviso a presentare offerta proc. ID 148503734 del 10/12/2021, della lettera d'invito proc. ID 149326521 del 28/12/2021, del CSA e di ogni altro atto della lex specialis;

del silenzio rigetto formatosi sull'istanza di accesso del 13/4/2023 con la quale era stata chiarita l'ostensione della relazione del RUP del 31/3/2023 ID 399916267 del 4/4/2023;

di ogni altro atto presupposto consequenziale e comunque connesso;

nonché per la declaratoria di inefficacia, ex tunc o quantomeno ex nunc, del contratto eventualmente stipulato, l'accertamento del diritto della società ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara de qua, il conseguente subentro, ex tunc o quantomeno ex nunc, nel contratto; in via gradata, per il risarcimento dei danni;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato dalla Zini Elio S.r.l. il 23/5/2023:

della Determina del Direttore del Settore 9 – Direzione Ambiente-Patrimonio, Servizio Ambiente del Comune di Como prot. n. 864 del 6/4/2023, recante "l'esclusione dell'operatore economico Sicurezza e Ambiente spa" dalla gara per l'affidamento "della concessione del servizio di ripristino delle condizioni di

sicurezza stradale e viabilità post incidente nel territorio del Comune di Como” e di contestuale “aggiudicazione definitiva” della medesima gara all'operatore economico Zini Elio s.r.l.;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Zini Elio s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2023 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione del 26.11.2021 il Comune di Como ha indetto una procedura negoziata tra cinque operatori economici – da selezionare previa manifestazione di interesse ed eventuale sorteggio - per l'affidamento in concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e viabilità post incidente nel proprio territorio, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Con nota dell'11.10.2022 il Comune di Como ha presentato istanza di un parere di precontenzioso all'Anac ai sensi dell'art. 211, c. 1, d.lgs. n. 50/2016 in merito alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione del principio di rotazione e per la conseguente esclusione dalla procedura di gara della Sicurezza e Ambiente s.p.a., risultata aggiudicataria.

3. Con delibera n. 563 del 30.11.2022 l'Anac ha sostenuto nel proprio parere che:

- la procedura negoziata non è assimilabile ad una procedura aperta e che, pertanto, ricade nell'ambito di applicazione del principio di rotazione;
- la clausola dell'avviso va interpretata come riferita all'ultimo concessionario del servizio, a prescindere dalle modalità con cui lo stesso gli è stato affidato;

- se la ricostruzione prospettata dalla Zini Elio s.r.l. è positivamente riscontrata dalla stazione appaltante, la rotazione opera nei confronti della Sicurezza e Ambiente s.p.a. che avrebbe dovuto essere esclusa dal campione oggetto del sorteggio dei candidati invitati a presentare offerta.

4. Con determina prot. n. 864 del 6.4.2023 il Comune ha escluso dalla gara la Sicurezza e Ambiente s.p.a., in conformità a quanto affermato dell'Anac nel parere - ritenuto avere carattere vincolante, avendo la stazione appaltante, nell'istanza di precontenzioso, dichiarato di volersi attenere ad esso, ai sensi dell'art. 211, c. 1, d.lgs. n. 50/2016 - e ha disposto l'aggiudicazione in favore della Zini Elio s.r.l.

5. Con ricorso notificato in data 11 maggio 2023, la Sicurezza e Ambiente s.p.a. ha domandato l'annullamento del provvedimento di esclusione, unitamente alla nota di comunicazione della determina, alla delibera dell'Anac n. 563 del 30.11.2022, alla relazione del RUP del 31.3.2023, all'avviso del 10.12.2021, alla lettera d'invito del 28.12.2021 e al capitolato.

6. Questi i motivi di ricorso:

I. violazione dell'art. 36 d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere; violazione e falsa applicazione del criterio di rotazione; eccesso di potere per difetto di istruttoria; falsità dei presupposti e sviamento: l'esclusione della ricorrente, in forza del principio di rotazione sarebbe illegittima poiché la procedura indetta dal Comune, contrariamente a quanto ritenuto dall'Anac nel proprio parere, sarebbe sostanzialmente aperta al mercato;

II. violazione di legge – violazione del divieto di interpretazione estensiva e/o analogica delle clausole di esclusione dall'evidenza pubblica – violazione e falsa applicazione punto 11 avviso pubblico – violazione e falsa applicazione linee guida Anac n. 4 – eccesso di potere – eccesso di potere per falsità dei presupposti-sviamento: l'Anac e il Comune avrebbero illegittimamente interpretato l'art. 11 dell'avviso pubblico, il quale si riferirebbe esclusivamente ai “concorrenti in una

gara” bandita nel triennio antecedente, mentre la ricorrente è stata chiamata ad eseguire alcuni interventi.

7. La ricorrente ha altresì domandato il risarcimento del danno in forma specifica, con subentro nel contratto nelle more eventualmente stipulato, previa declaratoria di inefficacia; ovvero, in subordine, per equivalente economico.

8. La ricorrente ha infine domandato l’annullamento del silenzio formatosi sull’istanza di accesso del 13.4.2023, avente ad oggetto la nota del 7.3.2023 di comunicazione al RUP dell’esito positivo delle verifiche sui requisiti di partecipazione relativamente alla Zini Elio s.r.l. e la relazione del RUP del 31.3.2023.

9. Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha formulato la seguente, ulteriore, censura avverso gli atti già gravati con il ricorso introduttivo: violazione di legge – violazione e falsa applicazione art. 36 d.lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione criterio di rotazione – eccesso di potere – eccesso di potere per difetto d’istruttoria; illogicità, falsità dei presupposti – contraddittorietà – sviamento poiché l’affidamento in via temporanea, nelle more dell’espletamento di una nuova gara d’appalto, di parte delle prestazioni previste dalla concessione alla Aprica s.p.a., sarebbe stata occultata all’Anac ed escluderebbe che la ricorrente possa essere ritenuto gestore uscente.

10. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Como, deducendo, oltre all’infondatezza nel merito del ricorso, la sua inammissibilità ed irricevibilità, e la Zini Elio s.r.l, chiedendo il rigetto nel merito del ricorso.

11. La controinteressata ha proposto ricorso incidentale avverso il provvedimento di esclusione della Sicurezza e Ambiente s.p.a., censurandone l’illegittimità per il seguente motivo: violazione dell’art. 36 d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell’art. 11 dell’avviso pubblico; violazione dell’art. 3 l. n. 241/90; eccesso di potere per falsità dei presupposti.

12. Con memoria depositata in data il Comune ha chiesto la cancellazione di frasi contenute a pagina 7 – e cioè che l'affidamento, in via temporanea, nelle more dell'espletamento di una nuova gara, del servizio alla Aprica s.p.a. integri una “circostanza occultata sia all'ANAC, che alla scrivente società, illumina l'ulteriore illegittimità dei provvedimenti gravati” – e a pagina 9 dei motivi aggiunti – laddove si afferma: “E le ragioni per le quali detta circostanza, comunque rilevante ai fini della ricostruzione del fatto, sia stata taciuta dal Comune, nel corso del procedimento precontenzioso innanzi all'ANAC, risultano oscure se non sviate. ...perché ad ANAC la circostanza de qua era stata tenuta nascosta, inducendo l'Autorità di vigilanza in errore.” e laddove la ricorrente attribuisce all'Anac l'utilizzo di una “formula dubitativa” - ritenute offensive e non veritiere.

13. Con ordinanza n. 487/2023 il Tar ha respinto l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente, ritenendo fornita di fondamento l'eccezione di rito sollevata dall'amministrazione resistente e, con ordinanza n. 2570/2023, il Consiglio di Stato ha respinto l'appello avverso di essa, non ravvisando elementi di *fumus boni iuris* e di *periculum*.

14. Con ordinanza n. 1515/2023 il Tribunale ha dichiarato cessata la materia del contendere sull'istanza formulata ai sensi dell'art. 116, c. 2, cod.proc.amm.

15. All'udienza del 25 ottobre 2023 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

16. Come si è già anticipato con ordinanza cautelare n. 487/2023, il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti sono in parte irricevibili e in parte inammissibili.

16.1 L'art. 211, d.lgs. n. 50/2016 dispone che *“su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'Anac esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto*

del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo”.

16.2 La giurisprudenza ha rilevato come dal tenore di questa norma emerga che, in sede di precontenzioso, l'Anac può esprimere pareri vincolanti e pareri non vincolanti. Il parere vincolante, obbligando le parti ad attenervisi, è atto immediatamente lesivo, condizione questa che ne consente - giusta anche quanto espressamente previsto dalla norma - l'autonoma impugnabilità. Il parere non vincolante, invece, avendo carattere di manifestazione di giudizio, non presenta aspetti di autonoma lesività e non è, dunque, autonomamente impugnabile, ma “assume connotazione lesiva tutte le volte in cui, riferendosi ad una fattispecie concreta, sia fatto proprio dalla stazione appaltante, la quale, sulla base di esso, abbia assunto la relativa determinazione provvedimento. Ne consegue che l'impugnazione del parere facoltativo è consentita unitamente al provvedimento conclusivo della Stazione appaltante che ne abbia fatto applicazione” (Cons. Stato, V, 19.10.2020 n. 6305; VI, 11 marzo 2019, n. 1622, che richiama V, 17 settembre 2018, n. 5424 e VI, 3 maggio 2010, n. 2503).

16.3 Ad avviso del Collegio, il parere assume carattere vincolante, per la parte che abbia acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito, anche nel caso in cui le altre parti non abbiano manifestato il proprio assenso (cfr. Consiglio di Stato, adunanza commissione speciale del 30.8.2016, n. 1920 del 14.9.2016).

Quanto disposto dall'art. 4 del regolamento Anac, il quale, “in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016”, prevede che “*quando l'istanza è presentata singolarmente dalla stazione appaltante o da una parte interessata, il parere reso è da intendersi non vincolante*”, si pone in contrasto con la lettera dell'art. 211, che non subordina il carattere vincolante del parere ad una concorde iniziativa di tutte le parti.

Laddove l'impegno sia stato assunto dalla sola stazione appaltante, questa sarà, quindi, obbligata, nelle proprie determinazioni, ad attenersi al parere.

16.4 Il Collegio ritiene che l'obbligo assunto dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 211, d.lgs. n. 50/2016 renda il parere dell'Anac immediatamente lesivo anche per l'operatore che non si sia obbligato ad attenersi a quanto in esso stabilito.

Tale atto è invero destinato ad essere recepito dall'amministrazione nelle proprie determinazioni e deve essere, pertanto, oggetto di tempestiva impugnazione, proprio in forza della previsione dettata all'art. 211 che ne prevede l'immediata impugnabilità.

Il parere dell'Anac va, invero, a incidere su posizioni di interesse legittimo di cui l'operatore è titolare, non solo quando quest'ultimo si sia previamente obbligato alla sua osservanza, ma anche allorché la stazione appaltante si sia obbligata ad attenersi a quanto in esso stabilito.

Il Collegio ritiene, quindi, di discostarsi dalla linea interpretativa accolta dal Consiglio di Stato con la sentenza sez. V, 29.3.2021, n. 2586, secondo cui l'onere di immediata impugnazione va circoscritto alla sola ipotesi in cui tutte le parti interessate abbiano preventivamente prestato il consenso ad attenersi al parere dell'Anac.

L'art. 211, d.lgs. n. 50/2016 non condiziona il carattere vincolante e l'impugnabilità del parere all'adesione di tutte le parti all'istanza di precontenzioso.

Né una diversa conclusione è imposta dall'inciso finale dell'art. 211, secondo cui "*in caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'art. 26 del codice del processo amministrativo*": questa previsione trova applicazione laddove a impugnare è la parte che si è impegnata al rispetto del parere (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. 25.7.2018 n. 4529), ma non esclude che un onere di impugnazione possa sorgere anche in altre ipotesi.

16.5 Nel caso di specie, la delibera n. 563 del 30.11.2022 dell'Anac ha, perciò, assunto portata immediatamente lesiva per la Sicurezza e Ambiente s.r.l., essendosi il Comune di Como obbligato a conformarsi ad esso.

Tale atto era dunque autonomamente impugnabile.

16.6 L'impugnazione (in data 11.5.2023) di tale atto presupposto (notificato alla ricorrente in data 14.12.2022) è tardiva e rende inammissibile per carenza di interesse la restante parte del ricorso e dei motivi aggiunti proposti avverso la consequenziale determinazione n. 864/2023, con cui il Comune ha disposto l'esclusione della ricorrente per i motivi affermati nel parere dell'Anac e senza effettuare alcuna ulteriore, autonoma, valutazione (e ciò a differenza della fattispecie all'esame del Consiglio di Stato nel giudizio deciso con la sentenza n. 2586/2021 sopra richiamata).

17. Per le ragioni esposte il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti sono in parte irricevibili e in parte inammissibili.

18. Tanto stabilito, deve dichiararsi improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale, dal cui ipotetico accoglimento la società controinteressata, avendo conservato l'aggiudicazione, non potrebbe conseguire alcuna utilità addizionale.

19. Va respinta, infine, la richiesta del Comune di Como di cancellazione formulata, ai sensi dell'art. 89 cod. proc. civ., delle frasi contenute nei motivi aggiunti sopra richiamate: il Collegio non vi ravvisa, invero, "un intento offensivo nei confronti della controparte [...] conservando pur sempre un rapporto, anche indiretto, con la materia controversa" (in tal senso, cfr. Cass., Lav., 18 ottobre 2016, n. 21031; III, 6 dicembre 2011, n. 26195; I, 20 gennaio 2004, n. 805; Cons. Stato, V, 23 settembre 2019, n. 6326; 29 ottobre 2018, n. 6131),

20. In considerazione delle oscillazioni della giurisprudenza le spese di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta),
definitivamente pronunciando:

dichiara il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti in parte irricevibili ed in parte
inammissibili;

dichiara il ricorso incidentale improcedibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2023 con
l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore

Valentina Caccamo, Referendario

L'ESTENSORE

Silvia Cattaneo

IL PRESIDENTE

Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO