

APPALTI - OTTEMPERANZA DEL GIUDICATO - INESAURIBILITA' POTERE AMMINISTRATIVO - CD. ONE SHOT TEMPERATO - LEGITTIMITA'

In virtù del principio del cd. "one shot temperato", successivamente all'intervenuto giudicato di annullamento di un provvedimento amministrativo, l'Amministrazione può esercitare nuovamente il suo potere, ampiamente discrezionale, di riesame degli atti della procedura di gara, decidendo di escludere l'operatore economico per una ragione (sostanziale) diversa da quella ritenuta infondata nel precedente giudizio, purché riesamini l'affare nella sua interezza e sollevi, una volta per tutte, ogni questione ritenuta rilevante, senza potere successivamente tornare a decidere in senso sfavorevole per il privato.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 144/2020

Pubblicato il 08/01/2020

N. 00144/2020REG.PROV.COLL.

N. 03718/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso per ottemperanza iscritto al numero di registro generale 3718 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Ecotecnica s.r.l. quale mandataria del costituendo R.t.i. con Igeco Costruzioni s.p.a. quale mandante, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Cicirelli, Felice Eugenio Lorusso, Saverio Sticchi Damiani e Matteo Sanapo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Saverio Sticchi Damiani in Roma, p.zza S. Lorenzo in Lucina, 26;

contro

Comune di Triggiano in qualità di Comune capofila dell'A.R.O. BA/7 Entrotterra Pianura, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Lancieri, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia; A.G.E.R. - Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il servizio di gestione dei rifiuti, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Cantobelli, con domicilio eletto presso lo studio Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

per l'ottemperanza

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE V n. 827/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Triggiano e dell'Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il servizio di gestione dei rifiuti;

Visto l'art. 114 Cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Lorusso per sé e in dichiarata delega di Cicirelli e Sanapo, De Luca in dichiarata delega di Sticchi Damiani, Cantobelli e Lancieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Ecotecnica s.r.l., nella qualità in epigrafe descritta, propone ricorso *ex art.* 112 Cod. proc. amm. per l'ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 827, che, in accoglimento del suo appello avverso la sentenza del

Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. I, 19 aprile 2018, n. 601, ha annullato il provvedimento 10 novembre 2011 prot. 604 del Comune di Triggiano, comune capofila dell'A.R.O. – Ambito raccolta ottimale 7/BA Entrotterra Pianura – Provincia di Bari, nella parte in cui disponeva la sua esclusione dalla procedura di gara d'ambito per l'affidamento del servizio unitario di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani.

1.1. Con la stessa sentenza il Consiglio di Stato ha, invece, confermato la pronuncia del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. I, 13 aprile 2018, n. 561, di reiezione del ricorso proposto da altro operatore economico partecipante alla medesima gara, il R.t.i. Tekra s.r.l., avverso il citato provvedimento del Comune di Triggiano nella parte in cui l'escludeva dalla medesima procedura di gara ed annullava, per questo, l'aggiudicazione disposta a suo favore.

All'esito del giudizio di appello il R.t.i. con Ecotecnica come mandataria era, dunque, l'unico operatore rimasto in gara; veniva, così, meno anche la dichiarazione di gara deserta pronunciata dalla stazione appaltante nel medesimo provvedimento.

2. Successivamente alla sentenza del Consiglio di Stato, il dirigente dell'Ufficio comune dell'A.R.O., congiuntamente al Commissario *ad acta* dell'ARO 7/BA, con nota 27 marzo 2019 prot. 9045, comunicava l'avvio del procedimento di riesame delle determinazioni adottate dalla commissione giudicatrice in relazione ai requisiti generali di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 posseduti dal R.t.i. con Ecotecnica quale mandataria e Igeco Costruzioni s.p.a. in qualità di mandante, nonché l'avvio del procedimento finalizzato alla revoca integrale di tutti gli atti della procedura di gara.

2.1. Con ricorso depositato il 3 maggio 2019 Ecotecnica domanda che sia dichiarata la nullità di tale provvedimento perché adottato in violazione e/o

elusione del giudicato e richiede la condanna della stazione appaltante all'adozione dell'aggiudicazione della procedura di gara a suo favore.

A suo dire, a seguito del giudicato formatosi sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 827 del 2019, alla stazione appaltante era preclusa la riapertura di fasi procedurali ormai esaurite, e, comunque, già conosciute dal giudice amministrazione, onde non poteva far altro che disporre l'aggiudicazione del contratto d'appalto a suo favore quale unico operatore rimasto in gara.

La decisione di riaprire la fase di esame dei requisiti di partecipazione degli operatori economici, già chiusa una prima volta con l'ammissione in gara degli stessi, e poi, riaperta in via di autotutela e conclusa con il provvedimento di esclusione annullato *in parte qua*, si porrebbe, dunque, in contrasto con il giudicato. Sono, poi, articolati due motivi nei quali vengono esposti altrettanti vizi di legittimità del provvedimento impugnato.

2.2. Si è costituito in giudizio l'A.R.O. n. 7 "*Entrotterra Pianura*" e, per esso, il Comune di Triggiano in qualità di comune capofila, ed anche l'A.g.e.r. - Agenzia territoriale della Regione Puglia per il servizio di gestione dei rifiuti.

2.3. Con motivi aggiunti depositati il 3 luglio 2019 Ecotecnica impugna il provvedimento 21 maggio 2019 prot. 14860 dell'Associazione tra i Comuni del Bacino A.R.O. n. 7 "*Entrotterra Pianura*" recante firma del dirigente dell'ufficio comune dell'A.R.O. e del Commissario *ad acta* dell'A.R.O. n. 7, che dispone l'esclusione dalla procedura di gara dell'A.t.i. Ecotecnica – Igeco Costruzioni per violazione dell'onere dichiarativo di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e, in ogni caso, per aver violato l'affidamento fiduciario in ordine all'affidabilità professionale nell'espletamento delle prestazioni contrattuali.

Con il medesimo provvedimento viene, altresì, disposta la revoca integrale della procedura di gara A.R.O. BA7 indetta con il bando del 7 dicembre 2015

unitamente a tutti gli atti e provvedimenti relativi ai sensi dell'art. 21-*quinquies* l. 7 agosto 1990, n. 241.

2.4. La ricorrente ribadisce l'obbligo della stazione appaltante di dare esecuzione al giudicato mediante adozione del provvedimento di aggiudicazione del contratto d'appalto a suo favore ed articola quattro motivi di nullità del provvedimento impugnato, anche in questo caso contenenti altrettante ragioni di illegittimità del provvedimento.

Conclude, nuovamente, con la richiesta di dichiarare nulli per violazione e/o elusione del giudicato gli atti impugnati e di condannare l'ARO 7/BA e, per essa, il Comune di Triggiano nella nota qualità, a dare esecuzione al giudicato formatosi sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 827 del 2019 mediante l'aggiudicazione a suo favore del contratto d'appalto.

2.5. L'A.g.e.r. e il Comune di Triggiano hanno depositato memoria con cui hanno concluso per l'inammissibilità del ricorso per l'ottemperanza e, comunque, per l'infondatezza dei motivi di nullità articolati. Ecotecnica ha presentato memoria. Tutte le parti costituite hanno presentato memoria di replica.

All'udienza camerale del 29 ottobre 2019 la causa è stata assunta in decisione.

3. Preliminarmente va esaminato il contenuto del provvedimento impugnato con i motivi aggiunti: la determinazione del 21 maggio 2019, prot. 14860, adottata a conclusione del procedimento avviato con la nota del 27 marzo 2019 – a sua volta oggetto di impugnazione con il ricorso principale – quale finale determinazione della stazione appaltante sulla procedura di gara in esame.

3.1. Nelle sue premesse l'amministrazione dichiara che, per la revoca dell'originario piano d'ambito, disposta dalla delibera assembleare 1 giugno 2008, n. 4, è venuto meno l'atto presupposto della procedura di gara, la cui prosecuzione, pertanto, non risulta più giustificata da alcun interesse pubblico e di nessuna utilità, e, per questo,

ritiene necessario disporre la revoca integrale di tutti gli atti della procedura, con l'effetto della loro rimozione integrale.

Successivamente, però, *“in disparte gli effetti evidentemente pregiudizievoli ed assorbenti che sulla vicenda produce la revoca della gara e di tutti i suoi atti”*, la stazione appaltante precisa di voler, per esigenze di completezza, trasparenza ed esaustività degli esiti procedimentali, tenere conto degli effetti prodotti dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 827 del 2019, che sono individuati nella riapertura della gara con conseguente reviviscenza della graduatoria limitatamente alla sola posizione dell'A.t.i. Ecotecnica, e, così, di dover riprendere il procedimento di autotutela concluso nel 2017 con il provvedimento annullato dal giudice amministrativo e verificare se l'esclusione della ricorrente non debba essere pronunciata per altre ragioni.

3.2. In tale ottica, è, dunque, valutata come omissione informativa, sanzionabile con l'automatica esclusione dalla procedura ai sensi dell'art. 38, comma 1, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la mancata dichiarazione dell'indagine penale per corruzione nella quale era stata coinvolta la Igeco costruzioni, mandante del R.t.i., al tempo dell'esecuzione di analogo appalto per la gestione dei rifiuti presso il Comune di Cellino San Marco, con conseguenti misure cautelari personali disposte dal G.i.p. presso il Tribunale di Brindisi nei confronti del Sig. Tommaso Ricciuto, presidente del consiglio di amministrazione, e richiesta di A.N.A.C. al Prefetto di Brindisi di adozione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese di cui all'art. 32 d.l. n. 90 del 2014, attuata mediante il provvedimento prefettizio del 9 luglio 2015.

La vicenda penale è, poi, apprezzata per la sua capacità di compromettere il rapporto fiduciario con la stazione appaltante in ragione della gravità delle condotte descritte nei provvedimenti dell'A.N.A.C., del Prefetto di Brindisi e del giudice penale.

Altra omissione informativa è individuata nella mancata dichiarazione di taluni episodi di corruzione nell'ambito degli appalti pubblici indetti da Enipower, Enelpower e Snamprogetti per opere di rilevante valore nel settore energetico, che erano sfociate in sentenze penali.

3.3. Nelle conclusioni, come in precedenza esposto, l'A.t.i. Ecotecnica – Igeco Costruzioni è esclusa dalla gara per violazione dell'onere dichiarativo di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163 del 2006 e per lesione dell'affidamento fiduciario sull'affidabilità professionale dell'operatore economico nell'espletamento delle prestazioni contrattuali e, d'altra parte, è disposta la revoca integrale della procedura di gara "ARO BA7" indetta con bando del 7 dicembre 2015 e di tutti gli atti e i provvedimenti relativi ai sensi dell'art. 21-*quinquies* l. 7 agosto 1990, n. 241.

4. Il provvedimento impugnato con motivi aggiunti contiene, dunque, una duplice determinazione, la (nuova) esclusione dalla procedura di gara dell'A.t.i. Ecotecnica e la revoca di tutti i provvedimenti e gli atti di gara.

Ritiene il Collegio che la revoca degli atti di gara non costituisca un fatto nuovo idoneo a determinare la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione, poiché entrambe le determinazioni configurano nel loro complesso la condotta della stazione appaltante successiva al giudicato formatosi sulla sentenza di questa Sezione n. 827 del 2019, la conformità al quale è oggetto di esame nel presente giudizio.

5. Così definito l'oggetto del giudizio, con le conseguenze che meglio saranno esposte in seguito, il ricorso per l'ottemperanza – articolato nel ricorso principale e nei motivi aggiunti – è ammissibile, ma infondato, poiché l'Associazione "ARO BA/7" e, per essa, il Comune di Triggiano (in uno con il Commissario *ad acta*), non ha adottato alcuna determinazione in violazione o elusione del giudicato.

5.1. Per affermare, come fa la ricorrente, che, successivamente all'annullamento in sede giurisdizionale della sua esclusione, la stazione appaltante sarebbe tenuta ad

aggiudicarle il contratto d'appalto, dovrebbe ammettersi che, emesso il primo provvedimento, sia esaurito, e per sempre, il potere di provvedere, con la conseguenza che, alla caducazione giurisdizionale, l'amministrazione non potrebbe altro determinare che ciò cui il privato aspira.

Nel caso in esame, essendo il provvedimento annullato esercizio del potere di autotutela di cui all'art. 21-*nonies* l. 7 agosto 1990, n. 241, sarebbe precluso un nuovo annullamento in autotutela dell'ammissione degli operatori economici alla procedura di gara e dovuta, per la piena realizzazione dell'interesse dell'operatore economico, la prosecuzione della procedura nelle sue ulteriori fasi.

5.2. La teorica esposta (nota come teoria del *one shot*) è, per costante giurisprudenza, ritenuta estranea al nostro ordinamento, poiché in contrasto con il principio di inesauribilità del potere amministrativo, a sua volta, giustificato dalla necessità che la tutela pubblica sia continuativamente assicurata (cfr. Cons. Stato, sez. III, 11 novembre 2019, n. 8435; IV, 29 ottobre 2108, n. 6146; IV, 7 aprile 2017, n. 1620).

Trova, invece, applicazione nel nostro ordinamento la diversa teorica del c.d. *one shot* temperato per la quale, ad evitare che l'amministrazione possa riprovedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale, è dovere della pubblica amministrazione riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 24 ottobre 2016, n. 4421, nonché Adunanza plenaria, 15 gennaio 2013, n. 2).

La ricostruzione accolta, alla quale il Collegio intende adeguarsi, costituisce, allora, il punto di equilibrio tra due opposte esigenze quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento

con i suoi effetti conformativi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 2016, n. 4568; IV 11 febbraio 2013, n. 769).

5.3. In ragione dell'impostazione accolta, l'Associazione "ARO BA/7" poteva, successivamente al giudicato intervenuto sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 827 del 2019, esercitare nuovamente il suo potere, ampiamente discrezionale, di riesame degli atti della procedura di gara, decidendo di escludere l'A.t.i. Ecotecnica, per una ragione (sostanziale) diversa da quella ritenuta infondata nel precedente giudizio; ed è proprio quanto avvenuto con il provvedimento impugnato che, per questa ragione, si sottrae alla censura di nullità per violazione e/o elusione del giudicato.

5.4. La conclusione raggiunta non è, invero, contrastata da una peculiarità che caratterizza l'odierna vicenda e sulla quale più volte le parti si sono soffermate nei loro scritti difensivi: il fatto che la stazione appaltante, nel primo provvedimento di esclusione dell'A.t.i. Ecotecnica (del 6 novembre 2017, prot. n. 33063), annullato dalla sentenza ottemperanda, abbia già rilevato l'omissione informativa dell'operatore economico sulle vicende penali che avevano coinvolto Igeco, ora a fondamento della nuova esclusione, per, poi, tuttavia, decidere di accantonare tale profilo con la seguente motivazione "*...gli scriventi, per ragioni di economia procedimentale, ritengono non necessario disporre in tal senso alla luce degli autonomi motivi di esclusione rilevati nella presente disamina, che si rivelano assorbenti e in grado di determinare gli esiti procedimentali per la concorrente in questione*"; si trattava, appunto, dell'incompletezza dell'offerta economica, ritenuta, poi, insussistente dal Consiglio di Stato.

5.4.1. Al riguardo, infatti, ritiene il Collegio che la stazione appaltante, per aver deciso di porre a fondamento dell'esclusione l'una ragione, l'incompletezza dell'offerta e non l'altra, l'omissione informativa con conseguente inaffidabilità dell'operatore economico, che pure aveva rilevato, non sia incorsa in una

preclusione procedimentale o, in altra forma di decadenza, con conseguente riduzione o esaurimento del suo potere discrezionale.

La suggestione – che evoca la teoria della c.d. riduzione progressiva della discrezionalità, esplicitamente accolta da recente pronuncia (Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321) – non merita favorevole apprezzamento per l'assenza di un obbligo legislativo, di *clare loqui*, da intendersi qui come necessaria esposizione di tutte le ragioni a fondamento del provvedimento preclusivo al privato del bene della vita atteso, né esso può ricavarsi dai principi di buona fede o affidamento, poiché, a tacer d'altro, finirebbe per essere compreso un principio di pari rilevanza, quello già richiamato, di inesauribilità del potere amministrativo.

In conclusione, non si intravedono, per l'attuale conformazione dell'ordinamento, le basi assiologiche per potere affermare l'esistenza di una siffatta preclusione procedimentale, con le descritte conseguenze in termini di esaurimento della discrezionalità amministrativa, sebbene non possa negarsi che una diversa condotta dell'amministrazione avrebbe consentito di ricondurre ad un unico episodio, anche giurisdizionale, la vicenda dipanatasi (e destinata ancora a svolgersi) invece in plurime fasi processuali.

5.5. Come alla stazione appaltante non era precluso dal giudicato formatosi a seguito della sentenza del Consiglio di Stato n. 827 del 2019 esercitare nuovamente il potere di riesame degli atti di gara e disporre l'annullamento in autotutela dell'ammissione di Ecotecnica, per le stesse ragioni, non era precluso procedere alla revoca di tutti gli atti di gara per sopravvenute ragioni di interesse pubblico (cfr. Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660).

Ne segue che anche la determinazione di revoca degli atti di gara, contenuta nel medesimo provvedimento, non può reputarsi né adottata in violazione o elusione del giudicato, poiché esercizio di potere non conformato dal precedente *dictum* giudiziario.

6. Escluso che costituisca violazione o elusione del giudicato la decisione di escludere l'A.t.i. Ecotecnica dalla procedura di gara, resta, invece, precluso al giudice dell'ottemperanza conoscere degli eventuali vizi di illegittimità del (nuovo) provvedimento, i quali, invece, dovranno essere esaminati nell'ordinaria sede di cognizione, secondo la chiara indicazione fornita dall'Adunanza plenaria 15 gennaio 2013, n. 2. Allo stesso modo spetta al giudice della cognizione la verifica anche degli eventuali vizi di legittimità della determinazione di revoca di tutti gli atti di gara.

Ed, in effetti, i motivi di nullità (due nel ricorso principale e quattro nei motivi aggiunti) del provvedimento impugnato prospettano altrettanti vizi di legittimità dello stesso, poiché l'effettivo contrasto con il giudicato è stato esposto dalla ricorrente in un paragrafo posto a premessa dei motivi stessi.

Considerato, allora, che con i predetti motivi è stata esercitata un'ordinaria azione di annullamento dei provvedimenti impugnati, per la quale non sussiste la competenza funzionale del giudice dell'ottemperanza, il Collegio, fissa in sessanta giorni dalla pubblicazione della presente sentenza il termine di trenta giorni per la riassunzione del giudizio dinanzi al giudice competente per la cognizione, che viene individuato nel Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari.

7. In conclusione, il ricorso principale e i motivi aggiunti vanno respinti e le spese del giudizio compensate tra tutte le parti in causa per le peculiarità che connotano la vicenda e che sono state precedentemente esposte.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), respinge il ricorso per l'ottemperanza e i motivi aggiunti nei termini di cui in motivazione.

Fissa il termine di trenta giorni dalla pubblicazione della presente sentenza per la riassunzione della controversia dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari.

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO