

Publicato il 15/02/2024

N. 03093/2024 REG.PROV.COLL.
N. 12943/2023 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 il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12943 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Pagliani Service S.r.l., Italmeccanica S.r.l., Drive Line Service S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, in relazione alla procedura CIG A002950868, rappresentati e difesi dagli avvocati Raffaele Bifulco, Carlo Contaldi La Grotteria, Paolo Pittori, Elina Anfuso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Carlo Contaldi La Grotteria in Roma, Lungotevere dei Mellini, 24, come da procure in atti;

contro

Ama S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Lepore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, come da procura in atti;

nei confronti

Romana Diesel S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabrizio Dionisio, Giovanni Crisostomo Sciacca, Marcello Marra Marcozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni C. Sciacca in Roma, via di Porta Pinciana n. 6, come da procure in atti;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

dell'atto (non conosciuto) con il quale AMA S.p.A. ha affidato senza gara alla Romana Diesel il servizio di manutenzione su autotelai e cabinati complessivi meccanici Iveco della flotta AMA.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Pagliani Service S.r.l. il 10/10/2023:

annullamento della Delibera del CdA di Ama del 4.8.2023 (conosciuta in data 9.10.2023) con la quale la PA ha deciso di non aggiudicare la procedura aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione su autotelai e cabinati complessivi meccanici Iveco, da prestarsi tramite manodopera specializzata e fornitura di ricambi, per la durata di 36 (trentasei) mesi. Bando 7/2023 e, contestualmente, ha deliberato di affidare alla Romana Diesel, senza gara, il suddetto contratto di appalto, nonché della Determinazione del Direttore generale del 4.8.2023, n. 271, con la quale si è data esecuzione alla decisione del CdA; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato tra Ama e la Romana Diesel

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Pagliani Service S.r.l. il 15/11/2023:

Delibera del CdA di Ama del 4.8.2023 (conosciuta, parzialmente, alle date 9.10.2023 e 20.10.2023) con la quale la PA ha deciso di non aggiudicare la procedura aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione su autotelai e cabinati complessivi meccanici Iveco, da prestarsi tramite manodopera specializzata e fornitura di ricambi, per la durata di 36 (trentasei) mesi. Bando 7/2023 e, contestualmente, ha deliberato di affidare alla Romana Diesel, senza gara, il suddetto contratto di appalto (doc. 11), nonché della Determinazione del Direttore generale del 4.8.2023, n. 271 (doc.12), con la quale si è data esecuzione alla decisione del CdA

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ama S.p.A. e di Romana Diesel S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2023 il consigliere Achille Sinatra 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 ricorso notificato e depositato il 3 ottobre 2023 le società in epigrafe, attive nel campo della manutenzione di autocompattatori, e facenti parte di un RTI che aveva quale mandataria Pagliani Service s.r.l., hanno impugnato, chiedendone l'annullamento, il provvedimento con il quale AMA spa ha affidato in via diretta alla Romana Diesel s.p.a. il servizio di manutenzione su autotelai e cabinati complessivi meccanici Iveco della flotta AMA.

2. – Le società ricorrenti premettono che per il servizio in questione AMA aveva aggiudicato a taluni tra gli operatori interessati, già nel 2019, gare suddivise in più lotti, della durata di 36 mesi e fino ad esaurimento del plafond economico destinato al pagamento dei compensi, che non sarebbe ancora esaurito.

Inoltre, AMA aveva bandito gare per l'affidamento dei medesimi servizi anche nel 2023, cui avevano partecipato, in varia composizione, le ricorrenti: si tratta della “procedura aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione su autotelai e cabinati complessivi meccanici Iveco, da prestarsi tramite manodopera specializzata e fornitura di ricambi, per la durata di 36 (trentasei) mesi, di cui al bando 7/2023 – 22/000342 – lotto 1, CIG 9528342C8D, valore euro 10.120.000,00 – lotto 2, CIG 95289935C8, valore euro 4.000.000,00”.

3. – Le ricorrenti espongono che l'affidamento diretto alla Romana Diesel impugnato presenterebbe “un vizio proprio (II motivo) e un vizio derivato dall'illegittimità della decisione di Ama di non aggiudicare la gara ex art. 95, c. 15 del d.lgs. n. 50 del 2016, atto presupposto all'affidamento diretto, ed impugnato in via diretta con autonomo ricorso (I motivo)”.

1) Illegittimità derivata. Illegittimità della scelta di Ama di non aggiudicare la gara di cui al bando n. 7/2023 per VIOLAZIONE DELL'ART. 95, C. 12, D.LGS. N. 50 DEL 2016. ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITÀ E IRRAGIONEVOLEZZA MANIFESTE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, ERRORE SUI PRESUPPOSTI, DIFETTO DI MOTIVAZIONE. SVIAMENTO DI POTERE.

Non ricorrerebbero, nella circostanza, i presupposti applicativi della norma citata in rubrica, né, dunque, i presupposti che, nel previgente Codice dei contratti pubblici, legittimavano la revoca della procedura di gara; nonchè dei principi di concorrenza, operando una comparazione degli importi di spesa che, da un lato, sarebbero discesi per AMA dall'aggiudicazione della procedura di gara poi revocata, e, d'altra parte, dall'affidamento diretto a Romana Diesel.

Il motivo, infatti, ruota sull'assunto secondo il quale “l'offerta del RTI ricorrente non solo aveva ottenuto un punteggio qualitativo elevato (il massimo per le voci più qualificanti, quali il numero di risorse umane e di stalli, la disponibilità di attrezzatura tecnica), ma è più conveniente, anche in termini meramente economici, rispetto a quella della Romana Diesel.”

2) VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 2, 3 E 76 DEL D.LGS. N. 36 DEL 2023 (VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 30 E 63 DEL D.LGS. N. 50 DEL 2016). ECCESSO DI POTERE PER ERRORE SUI PRESUPPOSTI, SVIAMENTO, ILLOGICITÀ E IRRAGIONEVOLEZZA MANIFESTE. DIFETTO DI MOTIVAZIONE.

Nel motivo, svolto in via subordinata rispetto al primo, le ricorrenti denunciano la ritenuta violazione dei principi di concorrenza anche della disciplina di cui all'art. 76 del nuovo Codice che prevede le ipotesi che autorizzano la PA a derogare parzialmente all'obbligo di gara, che coinciderebbero con quelle indicate dal previgente art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016.

3. – AMA e la controinteressata Romana Diesel si sono costituite in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso.

4. - Con atto di motivi aggiunti notificato e depositato il 10 ottobre 2023 le società in epigrafe, premesso di avere more tempore ottenuto l'accesso ai documenti inerenti la procedura di gara e la relativa revoca, hanno impugnato la delibera del Consiglio di Amministrazione di AMA s.p.a. del 4 agosto 2023, con cui la stazione appaltante ha deciso di non aggiudicare la gara bandita nel 2023 e di affidare il servizio a Romana Diesel s.p.a., nonché la Determinazione del Direttore generale del 4.8.2023, n. 271 con la quale è stata data esecuzione alla decisione consiliare su richiamata.

Le ricorrenti, con i motivi contrassegnati dai numeri I e II, hanno ulteriormente precisato le censure svolte nel ricorso introduttivo, ribadendo quanto ivi precisato in ordine alla comparazione tra gli esborsi che sarebbero derivati ad AMA dall'aggiudicazione della procedura e quelli discendenti dall'affidamento diretto a Romana Diesel, nonché in ordine alle ritenute violazioni dei principi di concorrenza.

Hanno poi svolto ulteriori motivi:

3) VIOLAZIONE DELL'ART. 119, NONCHÉ DELL'ART. 41, C. 12, NONCHÉ DELL'ART. 3 DELL'ALL. I.7 DEL D.LGS. N. 36 DEL 2023. VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST., con cui hanno ripercorso i passaggi procedurali che avrebbero condotto all'affidamento diretto del servizio a Romana Diesel, evidenziandone ritenuti profili di illegittimità.

4) VIOLAZIONE DELL'ART. 121 DEL D.LGS. N. 104 DEL 2010, con il quale hanno chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato tra AMA e Romana Diesel.

5. – Inoltre, con ulteriore atto di motivi aggiunti notificato il 14 novembre 2023 e depositato il giorno successivo, le ricorrenti hanno censurato parti della motivazione della delibera consiliare già gravata in precedenza, affermando di esserne venuti a conoscenza unicamente mediante la memoria difensiva depositata in giudizio il 20 ottobre 2023 da AMA.

Tale atto d'impugnazione è affidato ai motivi come segue rubricati.

A. Difetto assoluto di motivazione. Violazione degli artt. 80, c. 5, e 59, c. 4, lett. A del d.lgs. N. 50 del 2016, nonché dell'art. 101 tfue. Eccesso di potere per sviamento. Violazione dei principi del giusto procedimento e di buona fede.

- B. Violazione dell'art. 18 della dir. 24/2018/ue e dell'art. 30 del d.lgs. N. 50 del 2016. Incompetenza. Assenza di istruttoria e di contraddittorio.
- C. Violazione dell'art. 80, c. 5, lett. C-ter del d.lgs. N. 50 del 2016. Difetto assoluto di motivazione. Eccesso di potere per errore sui presupposti, difetto di istruttoria.
- D. Violazione dell'art. 59, c. 4, lett. A del d.lgs. N. 50 del 2016. Difetto assoluto di motivazione. Eccesso di potere per errore sui presupposti, difetto di istruttoria.
- E. Violazione dell'art. 101 TFUE. Violazione dell'art. 80, c. 5, lett. C) e c-bis). Difetto assoluto di motivazione. Eccesso di potere per errore sui presupposti, difetto di istruttoria. Violazione dei principi del giusto procedimento.
- F. Violazione dell'art. 1, c. 17 della l. N. 190 del 2012. Difetto assoluto di motivazione. Violazione delle regole del contraddittorio.
- G. Violazione dell'art. 48, commi 18, 18 e 19-ter del d.lgs. 50 del 2016.
- H. Violazione della l. N. 241 del 1990. Difetto assoluto di motivazione.
- I. Violazione degli artt. 1, 2, 3, 5, 10, 70 e ss., 94 e ss., 107 e ss. Del d.lgs. N. 36 del 2023. Violazione del canone di proporzionalità. Difetto assoluto di potere.

Nei motivi in questione le ricorrenti, in sintesi, assumono l'inconsistenza degli inadempimenti nel corso dello svolgimento del servizio descritti nella memoria di AMA s.p.a.

8. – A seguito dello scambio di memorie di cui all'art. 73 c.p.a. il ricorso è stato posto in decisione alla pubblica udienza del 19 dicembre 2023.

In particolare, nelle rispettive memorie, le resistenti hanno eccepito l'inammissibilità dell'avversa impugnazione per violazione dell'art. 40 c.p.a., per difetto di legittimazione attiva delle ricorrenti, nonché per il parziale difetto di giurisdizione a carico di alcuni motivi aggiunti, oltre che l'infondatezza nel merito delle doglianze avversarie.

Le ricorrenti hanno controdedotto a tali eccezioni, ma non a quella di parziale difetto di giurisdizione.

9. – Il ricorso introduttivo e il primo atto di motivi aggiunti sono infondati, e vanno respinti. Per tale ragione il Collegio ritiene di prescindere dalle eccezioni di rito appuntate contro i motivi contenuti in tali atti dalle resistenti.

Occorre premettere che l'atto principale oggetto di impugnazione –ovvero quello da cui scaturiscono per la prima volta gli effetti giuridici che ciascuna delle ricorrenti reputa essere lesivi della propria sfera giuridica soggettiva- è costituito dalla delibera del 4 agosto 2023 del Consiglio di Amministrazione di AMA.

La determinazione dirigenziale n. 271 del 4 agosto 2023, pur recando pari data della delibera consiliare, ne è, all'evidenza, mera e assai stringata esecuzione, limitandosi a dare atto dei

valori economici dell'affidamento diretto per 12 mesi a Romana Diesel s.p.a. e a disporre per gli ulteriori atti conseguenti.

La motivazione della deliberazione consiliare risulta strutturata come segue.

Dapprima la stazione appaltante ha dato atto dei plurimi inadempimenti che, a suo dire, avevano interessato l'esecuzione del servizio, come aggiudicato a seguito della gara indetta nel 2019, da parte dei medesimi prestatori che poi si erano presentati in RTI anche nella gara del 2023.

Successivamente, ha dato atto della decisione per cui tali inadempimenti avrebbero suggerito di non aggiudicare la gara ai medesimi operatori economici.

Di seguito, quale conseguenza di tale scelta –non potendo il servizio di raccolta rifiuti e di pulizia delle strade di Roma essere interrotto- ha deciso di affidare il servizio alla locale concessionaria ufficiale della casa produttrice della maggioranza degli automezzi in dotazione all'azienda (precisamente, l'85%).

La delibera precisa che tale affidamento non riguarda soltanto i servizi manutentivi, ma anche “la formazione dei meccanici interni ad AMA”.

Dopodichè, nel dispositivo, la delibera consiliare provvede a revocare sia gli affidamenti derivanti dalla precedente procedura di gara (tale è il riferimento al bando n. 26\2018 – punto a), che la gara di cui ai bandi del 2023 (punto b); che, ancora, a conferire mandato al Direttore Generale di indire nuove gare “per garantire in modo efficace ed efficiente lo svolgimento del servizio” di manutenzione dei mezzi dei vari marchi in dotazione ad AMA (punto c); che, infine, a dare impulso “con la massima urgenza” alla stipulazione di contratti per assicurare, nelle more di svolgimento delle gare di cui al punto c), il servizio di manutenzione dei mezzi dei tre marchi in dotazione, in particolare stipulando un contratto ai sensi dell'art. 76 d.lgs. n. 36\2023 con Romana Diesel s.p.a. in quanto concessionaria locale di uno dei tre marchi in questione (Casa costruttrice della maggior parte dei veicoli in dotazione), nonché di “individuare e porre in essere ... le più idonee soluzioni...” atte a garantire anche la manutenzione dei mezzi in dotazione prodotti da altre due Case costruttrici.

10. – Tanto premesso, i due motivi di cui consta il ricorso introduttivo e i quattro di cui si compone il primo atto di motivi aggiunti, che denunciano tutti, sotto vari profili, la asserita illegittimità della scelta di AMA di non aggiudicare la gara in corso e di affidare ex art. 76 c.p.a. un c.d. contratto-ponte a Romana Diesel s.p.a., possono essere congiuntamente esaminati per la loro logica connessione.

Come noto, l'art. 76 del d.lgs. n. 36\2023 ha sostanzialmente riprodotto, al comma 3 lettera c), il contenuto dell'art. 63 del d.lgs. n. 50\2016.

La norma del nuovo Codice dispone infatti, per quanto qui interessa, che uno dei casi in cui è consentita la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando è quella per cui essa occorra “c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati; le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle stazioni appaltanti.”

Così disponeva anche l'art. 63 del d.lgs. n. 50\2016, per cui la procedura negoziata poteva essere esperita “c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati.

E' infatti nota la portata eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, quale si evince dal considerando 50 della direttiva 24/2014/UE ("tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali") e dall'art. 32 della stessa direttiva, che è stato testualmente trasposto nell'art. 65, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Pertanto, il ricorso alla procedura negoziata senza bando già disciplinata dall'art. 63, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016, ed oggi dalla identica norma dell'art. 76 d.lgs. n. 36\2023, consente, di regola, la stipula del c.d. contratto-ponte, in alternativa alla c.d. proroga tecnica, ove sussista la necessità di garantire il servizio nel tempo strettamente necessario all'indizione di una nuova gara o alla stipulazione del contratto con l'aggiudicatario della gara sub iudice, con scelta tra le possibili soluzioni alternative rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice (Cons. Stato, III, 26 aprile 2019, n. 2687; Sez. V, 22 novembre 2021, n. 7827).

Pertanto, ciò che rileva ai fini della legittimità di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando è, sotto il profilo che qui viene in considerazione, che l'amministrazione si sia trovata in una situazione di estrema urgenza per via di eventi imprevedibili e non a sé imputabili, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto che hanno caratterizzato tempi e modalità di indizione della procedura di gara.

11. - Nel caso in esame occorre distinguere due momenti.

11.1. - Il primo è dato dalla circostanza per cui AMA aveva indetto, per il servizio in questione, ben due procedure aperte, cui avevano partecipato – e proficuamente alla primatone delle odierne ricorrenti.

La delibera consiliare del 4 agosto 2023 ha preso atto di plurimi inadempimenti degli operatori aggiudicatari della procedura indetta nel 2018 e conclusasi nel 2019 nel corso dell'esecuzione della commessa, e per tale ragione –viste le gravi conseguenti carenze nello svolgimento del servizio connesso al ciclo integrato dei rifiuti- ha deciso di non procedere oltre con l'esecuzione dei relativi contratti (peraltro giunti alla loro scadenza temporale, ma ancora dotati di plafond “a consumo”), né di prorogarli, nonché di non aggiudicare (e quindi, in sostanza, di revocare- la procedura bandita nel 2023.

A fronte di tale decisione, pertanto, unica via possibile per assicurare la –intuitivamente- essenziale prosecuzione del servizio senza soluzione di continuità non poteva che essere quella del contratto-ponte: sarebbe stata infatti gravemente incoerente con le premesse fattuali suddette una proroga tecnica con i medesimi operatori tacciati di gravi inadempimenti.

11.2. - Quanto alla sussistenza di questi ultimi, essa è posta in dubbio con il secondo atto di motivi aggiunti, nei motivi rubricati sub C, D e E.

Tali motivi sono inammissibili, prima ancora che per la causa di inammissibilità che investe l'intero secondo atto di motivi aggiunti, di cui si dirà in seguito, per evidente difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo.

Essi, infatti, si collocano nel momento esecutivo dei contratti affidati a seguito del bando pubblicato da AMA nel 2018, e dunque soggiacciono alla regola del riparto enunciata costantemente e condivisibilmente dalla giurisprudenza, per cui la controversia relativa alla risoluzione del contratto per inadempimento del subappaltatore, afferendo esclusivamente alla fase esecutiva del rapporto, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, sul presupposto che, intervenuta la stipulazione del contratto, la pubblica amministrazione non può più spendere alcun potere d'imperio, neppure in via di autotutela (Cassazione civile sez. un., 31/10/2022, n.32148; Cassazione civile sez. un., 10/01/2019, n.489).

Pertanto, in assenza di rituali contestazioni accolte dal Giudice dotato di giurisdizione circa le cause che, in corso di esecuzione dei contratti, hanno dato luogo alla risoluzione dei rapporti negoziali, gli inadempimenti degli appaltatori devono in questa sede ritenersi sussistenti e rilevanti così come descritti e valutati dalla stazione appaltante; alla quale, quindi, non possono essere addebitati, integrando, per quanto qui interessa, requisito sufficiente ai sensi dell'art. 76 del d.lgs. n. 76\2023.

11.2. - Il secondo elemento strutturale dell'unica decisione contenuta nella delibera del 4 agosto 2023, in ordine logico, è la determinazione di AMA, in attesa di bandire altre gare per l'affidamento “a regime” del servizio, di stipulare (per quanto qui interessa) un c.d. contratto

ponte con la concessionaria locale della Casa costruttrice dell'85% degli automezzi in dotazione.

Occorre considerare che, per regola giurisprudenziale, la sussistenza dei presupposti per ricorrere alla -pur eccezionale- procedura negoziata senza bando, ed il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa nella scelta dello strumento più idoneo a garantire la continuità del servizio, nei limiti della sua sindacabilità in sede giurisdizionale, vanno valutati caso per caso (Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2021, n. 7827).

Nel caso di specie l'affidamento per soli dodici mesi (ossia nelle more delle gare da svolgere per l'affidamento a regime) alla concessionaria ufficiale del marchio cui appartengono gran parte dei mezzi d'opera di AMA appare esercizio non irragionevole della discrezionalità: tale scelta, infatti, risulta logica conseguenza dell'impossibilità di sospendere il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti nella città di Roma e dell'esigenza di affidarlo ad operatore dotato – almeno secondo una valutazione ex ante, unica possibile al momento dell'affidamento- di sufficiente qualificazione.

12. - Pertanto risulta legittimo il riferimento all'art. 95 comma 12 del d.lgs. n. 50\2016 espressamente richiamato dalla lex specialis della gara, per cui “12. Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere. all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito.”

E' infatti evidente che la sostanziale revoca della procedura di gara qui adottata (equivalente alla decisione di “non aggiudicare” la medesima e di indirne una nuova, previo contratto-ponte) risponde all'esigenza, largamente supportata dalla giurisprudenza in materia (ad esempio da ultimo Consiglio di Stato sez. III, 16/06/2023, n.2452), per cui la revoca degli atti di gara è legittima fino all'aggiudicazione definitiva ed anche successivamente purché non oltre la stipula del contratto, se sorretta dall'interesse pubblico alla corretta gestione delle risorse collettive, interesse di per sé superiore a quello particolare dell'impresa a conservare l'aggiudicazione.

Tale revoca è stata, come detto, conseguente a fatti che imponevano (oltre che di interrompere i rapporti contrattuali in atto) di non assegnare il servizio a soggetti dimostratisi (per quanto consta) non idonei sotto il profilo dell'affidabilità.

13. – Neppure il secondo atto di motivi aggiunti può trovare accoglimento.

Tale atto di impugnazione, infatti, è in parte infondato e, per larga parte inammissibile.

La stessa ricorrente, infatti, nelle premesse della seconda impugnazione accessoria, assume che “ (AMA) Avrebbe deciso di non aggiudicare non per le ragioni di cui all'art. 95, c. 12, richiamate nella comunicazione e nella parte di delibera visibile, ma facendo applicazione

degli artt. 80, c. 5, lett. c-ter, e 59, c. 4, lett. a), del Codice e 101 del TFUE (e, forse, anche dell'art. 21-quinquies della l. n. 241 del 1990 e del patto di integrità). Di questi ultimi profili, però, non c'è traccia scritta nella delibera del CdA in atti. La motivazione "reale" del provvedimento, così si legge nella memoria, non viene messa nero su bianco per evitare una lesione del buon nome degli operatori economici."

In altri termini, il secondo ricorso per motivi aggiunti, come fatto poi palese dal tenore dei singoli capi di doglianza, non è volto a censurare un provvedimento espresso, bensì una motivazione che, a detta della ricorrente medesima, la stazione appaltante non avrebbe mai esplicitato né documentato.

In effetti sia il motivo iniziale (sub A), che tratta questo tema in generale, ritenendolo in sé un vizio (l'esistenza di una motivazione non espressa), che i successivi, sono svolti tenendo per esplicitati concetti che i provvedimenti gravati, in realtà, non espongono: di qui il carattere ipotetico dei motivi aggiunti adesso in esame.

13.1. – Le due sole eccezioni sono costituite:

- dalla censura di difetto istruttorio di cui al motivo rubricato sub "B", in cui Pagliani si duole che "Tra il 25.5.2023 e il 4.8.2023, quindi, il RUP avrebbe dovuto svolgere tale attività di verifica," (quella tra aggiudicazione provvisoria e definitiva) "della quale, però, in atti non vi è traccia (Ama ha trasmesso, in sede di accesso ai documenti, i verbali di gara, che si fermano a quello della Commissione del 22.5.2023)", mentre la gara non è stata poi aggiudicata. Il vizio dedotto in questi termini non sussiste, atteso che, come detto in sede di scrutinio dei due precedenti atti di impugnazione, AMA ha diretto la propria attività procedimentale verso (non l'aggiudicazione, ma) la revoca dell'intera procedura, sicché una attività istruttoria volta alla aggiudicazione definitiva sarebbe stata distonica con tale fine, ed avrebbe costituito, in definitiva, un inutile ed illogico aggravio;

- dal motivo rubricato sub I, in cui Pagliani afferma che AMA non avrebbe avuto il potere di escludere gli operatori a carico dei quali aveva riscontrato inadempimenti in sede di esecuzione dei contratti stipulati; esso si rivela del tutto infondato in punto di fatto, atteso che il dispositivo della deliberazione del 4 agosto 2023 si limita a fare espresso riferimento ad una interruzione dei rapporti giuridici a quel momento in essere con gli operatori economici ivi elencati con esclusivo riguardo al lotto n. 1 e al lotto n. 2 delle gare precedentemente aggiudicate.

13.2.- Per il resto, emerge chiaramente la natura meramente ipotetica dei restanti motivi aggiunti della seconda serie proposta.

Al riguardo è sufficiente fare riferimento:

- all'incipit del motivo sub "C", per cui "Partiamo dalla motivazione presente nel provvedimento. Dice Ama: "le criticità registrate nelle ultime settimane nel servizio di raccolta svolto da AMA sono dovute anche, se non soprattutto, alla manutenzione della flotta aziendale da parte dei prestatori terzi avendo rilevato che questi sono stati spesso inadempienti rispetto alle obbligazioni assunte non rispettando i tempi di consegna dei mezzi previsti nei capitolati di gara. Detti prestatori sono i medesimi che hanno partecipato alle procedure sopraindicate, come più dettagliatamente esposto nella proposta sottoposta alla deliberazione dell'odierno Consiglio diretta a risolvere i contratti con i fornitori inadempienti e non aggiudicare ulteriori gare ai medesimi fornitori". Questa motivazione "ufficiale" viene ampliata, senza alcun supporto documentale, dalla memoria del 20.10.2023. Dice in giudizio Ama: (...);

- al motivo sub "D. VIOLAZIONE DELL'ART. 59, C. 4, LETT. A DEL D.LGS. N. 50 DEL 2016. DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE. ECCESSO DI POTERE PER ERRORE SUI PRESUPPOSTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA. La delibera del CdA non dice nulla sul punto. Dalla lettura della memoria del 20.10.2023 questa circostanza viene giustificata con la necessità di tutelare la privacy dei soggetti coinvolti (...);

- al motivo sub "E. VIOLAZIONE DELL'ART. 101 TFUE. VIOLAZIONE DELL'ART. 80, C. 5, LETT. C) E C-BIS). DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE. ECCESSO DI POTERE PER ERRORE SUI PRESUPPOSTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. Anche questa parte della motivazione appare solo nella memoria. Vi è però in atti la "segnalazione" effettuata da Ama all'AGCM e all'ANAC. Nella memoria si legge: (...);

- al motivo sub "F", per cui "Ama ha depositato il "patto di integrità". Né nell'atto impugnato, né nella memoria sono rinvenibili cenni all'esistenza di un rapporto tra il "patto di integrità" e il provvedimento. Ad ogni buon conto, per prevenire l'apparire di una nuova parte di motivazione, appare utile evidenziare che l'Amministrazione non può provvedere ad un'esclusione per violazione del patto di integrità senza una adeguata istruttoria da svolgersi in contraddittorio con l'operatore economico";

- al motivo sub "G. VIOLAZIONE DELL'ART. 48, COMMI 18, 18 E 19-TER DEL D.LGS. 50 DEL 2016. Ammettiamo, per un attimo, che una o più delle ditte componenti il RTI offerente fosse incappata in una delle cause di esclusione indicate da Ama. Ebbene, neppure in questo caso si sarebbe potuto avere il provvedimento espulsivo. (...);

- al motivo sub "H. VIOLAZIONE DELLA L. N. 241 DEL 1990. DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE. Alla p. 15 della memoria Ama si legge che sussisterebbero "altresì i presupposti necessari all'esercizio del potere di autotutela che legittimano la decisione della

Stazione appaltante di non dar corso definitivo alla gara svolta, in presenza di ragioni di pubblico interesse”. Non essendo ben chiaro se si tratti di una semplice opinione del difensore di Ama o di una parte di motivazione dell’atto ancora occultata, per evitare di continuare a inseguire lo stillicidio di disvelamento della motivazione si prende (sinteticamente) posizione anche su questo aspetto”.

In definitiva, gli appena rassegnati motivi, più che la prospettazione di presunti vizi di un provvedimento, risultano al più costituire deduzioni difensive in replica alle memorie della resistente, e in ogni caso non superano il vaglio di ammissibilità riservato alle censure di legittimità di un atto amministrativo.

13.3. – A ciò si aggiunga che alcuni dei motivi in questione (specie quello sub “C”) indulgono nuovamente nella contestazione degli inadempimenti a suo tempo contestati da AMA agli esecutori dei contratti, con il conseguente difetto di giurisdizione di questo TAR.

14. – In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti sono in parte infondati e in parte inammissibili.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), in parte respinge e in parte dichiara inammissibili, per quanto di ragione, il ricorso e i motivi aggiunti in epigrafe. Condanna le ricorrenti in solido al pagamento delle spese di lite in favore delle resistenti che forfetariamente liquida in euro 5.000,00 (cinquemila\00) oltre IVA e CPA per ciascuna delle resistenti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Achille Sinatra, Consigliere, Estensore

Maria Rosaria Oliva, Referendario

L'ESTENSORE
Achille Sinatra

IL PRESIDENTE
Salvatore Mezzacapo

IL SEGRETARIO

