

Pubblicato il 06/07/2020

N. 04304/2020REG.PROV.COLL.

N. 08114/2017 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8114 del 2017, proposto da Sicilville s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Marianna Saldigloria e Carlo Ablondi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Vito Calabrese in Roma, Monte Zebio, 19;

contro

Comune di Brescia, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesca Moniga e Andrea Orlandi, domiciliato presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

nei confronti

Consorzio Stabile A.L.P.I. s.c.a r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - Sez. staccata di Brescia: Sez. II n. 01246/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Brescia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2020 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Andrea Orlandi e Francesca Moniga;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con bando 14 aprile 2017 il Comune di Brescia indiceva una procedura di gara per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria del verde pubblico comunale – zona sud ovest, per il periodo 1 gennaio 2018 – 31 dicembre 2020.

1.1. Presentava domanda di partecipazione la società Sicilville s.r.l. che dichiarava l'insussistenza di motivi di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con la precisazione che la determinazione dirigenziale del Comune di Brescia, Settore verde parchi e reticolo idrico con la quale era stata dichiarata la risoluzione di precedente contratto intercorso con la stessa amministrazione comunale (n. 619 rep. del 31 marzo 2016), per il medesimo servizio di manutenzione di verde pubblico, era stata contestata con giudizio pendente dinanzi al Tribunale civile di Brescia.

In precedenza, infatti, il Comune di Brescia, aveva affidato a Sicilville s.r.l. lo stesso servizio di manutenzione ordinaria del verde pubblico – lotto 4: zona sud ovest della città di Brescia, ma poi aveva disposto, con provvedimento 17 febbraio 2017, n. 450, la risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'impresa *ex art.* 136, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; ai sensi dell'art. 140 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, aveva interpellato gli operatori economici che seguivano Sicilville s.r.l. in graduatoria, con esito negativo, e solo a quel punto aveva indetto la nuova procedura di gara con determinazione dirigenziale 11 aprile 2017, n. 966 dando espressamente atto del fatto che la nuova procedura si rendeva necessaria a seguito della risoluzione del contratto concluso con Sicilville s.r.l.

Sicilville s.r.l., dunque, presentava domanda di partecipazione ad una procedura di gara avente ad oggetto il medesimo servizio di manutenzione del verde pubblico nella stessa zona della città, che già le era stato affidato e successivamente sottratto per grave inadempimento.

1.2. Constatato quanto sopra, con nota 21 giugno 2017, il Comune di Brescia comunicava all'impresa l'avvio del procedimento di esclusione dalla nuova procedura di gara; il procedimento era concluso dal provvedimento di esclusione del 13 luglio 2017.

Il provvedimento di esclusione era motivato *per relationem* alle contestazioni contenute nella comunicazione di avvio del procedimento; la comunicazione, a sua volta, riportava diversi presupposti giuridici dell'esclusione tra i quali, oltre all'art. 1453 Cod. civ., anche l'art. 80, comma 5, lett. a) e c) e comma 6 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e rinviava, poi, al provvedimento di risoluzione del precedente contratto e a *“tutti gli atti di contestazione e documenti del relativo procedimento, nonché la comparsa di costituzione e risposta del Comune p.g. n. 102657/2017 depositata in data 16.6.2017 nel giudizio R.G. 5120/2017 del Tribunale di Brescia, comprensiva di tutti i documenti ed atti ad essa allegati, tutti noti all'impresa”*.

Erano, inoltre, richiamate le argomentazioni contenute nell'allegato 1 alla nota di avvio del procedimento di esclusione, ed anche il contenuto della nota inviata dal Comune di Brescia ad

ANAC – Autorità nazionale anticorruzione in occasione dell’istanza di parere precontenzioso formulata dalla società e respinta dall’amministrazione comunale.

1.3. Sicilville s.r.l, con lettera 21 luglio 2017, contestava l’esclusione dalla gara e domandava all’amministrazione l’annullamento in autotutela, ma il Comune di Brescia, con nota 26 luglio 2017, confermava l’esclusione, dando atto che il provvedimento era motivato *per relationem* ad altri atti per “*ovvi motivi di sinteticità*” e che, comunque, si trattava degli atti di contestazione degli inadempimenti che la società conosceva per averli impugnati dinanzi al giudice ordinario e specificando che si era inteso individuare quale motivo di esclusione non solo il motivo previsto dalla lett. c) del quinto comma dell’art. 50, ma anche quello previsto dalla lett. a), che consente alla stazione appaltante di dimostrare con qualunque mezzo adeguato la sussistenza di gravi infrazioni alle norme in materia di salute e sicurezza dei lavoratori e in materia ambientale.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – sez. staccata di Brescia, Sicilville s.r.l. impugnava il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara sulla base di tre motivi.

2.1. Con il primo motivo lamentava la violazione dell’art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. La tesi della ricorrente era che il provvedimento di risoluzione di un precedente contratto concluso con la medesima stazione appaltante non comportava l’automatica esclusione dalla nuova procedura di gara se oggetto di tempestiva contestazione in giudizio.

2.2. Con il secondo motivo lamentava la violazione dell’art. 80, comma 5, lett. a) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: a suo parere la stazione appaltante non avrebbe potuto qualificare come “*gravi violazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro*” (secondo la disposizione citata) le contestazioni formulate all’operatore economico nel corso dell’esecuzione di precedente contratto tra loro intervenuto, e poste, poi, a fondamento di un provvedimento di risoluzione.

2.3. Con il terzo motivo lamentava la violazione dell’art. 1453 Cod. civ., in quanto disposizione inapplicabile alla fase di scelta del contraente nelle gare ad evidenza pubblica, disciplinate unicamente dal Codice dei contratti pubblici e non dalle norme civilistiche.

2.4. Nella resistenza del Comune di Brescia che domandava il rigetto del ricorso, il giudizio si concludeva con la sentenza 17 ottobre 2017, n. 1246, di reiezione del ricorso e condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Il tribunale riteneva:

- che il contratto oggetto di gara fosse lo stesso contratto già affidato a Sicilville s.r.l. e poi risolto;
- fondato il motivo di ricorso con il quale la ricorrente lamentava la violazione dell’art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in quanto l’esclusione dell’impresa sarebbe stata possibile solo in caso di inadempimento contrattuale non contestato o confermato in giudizio, non in caso di contestazione giudiziale della risoluzione;
- che, nondimeno la domanda di annullamento dovesse essere respinta per essere il provvedimento espulsivo fondato anche sulla ragione di esclusione prevista dalla lett. a) del comma 5 cit., l’amministrazione avendo dimostrato che l’impresa aveva commesso gravi violazioni delle disposizioni poste a tutela della salute e sicurezza del lavoro e dell’ambiente;

- che, pur ammessa, nel caso di specie, la coincidenza delle violazioni accertate con le contestazioni a fondamento della risoluzione del precedente contratto (mancato rispetto della clausola sociale; non aver impiegato figure professionali in materia di sicurezza né mezzi tecnici proposti nell'offerta tecnica; aver smaltito i residui degli sfalci eseguiti nel SIN – Sito di interesse nazionale Caffaro, potenzialmente contaminati da PCB, come se fossero rifiuti biodegradabili e quindi destinati al compostaggio; aver violato in più occasioni le norme a tutela della sicurezza e dalla salute dei lavoratori), come pure l'assenza di fattispecie delittuose accertate da sentenze penali e/o civili e verbali di accertamento provenienti da autorità giudiziarie e/o amministrative, la stazione appaltante avesse comunque la possibilità di dimostrare con qualunque mezzo la sussistenza delle gravi violazioni e che, tra detti mezzi di prova, potessero rientrare anche le contestazioni sollevate in sede di esecuzione del contratto che ne abbiano comportato la risoluzione;

- non rilevante, poi, che le violazioni ravvisate fossero state respinte dall'impresa per essere estraneo all'oggetto dell'accertamento del giudice amministrativo l'effettiva sussistenza delle violazioni a base della risoluzione del contratto, essendo sufficiente l'autonoma verifica delle stesse ad opera dell'amministrazione;

- da ultimo, che i principi civilistici sulla risoluzione del contratto trovassero applicazione nella fase di esecuzione di un contratto pubblico per cui, in presenza delle condizioni per la risoluzione del contratto, non fosse possibile ad una parte di esso imporre unilateralmente la sua esecuzione.

3. Propone appello Sicilville s.r.l.; si è costituito il Comune di Brescia.

All'udienza pubblica del 1° febbraio 2018, fissata per la decisione del merito, con ordinanza 3 maggio 2020, n. 2639 è stata rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la decisione della seguente questione pregiudiziale: *“Se il diritto dell'Unione europea e, precisamente, l'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale, come quella in esame, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il “grave illecito professionale”, stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio”*; il giudizio è stato sospeso in attesa della pronuncia della Corte.

3.1. Successivamente, su istanza del Comune di Brescia, con ordinanza 30 settembre 2019, n. 6551, l'ordinanza di remissione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea è stata ritirata per essere stata la medesima questione pregiudiziale già decisa dalla Corte con sentenza sez. IV, 19 giugno 2019 nella causa C-41/18.

Il 13 novembre 2019 Sicilville s.r.l. ha, dunque, proposto istanza di fissazione dell'udienza.

Con ordinanza del Presidente della Nona Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea 21 novembre 2019 è stata disposta la cancellazione dal ruolo della causa (C-324/18).

Le parti hanno, dunque, presentato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche, nonché note di udienza ex art. 84, comma 5, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 conv. in l. con mod. 24 aprile 2020, n. 27.

All'udienza del 4 giugno 2020 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente va esaminata l'eccezione di inammissibilità dell'appello per carenza di interesse proposta dal Comune di Brescia nella memoria di costituzione.

Per l'amministrazione appellata Sicilville sarebbe incorsa nel fraintendimento di credere accolto il motivo di ricorso con il quale lamentava la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016, per essere stato il provvedimento di esclusione adottato in base ad una risoluzione oggetto di contestazione giudiziale, laddove, invece, il giudice di primo grado ne aveva disposto l'assorbimento dichiarando che la verifica sulla corretta applicazione della norma avrebbe imposto di sollevare la questione di legittimità costituzionale e di compatibilità comunitaria, e passando all'esame degli altri motivi di ricorso con i quali era contestata l'ulteriore ragione di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. a) d.lgs. n. 50 cit. in applicazione del principio della ragione di decisione più liquida.

In forza di tale convinzione, continua l'appellata, il motivo di ricorso non sarebbe stato riproposto, così determinando, però, l'incontrovertibilità *in parte qua* del provvedimento di esclusione e l'inammissibilità per carenza di interesse dell'appello: seppure, infatti, fossero accolti i motivi di appello, il provvedimento di esclusione resterebbe efficace quanto alla sussistenza della causa di esclusione di cui al comma 5, lett. c) dell'art. 80 del codice.

1.1. L'eccezione è infondata, ma consente di definire l'oggetto del presente giudizio d'appello.

Contrariamente a quanto sostenuto dal Comune appellato, il giudice di primo grado ha ritenuto fondato il motivo di ricorso (il primo), con il quale l'impresa lamentava la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti pubblici per aver la stazione appaltante posto a fondamento dell'esclusione un provvedimento di risoluzione contestato in sede giurisdizionale.

Si legge, infatti, in sentenza: *“Il dato letterale della norma esclude la possibilità di dare rilevanza alla precedente risoluzione del contratto, stipulato tra la stessa stazione appaltante e lo stesso imprenditore partecipante alla gara successiva, in tutti i casi in cui la risoluzione sia sub judice”*.

Il giudice avvertiva, è vero, della necessità di sottoporre a vaglio di costituzionalità e di compatibilità con i principi comunitari la prescrizione tratta dal dato normativo (*“Invero la lettura obbligata in tal senso induce a ritenere la norma sospetta di incostituzionalità e di violazione dei principi comunitari, nella misura in cui, di fatto, vanifica gli effetti propri della risoluzione contrattuale, non precludendo alla parte in danno della quale si è risolto il contratto di partecipare alla gara per l'affidamento dello svolgimento della parte residua del medesimo contratto, che per definizione, si è dimostrata inidonea a eseguire”*), ma riteneva irrilevante la questione ai fini della decisione del giudizio in quanto l'esclusione era fondata anche su altra ragione, quella prevista dall'art. 80, comma 5, lett. a) del codice dei contratti pubblici.

Il sospetto di incostituzionalità o incompatibilità euro – unitaria della disposizione fa parte, dunque, del corredo motivazionale senza, però, che ne vengano conseguenze sulla decisione del motivo, che resta di accoglimento, proprio perché ritenuta questione irrilevante ai fini della decisione.

1.2. Spettava, dunque, al Comune di Brescia, soccombente sulla questione, impugnare il capo di sentenza, che, in mancanza di impugnazione, risulta coperto dal giudicato con conseguente definitivo accertamento dell'illegittimità del provvedimento impugnato nella parte in cui era individuata quale ragione di esclusione il precedente provvedimento di risoluzione subito da Sicilville s.r.l. ex art. 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti pubblici.

Il giudizio d'appello, pertanto, è ristretto alla verifica della legittimità del provvedimento in relazione all'altra ragione di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. a) d.lgs. n. 50 del 2016: aver commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3, del codice.

1.3. Tale constatazione consente di respingere anche il primo motivo dell'appello diretto a contestare la sentenza di primo grado per "*Error in procedendo – insufficiente ed erronea motivazione su un punto decisivo della controversia – diversità tra il contratto di appalto posto a base di gara e quello risolto – violazione e falsa applicazione dell'art. 140 del d.lgs. n. 163 del 2006*", nel quale l'appellante si impegna a dimostrare che, contrariamente a quanto affermato dal giudice di primo grado nella premessa stessa del suo ragionamento ("*...il contratto oggetto della gara, l'esclusione dalla quale è avversata, è esattamente lo stesso contratto precedentemente affidato alla ricorrente e ora risolto*"), la procedura dalla quale è stata esclusa era diretta all'affidamento di tutt'altro contratto rispetto a quello risolto a suo danno, in considerazione della durata (il secondo venendo a scadere al 31 dicembre 2020) e per l'importo a base di gara.

Alla luce delle questioni che l'odierno giudizio impone di risolvere, in precedenza accennate e di cui più ampiamente si dirà nel prosieguo, accertare se si tratti del "medesimo contratto" o meno è questione del tutto irrilevante e priva di ogni incidenza in ordine alle conclusioni cui si giungerà; tanto più che, a ben vedere, il giudice di primo grado ha inteso solamente porre in risalto il fatto che Sicilville concorreva all'affidamento di un contratto d'appalto avente ad oggetto esattamente lo stesso servizio (e finanche nella medesima zona cittadina) di uno precedente rispetto al quale era stato ritenuto il suo inadempimento, per la rilevanza assunta da tale particolare circostanza nelle decisioni della stazione appaltante.

2. Rinviate al prosieguo della trattazione l'esame delle censure poste con il secondo motivo di appello, va detto che la questione centrale del giudizio come in precedenza indicata è posta nei motivi di appello dal terzo al settimo, che, per la loro stretta connessione, possono essere esaminati congiuntamente.

2.1. Nel terzo motivo di appello Sicilville lamenta che il giudice di primo grado:

- abbia operato un'indebita commistione tra le due diverse cause di esclusione evocate nel provvedimento impugnato, per aver ritenuto sussistenti le "gravi infrazioni in materia ambientale e di sicurezza e tutela della salute dei lavoratori" e, così, la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. a) d.lgs. n. 50 del 2016, per condotte qualificabili al più come mere violazioni contrattuali, già poste a fondamento del precedente provvedimento di risoluzione del contratto e contestate dinanzi al giudice ordinario (motivo di appello IIIa) "*Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 5 lett. a) del d.lgs. 50 del 2016 – violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ex artt. 80 e 83 del d.lgs. 50 del 2016*";

- abbia ritenuto debitamente accertate le suddette gravi infrazioni seppur in assenza di sentenze civili o penali e/o verbali di accertamento adottati dalle competenti autorità qualificanti le condotte contestate all'impresa come fattispecie delittuose e solo in base a contestazioni unilateralmente formulate dalla stazione appaltante, poi trasfuse nel provvedimento di risoluzione, consentendo in questo modo di aggirare la limitazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) ed escludere un operatore economico per presunte inadempienze contestate in giudizio (censura III c) "*Violazione e falsa applicazione dei criteri di accertamento ex art. 80 comma 5 lett. a) del D.lgs. 50 del 2016 – errore su un punto essenziale della controversia*"; né a ciò può dirsi autorizzi il considerando 101 della direttiva comunitaria n. 24 del 2014 citato dal giudice, visto che l'art. 57, par. 4 (punto a) della medesima direttiva rimette al legislatore nazionale la disciplina delle cause di esclusione e il

legislatore italiano ha esercitato tale discrezionalità, in relazione alla causa di esclusione di cui si discute, mantenendo il rigore degli accertamenti attestati da sentenze civili e/o penali o da verbali di accertamento adottati dalle competenti autorità (censura III b) *“Violazione e falsa applicazione del considerando n. 101 e dell’art. 57 della direttiva comunitaria n. 24 del 2014”*);

- sia incorso in contraddizione per aver, in tre diversi passaggi della sentenza, diversamente inteso il riferimento a *“qualunque mezzo adeguato”* per l’accertamento delle gravi infrazioni di cui all’art. 80, comma 5, lett. a) del codice (III d) *“Contraddittoria ed erronea motivazione in punto di criteri di accertamento delle gravi infrazioni”*).

2.2. Nel quarto motivo di appello (*“Violazione dell’art. 12 Preleggi e violazione e falsa applicazione dell’art. 80, comma 5, lett. a) del D.lgs. n. 50 del 2016 in punto di criteri di accertamento – contraddittorietà in un punto fondamentale della decisione”*) Sicilville ribadisce come sia da escludere, alla luce del significato delle parole utilizzate del legislatore e dell’intenzione resa palese dal confronto con la previgente omologa disposizione contenuta nell’art. 38, comma 1, lett. e) d.lgs. n. 163 del 2006, che si sia inteso consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere con autonomi poteri ad accertare la sussistenza delle gravi infrazioni, potendo, ora come nel codice previgente, escludere l’impresa concorrente solo in forza di una sentenza o un provvedimento amministrativo adottato dagli Ispettori del lavoro o dall’I.n.p.s. in funzione di accertamento di un reato o di un illecito amministrativo che attesti e comprovi la commissione di gravi infrazioni.

2.3. Il quinto e il sesto motivo sono diretti a contestare la violazione delle norme in materia di sicurezza e di tutela della salute dei lavoratori (il quinto *“Sulla insussistenza di gravi infrazioni in materia di sicurezza e la tutela della salute dei lavoratori ex art. 80, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016”*) e delle norme in materia ambientale (il sesto: *“Sulla insussistenza di gravi infrazioni in materia ambientale ex art. 80, comma 5, lett. a) del D.lgs. n. 50 del 2016”*).

L’appellante precisa, innanzitutto, che (nella determinazione di risoluzione del precedente contratto n. 450 del 2017) non gli sono stati contestati incidenti, né infortuni sul lavoro, né danni subiti dai lavoratori nel corso dell’esecuzione del servizio, ma il mancato utilizzo dei presidi di sicurezza da parte degli operai; contestazione, questa, che assume infondata, arbitraria ed illegittima perché basata su *“notizie di fatti, presuntivamente e labialmente acquisite dal Comune di Brescia in gravissima violazione degli obblighi prescritti dal regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici a tutela dell’esecutore dell’appalto da arbitri dell’amministrazione”*, senza che vi sia mai stata verbalizzazione dei fatti contestati in contraddittorio tra le parti e alla presenza di testimoni, anche a fronte della produzione dei verbali di consegna dei dispositivi di sicurezza individuali a tutti gli operai a riprova dell’adempimento degli obblighi gravanti sul datore di lavoro a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. In forza di tali ragioni, del resto, il provvedimento di risoluzione era stato contestato dinanzi all’autorità giudiziaria ordinaria e sarebbe stato esaminato dal Tribunale delle Imprese di Brescia.

2.4. Quanto alla violazione delle norme in materia ambientale – per aver conferito nel periodo luglio – dicembre 2016, in comune con tutti gli altri, anche gli sfalci della zona del S.I.N. Caffaro, che, per essere stata detta zona interessata da fenomeni di inquinamento, sarebbero dovuti essere conferiti separatamente in specifico centro di raccolta – l’appellante, ribadito che si tratterebbe, al più, di un inadempimento contrattuale per il quale non sussiste la giurisdizione del giudice amministrativa, contesta il ragionamento presuntivo mediante il quale la R.u.p. era giunta a dedurre il mancato conferimento dei rifiuti pericolosi nel centro di raccolta attrezzato e precisa che i rifiuti di cui si controverte erano stati qualificati come non biodegradabili e, quindi non pericolosi, e pertanto suscettibili di deposito temporaneo, onde gli stessi, per la loro esigua entità, venivano,

dapprima portati presso la sede aziendale e depositati in apposito contenitore e, solo al raggiungimento di un certo quantitativo, conferiti presso il centro di raccolta attrezzato.

3. I motivi sono infondati.

3.1. Il Comune di Brescia ha assegnato alle condotte contestate alla Sicilville s.r.l. una duplice connotazione, richiamando per questo motivo nel provvedimento impugnato entrambe le cause di esclusione previste dalle lettere a) e c) del quinto comma dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici; esse, precisamente, sono state considerate quali "gravi illeciti professionali", indici di inaffidabilità dell'impresa nell'esecuzione del prossimo contratto – e per questo idonei ad integrare la causa di esclusione di cui alla lett. c) del citato quinto comma dell'art. 80 ("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") – ed anche "gravi infrazioni ... alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del (presente) codice", di cui alla lettera a) del predetto quinto comma.

Non v'è ragione per ritenere che tale ricostruzione sia in contrasto con il dato normativo; non è possibile escludere, cioè, che un'impresa sia, per le medesime condotte, reputata inadempiente agli obblighi assunti con un contratto d'appalto, e, d'altra parte, imputata di aver violato disposizioni in materia di salute e sicurezza dei lavoratori, nonché in materia ambientale.

Non sussiste, infatti, commistione alcuna tra le due cause di esclusione considerato che, pur a fronte dei medesimi fatti, e ferma in entrambi i casi la necessità che essi siano dimostrati con "mezzo adeguato", sono richiesti ulteriori presupposti perché possa disporsi l'esclusione dell'operatore, quali, in un caso, il giudizio di inaffidabilità (o carenza di integrità) dell'impresa, e nell'altro, che i fatti si possano ritenersi "debitamente accertati".

3.2. Si giunge, così, alla questione centrale posta dall'atto di appello: consentita l'esclusione dell'operatore dalla procedura di gara qualora la presenza di una grave infrazione sia stata "debitamente accertata" e dato, per espressa previsione normativa, che l'accertamento possa avvenire "con qualunque mezzo adeguato", si tratta di stabilire se sia "mezzo adeguato" di prova un provvedimento di risoluzione di un precedente contratto adottato da una stazione appaltante – ovvero dalla medesima stazione appaltante che ha indetto la procedura di gara – e, data risposta positiva al primo quesito, a quali condizioni possono definirsi "debitamente accertate" le infrazioni indicate in detto provvedimento di risoluzione.

L'appellante ha contestato ampiamente questa possibilità, ribadendo più volte che "mezzo adeguato" di prova delle gravi infrazioni di cui alla lett. a) del comma quinto dell'art. 80 del codice possa essere solamente una sentenza civile e/o penale ovvero un atto di contestazione proveniente dalle autorità competenti in materia di tutela dei lavoratori e di sicurezza ambientale che diano conto, peraltro, di un comportamento integrante un reato ovvero un illecito amministrativo.

3.3. Il Collegio ritiene, invece, che anche un provvedimento di risoluzione per inadempimento di un precedente contratto d'appalto possa essere compreso nell'ambito dei mezzi adeguati a fornire la dimostrazione delle gravi infrazioni alle norme in materia di sicurezza e tutela dei lavoratori e in materia ambientale commesse da un operatore economico.

Il legislatore ha, infatti, formulato la norma in maniera volutamente generica – prova ne sia in particolare l'uso dell'aggettivo indefinito "qualunque" ad accompagnare il riferimento al "mezzo" di prova "adeguato" – e per questo non si può giustificare, già solo sul piano letterale, la limitazione suggerita dall'appellante alle sole pronunce giurisdizionali ovvero ad atti provenienti da autorità

dotate di competenza nella materia della tutela del lavoro e dell'ambiente; indispensabile, invece, è che i fatti integranti le gravi infrazioni siano contestati in maniera specifica e, specialmente, ascritti a responsabilità dell'impresa.

La giurisprudenza amministrativa, infatti, ha in più occasioni affrontato la questione dei mezzi di prova dai quali la stazione appaltante può trarre convincimento nel senso della responsabilità dell'operatore economico per la grave infrazione verificatasi ritenendo valido mezzo di prova una sentenza penale non ancora passata in giudicato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2012, n. 4519 per una vicenda disciplinata dal vecchio codice dei contratti pubblici), come pure il "verbale ispettivo dell'Ispettorato del lavoro" (cfr. Cons. giust. amm. Reg. Sicilia 13 giugno 2019, n. 547; 1 febbraio 2018, n. 52; Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2018, n. 3876).

Dall'esame delle precedenti pronunce si trae il principio per cui può essere considerato "mezzo adeguato" all'accertamento della "grave infrazione" delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. a) del codice dei contratti pubblici, ogni documento, anche se proveniente dall'autorità amministrativa (e non solo dall'autorità giudiziaria), che consenta un giudizio sulla responsabilità dell'impresa nella causazione dell'evento alla luce della qualificata ricostruzione dei fatti ivi contenuta (così Cons. Stato, sez. V, 4 dicembre 2019, n. 8294 che, infatti, ha ritenuto legittima la scelta della stazione appaltante di non escludere l'operatore economico perché *“i documenti citati dalla ricorrente come mezzi di prova dell'accertamento della grave infrazione fornivano una ricostruzione incerta e dubbia dei fatti accaduti nel cantiere e della dinamica dell'incidente mortale, come tali non erano idonei ad elaborare un attendibile giudizio sulla responsabilità della società”*).

3.4. L'appellante ha, però, segnalato una possibile aporia nel ragionamento svolto: a voler ammettere l'esclusione da una procedura di gara per grave violazione alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro e in materia ambientale accertata in un provvedimento di risoluzione per inadempimento di un precedente contratto di appalto, anche quando lo stesso sia stato contestato in giudizio, come nella vicenda *de qua*, si finirebbe per consentire alla stazione appaltante di aggirare la regola (che era) ricavabile dall'art. 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti pubblici, per cui l'esclusione di un operatore concorrente da una procedura di gara non può fondarsi su un provvedimento di risoluzione per inadempimento che non sia definitivo.

Occorre rammentare, infatti, che l'art. 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti pubblici, nella formulazione in vigore al momento della procedura di gara, inseriva tra i mezzi adeguati dimostrativi della colpevolezza dell'operatore per aver commesso *“gravi illeciti professionali”* anche *“le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio”*; era, dunque, impedito alle stazioni appaltanti di fondare il giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico su provvedimenti di risoluzione per inadempimento contestati dinanzi all'autorità giudiziaria.

3.5. La criticità rilevata dall'appellante è superata dalle precisazioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea – sez. IV nella sentenza 19 giugno 2019 nella causa C-41/18 Meca s.r.l., secondo cui *“l'art. 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 2014/18/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 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”*.

La disposizione normativa interna, peraltro, era già stata modificata dall'art. 5 d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 conv. in l. con mod. 11 febbraio 2019, n. 12 con l'eliminazione del riferimento alla definitività del provvedimento di risoluzione per inadempimento.

E' confermato, pertanto, che il provvedimento di risoluzione per inadempimento di obbligazioni derivanti da precedente contratto d'appalto, anche se impugnato dinanzi all'autorità giudiziaria, consentiva di giudicare inaffidabile l'operatore economico per aver commesso gravi illeciti professionali ovvero, comunque, condurre alla sua esclusione qualora quei medesimi comportamenti inadempitivi integrassero gravi violazioni delle norme a tutela della sicurezza dei lavoratori e dell'ambiente.

Né può sostenersi, come fa l'appellante nella memoria difensiva depositata in vista dell'udienza, che la stazione appaltante fosse tenuta ad applicare la predetta regola – quella che impediva di porre a fondamento dell'esclusione un provvedimento di risoluzione contestato in giudizio – poiché espunta dall'ordinamento solo in seguito alla pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

È vero, invece, che la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea dà conferma dell'operato del Comune di Brescia, essendo ogni pubblica amministrazione tenuta a non fare applicazione di disposizioni che siano in contrasto con il diritto euro – unitario.

3.6. Come anticipato l'appellante ha contestato la sua responsabilità per i fatti che gli sono stati addebitati dalla stazione appaltante nel provvedimento di risoluzione e censurato la parte di sentenza in cui tale responsabilità è affermata.

Per dare risposta a tale ultima censura, come richiesto dallo stesso appellante nei motivi di appello, è necessario precisare meglio i limiti del sindacato del giudice amministrativo qualora, come nel presente giudizio, sia domandato l'annullamento del provvedimento di esclusione per gravi infrazioni alle norme in materia di salute e sicurezza dei lavoratori e in materia ambientale ex art. 80, comma 5, lett. a) d.lgs. n. 50 del 2016.

Alla luce del dato normativo e tenendo conto di quanto fino a questo momento affermato, al giudice amministrativo spetta solamente verificare se le gravi infrazioni siano “debitamente accertate” negli atti adottati dalla stazione appaltante come mezzi di prova adeguati ovvero se sia riscontrabile in essi la plausibile affermazione di responsabilità a carico dell'impresa per fatti specificamente individuati.

Si tratta, dunque, come di regola per gli atti delle procedure evidenziali contenenti una valutazione dell'amministrazione procedente, di un sindacato estrinseco e motivazionale, dovendosi necessariamente preservare qui non solamente il merito della decisione amministrativa, ma anche la competenza propria dell'autorità giudiziaria innanzi alla quale gli stessi atti siano impugnati in via principale.

Così, nell'odierna vicenda, ferma la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria a valutare se le condotte addebitate alla Sicilville costituiscano altrettanti inadempimenti idonei a giustificare la risoluzione del contratto, in questa sede è dovuta solamente la verifica sull'attendibilità del giudizio di responsabilità reso dalla stazione appaltante per le violazioni contestate.

3.7. Non prima però di aver esaminato il secondo motivo di appello (II. *“Omessa pronuncia sulla violazione del divieto di integrazione postuma della motivazione – Omessa e/o insufficiente motivazione della sentenza sull'eccepito difetto di motivazione dei provvedimenti impugnati –*

*violazione e falsa applicazione della legge n. 241 del 1990 e succ.ve mod.che ed integrazioni – errore su un punto fondamentale della controversia”)* nel quale l’appellante si duole che il giudice di primo grado abbia ritenuto assolto l’obbligo motivazionale da parte della stazione appaltante attraverso il richiamo agli atti del procedimento per l’inadempimento contrattuale definito con la risoluzione del contratto quando, invece, tutti gli atti della fase evidenziale conclusasi con la sua esclusione recavano un asettico richiamo alle norme (l’art. 80, lett. a) e c) d.lgs. n. 50 del 2016), ma nessuna specificazione in ordine alle “gravi infrazioni in materia ambientale e di salute e di sicurezza”.

La censura dell’appellante è pertinente, ma infondata: è vero che il provvedimento di esclusione reca una motivazione *per relationem* perché rimanda, attraverso l’allegato 1 alla nota del 21 giugno 2017 con la quale era comunicato l’avvio del procedimento di esclusione, “*al provvedimento di risoluzione del contratto n. 450 del 17.2.2017 e tutti gli di contestazione e documenti del relativo procedimento, nonché la comparsa di costituzione e risposta del Comune p.g. n. 102657/2017 depositata in data 16.6.2017 nel giudizio R.G. 5120/2017 del Tribunale di Brescia comprensiva di tutti i documenti ed atti ad essa allegati, tutti noti all’impresa*”, ma è pur vero che si tratta di atti il cui contenuto era certamente conosciuto dall’impresa, per aver questa avviato il giudizio dinanzi all’autorità giudiziaria ordinaria avverso la risoluzione per inadempimento, onde la stessa era pienamente edotta degli addebiti che le erano stati mossi dalla stazione appaltante e nella condizione di comprendere le ragioni della sua esclusione dalla procedura.

Le quali – è bene precisare – non consistono certamente nell’applicazione delle penali né nell’avvio del procedimento di escussione della polizza fideiussoria, come ad un certo punto ritenuto dal giudice di primo grado, con motivazione che, pertanto, deve essere corretta, ma esclusivamente nei fatti contestati nel provvedimento di risoluzione.

3.8. Nei limiti del sindacato consentito e tenendo conto in particolare di quanto è dato leggere nella comparsa di risposta depositata dal Comune del giudizio di impugnazione della risoluzione pendente dinanzi al Tribunale di Brescia, merita conferma la sentenza di primo grado per aver affermato che la stazione appaltante abbia debitamente dimostrato i fatti contestati a Sicilville.

Nella ricostruzione contenuta nella comparsa di risposta (pag. 12 punto d) “L’inadempimento nello smaltimento degli sfalci eseguiti nel SIN Caffaro”) è data, infatti, puntuale spiegazione delle ragioni che hanno indotto la stazione appaltante a ritenere che l’impresa nel periodo luglio – novembre non avesse conferito nei tempi previsti (ossia nel medesimo giorno in cui era effettuata la tosatura con la tecnica “a raccolta”) gli sfalci eseguiti presso l’area del SIN Caffaro, caratterizzata da importanti livelli di inquinamento da PCB, diossine, furani e metalli pesanti (mercurio e arsenico), presso la piattaforma ecologica autorizzata al trattamento di rifiuti non biodegradabili per essere poi smaltiti presso il termovalorizzatore come imposto dalla Provincia (al fine di neutralizzare nella camera di combustione tramite la carica calorica gli effetti delle particelle inquinanti ancora presenti nei residui vegetali), ma direttamente alla piattaforma ecologica apprestata per i rifiuti biodegradabili destinati a compostaggio.

Tanto più che la stessa impresa ammette, anche nel presente giudizio, di aver operato un deposito temporaneo di detti sfalci, tuttavia non consentito per le ragioni che la stazione appaltante ben espone.

Allo stesso modo (a pag. 18 punto e) “La violazione delle norme a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori”) è dato atto, in maniera precisa, dei tempi e dei luoghi in cui il D.E.C. – direttore dell’esecuzione del contratto riscontrava il mancato utilizzo dei dispositivi di protezione individuale da parte degli operai dell’impresa nell’esecuzione dei diversi interventi previsti.

Come detto, spetterà all'autorità giudiziaria ordinaria valutare se i fatti siano andati così come descritti dall'impresa e se vi sia in essi inadempimenti agli obblighi contrattuali, qui è sufficiente il riscontro di una giustificata e ragionevole valutazione di responsabilità effettuata dalla stazione appaltante.

3.9. In conclusione, per le ragioni in precedenza esposte l'appello di Sicilville s.r.l. va respinto e la sentenza di primo grado integralmente confermata.

4. La novità delle questioni poste, come anche la peculiarità della vicenda fattuale, giustificano la compensazione delle spese del presente grado del giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2020 tenutasi con le modalità di cui all'art. 4, comma 1, d.l. 30 aprile 2020, n. 28, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

L'ESTENSORE  
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE  
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO