

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Esecuzione del giudicato - Commissario *ad acta* - Astensione ex art. 51 c.p.c. - Nel caso di mera segnalazione alla Procura della Repubblica - Obbligo automatico - Insussistenza - Ragioni - Conseguenze.

C.g.a., Sez. giurisd., 22 giugno 2022, n. 751

“[...] una mera segnalazione alla Procura della Repubblica non determina alcun obbligo di astensione, poiché se così fosse, risulterebbe sufficiente per l’interessato assolvere tale adempimento per evitare un funzionario o un giudice non gradito” e che “identiche conclusioni valgono in relazione a non meglio precisate pretese risarcitorie, posto che anche in tal caso, in difetto di concrete iniziative, non può certo attribuirsi rilievo ad affermazioni generiche che si trasformerebbero in un agile espediente per evitare che la decisione sia assunta da parte di un funzionario o di un giudice non gradito” [...].

FATTO e DIRITTO

1. L’Università degli Studi di Catania, nel 2017, ha indetto una gara per l’affidamento triennale dei servizi di vigilanza armata e manutenzione impianti speciali, originariamente aggiudicata alla New Guard s.r.l. con provvedimento del 21 settembre 2018.

Il Tar per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, Sezione Terza, con la sentenza n. 1970 del 16 luglio 2019, ha accolto il ricorso avverso gli esiti della gara proposto dalla seconda graduata ATI Sicurtransport ed ha annullato gli atti impugnati a partire dalla valutazione di congruità dell’offerta della New Guard fino all’affidamento del servizio.

L’offerta della New Guard è stata nuovamente valutata dalla stazione appaltante con un giudizio di congruità, ma il Tar per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, Sezione Terza, con la sentenza n. 2796 del 26 ottobre 2020 ha accolto il relativo ricorso per l’esecuzione della sentenza n. 1790 del 2019, proposto dalla Sicurtransport, e, per l’ipotesi di persistente inadempienza dell’Amministrazione, ha nominato un Commissario ad acta.

Il Commissario ha provveduto con la determinazione n. 250672 del 16 marzo 2021, avverso la quale la New Guard ha interposto un primo reclamo dinanzi al Tar Catania, accolto con la sentenza della Terza Sezione n. 2670 del 23 agosto 2021.

Con la successiva determinazione del 27 settembre 2021, il Commissario ad acta ha confermato l’esclusione nei confronti della New Guard e l’aggiudicazione in favore dell’ATI Sicurtransport s.p.a., KSM s.p.a., Europolice s.r.l. e ANCR Vigilanza.

La New Guard ha proposto reclamo anche avverso tale determinazione, ma il Tar per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, Sezione Terza, con la sentenza 2961 del 29 dicembre 2021 ha respinto il reclamo.

Di talché, la New Guard ha interposto il presente appello, articolato nei seguenti motivi:

Violazione obbligo di astensione ex art. 51 c.p.c.

Violazione dei principi in materia di incompatibilità e conflitto di interesse.

Il Commissario ad acta che ha adottato la determinazione reclamata avrebbe dovuto astenersi, in quanto incompatibile dal proseguire un'attività nella quale era già intervenuto adottando un provvedimento poi annullato dal giudice amministrativo e dal quale risulterebbero strascichi risarcitori che potrebbero coinvolgere lo stesso Funzionario. Dalla vicenda, peraltro, era derivato un esposto penale da parte della New Guard.

Il dovere di astensione dei pubblici dipendenti e degli amministratori scatterebbe a fronte di situazioni di mero pericolo, verificandosi in tutti i casi in cui sussistano condizioni che, avuto riguardo al particolare oggetto della decisione da assumere, sembrerebbero anche potenzialmente idonee a porre in pericolo l'assoluta imparzialità e la serenità di giudizio dei titolari dell'Ente.

Violazione sentenze Tar Catania nn. 1790/2019 e 2796/2020.

Violazione art. 97 codice contratti e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10, codice contratti.

Il Commissario avrebbe frainteso il tipo di attività da svolgere nei confronti della New Guard, nei confronti della quale era stato attivato il subprocedimento di verifica di anomalia ex art. 97 codice dei contratti, senza che mai le fossero mossi rilievi per la violazione dell'art. 95, comma 10.

Il Commissario avrebbe svolto il proprio mandato riferendosi alla fattispecie prefigurata dall'art. 95, comma 10, codice contratti, mentre il procedimento sarebbe stato fondato sulla violazione dell'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016.

In altri termini, la verifica effettuata dal Commissario sarebbe avvenuta sui costi della manodopera risultanti dall'offerta economica (prendendo in considerazione lo specifico parametro di cui all'art. 95, comma 10, codice dei contratti) più che sulle giustificazioni dell'anomalia (cui dovrebbe avere riguardo il procedimento di verifica di congruità).

Violazione sentenze Tar Catania nn. 1790/2019 e 2796/2020.

Violazione art. 97 codice dei contratti.

Illegittimità per violazione dei principi in materia di verifica dell'anomalia: 1) mancata instaurazione del contraddittorio; 2) difetto di istruttoria; 3) insufficienza e perplessità motivazionale.

Violazione del principio costituzionale di buon andamento dell'Amministrazione.

Eccesso di potere per irrazionalità e sviamento.

All'impresa non sarebbe stato richiesto alcunché in sede procedimentale e, in particolare, non le sarebbe mai stato chiesto di produrre il piano atto a dimostrare l'effettiva possibilità di utilizzo del personale in più commesse e l'assenza di disguidi di carattere organizzativo in seno all'impresa stessa, sulla cui assenza la sentenza del Tar Catania n. 2796 del 2020 ha posto l'accento per giudicare irrazionale l'operato dell'Università in sede di verifica dell'offerta.

L'organo valutatore non avrebbe potuto affermare l'anomalia dell'offerta, ma solo che, allo stato degli atti, non si sarebbe potuto avere contezza dell'assenza di anomalia, mentre una risposta in termini di congruità o meno si sarebbe potuta avere con l'acquisizione del piano di ripartizione dei centri di spesa del personale fra le più commesse nel patrimonio New Guard, più volte richiamato dal Tar, ma mai richiesto dall'Amministrazione.

L'Università degli Studi di Catania e la Sicurtransport hanno contestato la fondatezza delle argomentazioni espresse dalla New Guard, concludendo per il rigetto dell'appello.

Le parti hanno depositato altre memorie a sostegno delle rispettive difese.

Alla camera di consiglio del 4 maggio 2022, la causa è stata introitata per la decisione.

2. L'appello è infondato e va di conseguenza respinto.

2.1. In primo luogo, sono infondate le doglianze secondo cui il Commissario ad acta che ha adottato la determinazione reclamata avrebbe dovuto astenersi, in quanto incompatibile dal proseguire un'attività nella quale era già intervenuto adottando un provvedimento poi annullato dal giudice amministrativo e dal quale risulterebbero strascichi risarcitori.

Sul punto, è sufficiente rilevare che, non solo non sussisteva alcuna incompatibilità del Commissario all'adozione del nuovo atto, ma, anzi, che tale attività è avvenuta in esecuzione di un ordine di giustizia, atteso che, con la sentenza n. 2670 del 23 agosto 2021, la Terza Sezione del Tar Catania, nell'accogliere il reclamo proposto dalla New Guard avverso la prima determinazione commissariale del 16 marzo 2021 e nell'annullare la detta determinazione, ha assegnato un nuovo termine per provvedere al Commissario ad acta (ed all'Amministrazione, trattandosi di poteri concorrenti), vale a dire allo stesso Commissario ad acta in precedenza nominato, non avendo provveduto ad alcuna sostituzione.

Pertanto, la nuova attività del Commissario in precedenza nominato è stata imposta dallo stesso giudice dell'ottemperanza e, d'altra parte, l'aver già provveduto con un atto annullato in sede di reclamo non costituisce affatto un'ipotesi di incompatibilità all'adozione di un nuovo atto, emanato nell'esercizio di un rinnovato potere, assistito da una differente motivazione.

Diversamente opinando, si perverrebbe alla paradossale conclusione che una stessa persona fisica titolare di un munus pubblico non potrebbe mai provvedere una seconda volta su uno stesso rapporto, nemmeno in autotutela, ove si tratti di un organo amministrativo.

Per quanto concerne gli altri profili prospettati dall'appellante, risulta condivisibile quanto statuito dal giudice di primo grado in ordine al fatto che *“una mera segnalazione alla Procura della Repubblica non determina alcun obbligo di astensione, poiché se così fosse, risulterebbe sufficiente per l'interessato assolvere tale adempimento per evitare un funzionario o un giudice non gradito”* e che *“identiche conclusioni valgono in relazione a non meglio precisate pretese risarcitorie, posto che anche in tal caso, in difetto di concrete iniziative, non può certo attribuirsi rilievo ad affermazioni generiche che si trasformerebbero in un agile espediente per evitare che la decisione sia assunta da parte di un funzionario o di un giudice non gradito”*.

In conclusione, nel caso di specie, non sussistono le cause di astensione previste dall'art. 51 c.p.c., né emergono situazioni idonee a pregiudicare l'imparzialità e la serenità del Commissario.

2.2. Con la successiva doglianza, la New Guard ha sostenuto che la verifica effettuata dal Commissario sarebbe avvenuta sui costi della manodopera risultanti dall'offerta economica (prendendo in considerazione lo specifico parametro di cui all'art. 95, comma 10, codice dei contratti) più che sulle giustificazioni dell'anomalia (cui dovrebbe avere riguardo il procedimento di verifica di congruità).

La tesi non può essere condivisa.

La determinazione commissariale oggetto di reclamo ha rappresentato che, con il supporto del RUP in data 20 settembre 2021, come da verbale redatto in pari data, *“si è proceduto al riesame di tutta la documentazione prodotta dalla New Guard sia in fase di presentazione dell'offerta che in quella successiva di giustificazione della stessa, definendo il procedimento di verifica con la conferma del giudizio di incongruità dell'offerta in quanto agli atti non risultano adeguatamente giustificati i costi della manodopera relativi ai sottoelencati servizi: – manutenzione impianti speciali – ronda notturna – call center”*, *“non essendo stato prodotto un documento che dimostri nel dettaglio le modalità di gestione delle predette forze lavoro e il tempo/lavoro ripartito per tutte le commesse in corso della New Guard, dal quale possa emergere che tale forza lavoro potesse essere utilizzata per il servizio da svolgersi per l'Università di Catania con gli oneri economici dichiarati in sede di offerta”*.

La determinazione ha altresì posto in rilievo che *“i costi della manodopera costituiscono elemento essenziale dell'offerta economica, in quanto la loro indicazione consente di verificare la salvaguardia dei livelli retributivi minimi dei lavoratori e che la mancata o non puntuale quantificazione del costo totale della manodopera rende incompleta l'offerta economica”* e che

“l’omessa produzione di un documento atto a dimostrare l’effettiva possibilità di utilizzo del personale in più commesse e l’assenza di inefficienze organizzative in seno all’impresa stessa rende impossibile l’effettivo controllo, da parte della stazione appaltante, della congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell’offerta”.

Ne consegue che la verifica dell’anomalia è stata correttamente condotta ai sensi dell’art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, essendo stata riesaminata tutta la documentazione prodotta dalla New Guard sia in fase di presentazione dell’offerta che in quella successiva di giustificazione della stessa, salvo poi individuare l’indice di anomalia nei costi di manodopera, che costituiscono elemento essenziale dell’offerta.

In altri termini, la circostanza che l’anomalia sia stata accertata con riferimento ai costi della manodopera, la cui indicazione nell’offerta economica è disposta dall’art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, non esclude che sia stato svolto il procedimento di verifica di cui all’art. 97 dello stesso codice.

2.3. Infine, secondo la prospettazione dell’appellante, l’organo valutatore non avrebbe potuto affermare l’anomalia dell’offerta, ma solo che, allo stato degli atti, non potrebbe aversi contezza che non sia anomala, mentre una risposta in termini di congruità o meno si sarebbe potuta avere con l’acquisizione del piano di ripartizione dei centri di spesa del personale fra le più commesse nel patrimonio New Guard, più volte richiamato dal Tar, ma mai richiesto dall’Amministrazione.

La New Guard, nella propria memoria di replica, ha definito tale tematica come la più importante ed ha sottolineato che il giudizio di incongruità assegnato alla propria offerta risulta incerto, insufficientemente motivato e perplesso.

Sul punto – anche a voler prescindere dal fatto che la sentenza di questo Consiglio di Giustizia Amministrativa n. 389 del 30 aprile 2021, che ha respinto l’appello della New Guard avverso la sentenza di ottemperanza del Tar Catania n. 2796 del 2020, ha specificato come *“la sentenza da ottemperare chiedeva di valutare, al fine di escludere l’anomalia, se fossero adeguatamente giustificate le modalità gestionali ed i tempi con cui la forza lavoro impegnata in altre commesse potesse essere, contemporaneamente o di risulta, impiegata anche per adempiere alle nuove incombenze lavorative senza che questo comportasse alcun onere economico aggiuntivo”* e, soprattutto, che *“alla stazione appaltante si chiedeva di formulare un nuovo giudizio alla luce degli elementi desumibili dagli atti di gara”* – occorre rilevare che sarebbe stato comunque onere dell’offerente, a prescindere da qualsivoglia richiesta, produrre il piano di ripartizione in discorso al fine di giustificare i costi della manodopera, sicché non avendo la parte assolto a tale onere, il giudizio

di congruità si è legittimamente concluso con esito negativo, non sussistendo alcuna prova della effettiva possibilità di utilizzo del personale in più commesse.

In altri termini, rebus sic stantibus, la determinazione dei costi della manodopera contenuta nell'offerta economica rimane un assunto non adeguatamente dimostrato, per cui legittimamente la determinazione commissariale ha considerato che *“in assenza del predetto piano non si può avere contezza del personale in forza alla offerente in grado di eseguire più commesse, in quanto sotto-utilizzato, né quale sia l'organizzazione aziendale capace di consentire alla società di non assumere personale da destinare all'appalto”*.

In definitiva, secondo un non censurabile percorso logico-giuridico, la determinazione commissariale è giunta, nella sostanza, a ritenere che la effettiva congruità dell'offerta, vale a dire la sua attendibilità, non sia stata compiutamente dimostrata.

3. Le spese del presente giudizio di appello, in ragione della complessa articolazione della intera vicenda processuale relativa al rapporto controverso, sono liquidate in € 1.000,00 (mille/00), oltre accessori di legge, e sono poste a carico dell'appellante ed a favore della Sicurtransport; le spese del giudizio di appello sono invece compensate nei confronti dell'Università degli Studi di Catania.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe (R.G. n. 104 del 2022).

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente giudizio di appello, liquidate complessivamente in € 1.000,00 (mille/00), oltre accessori di legge, in favore della Sicurtransport; compensa le spese nei confronti dell'Università degli Studi di Catania.

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

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2022, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

IL SEGRETARIO