Pubblicato il 09/02/2021

N. 00075/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00778/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 778 del 2020, proposto da
Step S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Pasquale Cerbo, Giuseppe Guastamacchia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Carlo Angioy in Assemini, via del Carmine 118;

contro

Comune di Sorso, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Loredana Martinez, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Kibernetes S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesca Petulla', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento previa sospensione cautelare

della determinazione del Dirigente del servizio ragioneria, tributi e personale del Comune di Sorso 29 ottobre 2020, n. 156 e di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi comprese le note del medesimo Dirigente 13 novembre 2020, prot. 28354 e 19 novembre 2020, prot. 28770;

- sempre nel merito, per l'eventualità che il Comune e Kibernetes siano già addivenuti o addivengano alla stipula del contratto, ne dichiari l'inefficacia, ricorrendo l'ipotesi di cui all'art. 121, comma 1, lett. b, c.p.a. e, ove ne sussistano le condizioni, applichi le sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a.

Per il caso che l'annullamento diventi inutile nel corso del giudizio, STEP insiste fin d'ora per la dichiarazione di illegittimità degli atti impugnati ai fini risarcitori ai sensi dell'art. 34, comma 3, d.lgs. 50/2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sorso e di Kibernetes S.r.l.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 22 dicembre 2020 il dott. Gianluca Rovelli;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Espone la ricorrente che, con determina 19 ottobre 2017 n. 1540, il responsabile del servizio ragioneria del Comune di Sorso aveva già affidato a Kibernetes s.r.l. alcuni servizi relativi all'accertamento dell'IMU e della TARI ed allo sviluppo di una banca degli oggetti immobiliari, nonché al recupero evasione IMU 2012-2013. Nell'invito ad offrire per questa procedura era stato indicato che, in adempimento dell'incarico assunto, l'appaltatore avrebbe dovuto, fra le altre, rendere le seguenti prestazioni: «creazione di una piattaforma di visualizzazione degli oggetti immobiliari per l'anno d'imposta 2012 e 2013» (sostanzialmente, una banca dati), «predisposizione degli avvisi di accertamento IMU annualità 2012», «predisposizione degli avvisi di accertamento IMU annualità 2013», «organizzazione di un servizio front office per la gestione e calendarizzazione di eventuali richieste di appuntamenti».

Già prima del termine di tale affidamento, a gennaio 2020, e poi ad ottobre 2020, STEP ha manifestato formalmente al Comune il proprio interesse ad espletare i medesimi servizi e ad essere quindi invitata alla procedura selettiva da indire a tale fine.

Ciononostante, espone la ricorrente, con la determinazione 156/2020 il Comune ha affidato nuovamente - stavolta direttamente e senza alcuna consultazione preventiva di altre imprese (in applicazione dell'art. 36, comma 2, lett. a), d.lgs. 50/2016) - a Kibernetes le attività di:

1. «accertamento IMU/TASI anno 2015, predisposizione banca dati IMU/TASI e regolarizzazioni anni 2016/2019»;

2. «sportello fisico, mail dedicata, numero verde, solleciti di pagamento TARI 2015, stampa ed imbustamento degli avvisi»;

3. «servizi ai cittadini alla Corretta Contribuzione IMU 2020».

Con riguardo alla prima attività, la stessa determina specifica il «fine da perseguire: predisporre gli avvisi di accertamento IMU/TASI e i solleciti/avvisi di accertamento TARI, rendere ottimale il sistema di controlli, essere di supporto alla cittadinanza indicando il modo giusto per essere in regola con i pagamenti tributari e recuperare l'evasione tributaria».

Si tratta, afferma la ricorrente, per un verso, esattamente delle stesse attività che avevano già formato oggetto del precedente affidamento, in relazione alle quali il Comune non si è neppure posto il problema del principio di rotazione, che impediva di procedere all'affidamento diretto all'affidatario uscente; per altro verso, si tratta di attività che - sostanziandosi nell'accertamento tributario («predisposizione degli avvisi di accertamento», secondo la lettera della determina impugnata) - possono essere svolte solo dalle imprese iscritte nell'apposito albo ministeriale tenuto dal MEF di cui agli artt. 52 e 53 d.lgs. 446/1997, a cui Kibernetes non è iscritta.

Inoltre, dall'esame della determina di affidamento diretto si evince che il corrispettivo per l'affidatario si compone di due voci distinte:

- «costo fisso della fornitura €. 18.683,33 + I.V.A. 22 %»;

- «costo variabile pari al 20% sugli incassi spontanei e 5% sulle somme riscuotibili con riscossione coattiva, che si andrà ad impegnare conseguentemente agli accertamenti in entrata per maggiori incassi».

Detto altrimenti, Kibernetes sarà retribuita non soltanto con il corrispettivo fisso di «€ 18.683,33 oltre IVA 22% per un importo contrattuale complessivo di € 22.793,66» ma anche con corrispettivi variabili pari al 20% degli incassi spontanei a seguito dell'emissione degli atti di accertamento ed al 5% delle somme riscosse coattivamente.

Secondo la ricorrente, tramite questo escamotage, è stato sensibilmente ridotto -sia pure solo in apparenza- il valore dell'appalto, che in realtà è notevolmente più elevato e, in questo modo il Comune ha potuto giustificare l'affidamento diretto a Kibernetes, nonostante il valore reale del contratto sia significativamente superiore alla soglia al di sotto della quale ciò è consentito.

Avverso gli atti indicati in epigrafe è insorta la ricorrente deducendo le seguenti censure:

1) violazione di legge per errata applicazione degli artt. 35, 36 e 37 d.lgs. 50/2016, eccesso di potere per sviamento e per violazione del principio di concorrenza;

2) violazione di legge per errata applicazione dell'art. 36 d.lgs. 50/2016, eccesso di potere per violazione dei principi di rotazione e di libera concorrenza, eccesso di potere per carenza della motivazione;

3) violazione di legge per errata applicazione degli artt. 52 e 53 d.lgs. 446/1997;

4) violazione di legge per errata applicazione dell'art. 80 d.lgs. 5072016, eccesso di potere per travisamento dei fatti e per carenza dell'istruttoria e della motivazione, eccesso di potere per violazione del principio di ragionevolezza.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati previa concessione di idonea misura cautelare.

Si costituivano il Comune di Sorso e la controinteressata chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 22 dicembre 2020 il ricorso veniva trattenuto per la decisione in forma semplificata sussistendone i presupposti.

DIRITTO

Una sintesi delle censure della ricorrente è necessaria per risolvere la controversia.

Con il primo motivo la ricorrente argomenta come segue.

Il valore del contratto è stato quantificato facendo riferimento soltanto alla parte fissa del compenso per l'affidatario (€ 18.683,33 + IVA), vale a dire senza considerare la parte variabile dello stesso, quantunque assai significativa (all'affidatario saranno versati anche il 20% sugli incassi spontanei e il 5% sulle somme riscuotibili con riscossione coattiva, a mo' di "premio"): lo attesta l'atto impugnato, laddove precisa (sia pure in modo non perspicuo) che «la riscossione degli avvisi di accertamento IMU/TASI 2015 e la regolarizzazione 2016/2019 ha un costo variabile pari al 20% su incasso spontaneo, mentre la riscossione coattiva per l'anno 2015 IMU/TASI ha un costo variabile pari al 5% sulle somme riscuotibili, tali somme verranno impegnate nella fase della riscossione delle somme accertate».

In questo modo il Comune si è artificiosamente precostituito le condizioni per fare applicazione dell'art. 36, comma 2, lett. a), d.lgs. 50/2016, vale a dire per utilizzare l'affidamento diretto e senza consultazione di altre imprese per i contratti di valore inferiore ad € 40.000.

Con il secondo motivo la ricorrente argomenta come segue.

Anche a voler prescindere dall'illegittima stima del valore del contratto, si rileva che nel caso di specie risulta comunque violato l'art. 36, comma 1, d.lgs. 50/2016, in base al quale «l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, commi 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese».

L'affidamento diretto dell'appalto a Kibernetes, già affidataria del servizio fin dal 2017, si pone in contrasto con il principio di rotazione ed è pertanto illegittimo e meritevole di annullamento.

Con il terzo motivo la ricorrente argomenta come segue.

Il Comune ha affidato il servizio a Kibernetes, quantunque tale società non sia iscritta all'albo di cui agli artt. 52 e 53 d.lgs. 446/1997, sul presupposto che tale iscrizione non fosse necessaria; tale (errata) convinzione è stata esplicitata anche nelle note della Dirigente del Comune del 13 novembre 2020 e del 19 novembre 2020, anch'esse impugnate unitamente all'atto di affidamento diretto del servizio alla controinteressata. Pur avendo definito l'attività nel suo complesso come «attività di supporto con l'Ente [che] consiste in un supporto tecnico, professionale, logistico sui predetti tributi (IMU – TASI – TARI)», nello specifico il Comune ha incluso nell'«oggetto del contratto» prestazioni quali «l'attività di accertamento IMU / TASI anno 2015» ed il «predisporre gli avvisi di accertamento IMU/TASI e i solleciti/avvisi di accertamento TARI». Queste attività rientrano nell'accertamento, che i Comuni in base agli artt. 52 e 53 d.lgs. 446/1997 possono affidare soltanto ad imprese iscritte nell'apposito albo ministeriale tenuto dal MEF (istituito con d.m. 11 settembre 2020, n. 289). A riprova di tale conclusione, si segnala che nell'atto di affidamento diretto non vi è alcun riferimento alla persistente responsabilità dell'ufficio comunale competente per le attività di accertamento e recupero dell'evasione, che sono quindi attribuite integralmente all'affidatario, ma al contrario si chiarisce che queste attività l'ufficio tributi del Comune non è in grado di svolgerle direttamente (in quanto «già addetto a carichi di lavoro piuttosto impegnativi derivanti dall'attività di ordinaria amministrazione e tali da non poter sostenere ulteriori incombenze gestionali).

Inoltre, l'appalto si riferisce espressamente - oltre che alla «attività di accertamento IMU/TASI anno 2015, predisposizione banca dati IMU/TASI e regolarizzazione anni 2016/2019» - anche all'attività di recupero dell'evasione (doc. 1, pag. 3, ove fra gli oggetti del contratto è testualmente indicato il «recuperare l'evasione tributaria»): tutte attività che presuppongono l'individuazione delle posizioni irregolari e il censimento delle proprietà immobiliari su cui si calcola l'imposta).

Con il quarto motivo la ricorrente argomenta come segue.

Nella determina di affidamento diretto il Comune ha dichiarato di aver verificato il possesso in capo a Kibernetes dei requisiti morali di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016 («constatato il possesso da parte dell'operatore economico dei requisiti generali di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016»).

Tuttavia, nella nota di Kibernetes, rilasciata in copia a STEP dal Comune, non vi è alcuna dichiarazione con riguardo al possesso dei requisiti di onorabilità di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016. D'altro canto, tale nota - a firma del sig. Giorgio Sottile, responsabile dell'area tributi di Kibernetes - non dà conto in alcun modo della circostanza che lo stesso firmatario è stato sottoposto a misura cautelare personale nel 2018 nell'ambito di un'indagine che riguardava proprio il servizio tributi svolto da Kibernetes presso un Comune laziale.

L'omessa dichiarazione, ad opera dell'impresa, di una circostanza rilevante per l'esclusione equivale a fornire all'amministrazione informazioni false ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis, d.lgs. 50/2016.

In definitiva, delle due è vera l'una: o l'applicazione della misura cautelare penale (indiscutibilmente rilevante) non è stata dichiarata dall'impresa, nel qual caso la stessa deve essere esclusa dall'affidamento per violazione degli obblighi dichiarativi dell'art. 80 d.lgs. 50/2016, oppure tale circostanza è stata

dichiarata dall'impresa, ma ciononostante l'amministrazione non ha motivato sulle ragioni che la inducevano a ritenerla irrilevante; e ciò tanto più in un contesto nel quale si è proceduto ad affidamento diretto e senza gara, atteso che risulterebbe del tutto irragionevole ed arbitraria - come tale illegittima e foriera di responsabilità - un'eventuale valutazione di irrilevanza da parte del Comune di Sorso.

Le censure possono a questo punto essere esaminate.

Il primo motivo di ricorso è infondato alla luce della pacifica giurisprudenza anche di questo T.a.r.

Occorrono però alcune puntualizzazioni in fatto poiché l'esposizione della ricorrente è viziata da alcune omissioni. Non si tratta, beninteso, di affermazioni non corrette, ma di una rappresentazione dei fatti inscritta nell'ambito di una del tutto legittima linea difensiva.

Mancano però alcuni "tasselli" che potrebbero far perdere di vista il quadro d'insieme.

Vediamoli punto per punto:

1) l'esame degli atti di causa consente di affermare con certezza che il servizio fornito dalla controinteressata consiste, essenzialmente, in:

1a) diffusione e promozione della nuova modalità di pagamento on line dell'Imu (doc. 5 produzioni dell'amministrazione);

1b) supporto al cittadino per l'utilizzo della piattaforma informatica per l'inserimento dei dati (doc. 5 produzioni dell'amministrazione);

1c) rielaborazione e consegna al Comune dei dati raccolti;

2) non c'è svolgimento di attività di accertamento e di riscossione di tributi locali e, soprattutto, non è previsto alcun aggio; il corrispettivo per il servizio è di € 18.633,33.

Questo è l'appalto di cui si discute se si leggono gli atti per quello che dicono.

Si tratta di un affidamento diretto che, peraltro, al momento dell'adozione della determina n. 156 del 29/10/2020, neppure era disciplinato dall'art. 36 del codice dei contratti, come erroneamente riportato nella stessa determina e affermato ripetutamente nel ricorso. Si trattava di un affidamento diretto disciplinato dal "d.l. semplificazioni" (art. 1 comma 2 della Legge 11 settembre 2020, n. 120 recante conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali»).

Il Comune ha attivato una procedura più che trasparente: un normale ordine di acquisto (ODA) sul MEPA ritenendo di ricorrere, del tutto legittimamente, all'affidamento diretto data l'esiguità dell'importo, ben al di sotto della soglia massima consentita (servizi di importo inferiore a 75.000 €).

La ricorrente lamenta il mancato rispetto del principio di rotazione.

Sgombriamo il campo da equivoci.

Il principio di rotazione costituisce un contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160); esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755).

Ma, indefettibile presupposto logico del principio di rotazione è l'omogeneità del servizio posto a gara rispetto a quello svolto dal soggetto nei cui confronti opera l'inibizione (Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524).

Qui non c'è alcuna omogeneità tra un servizio e l'altro. A meno di voler ritenere che un operatore economico che ha svolto un servizio per un'amministrazione, magari con ampia soddisfazione, debba scontare una sorta di inibizione, una causa di esclusione da nuovi affidamenti, ogni qualvolta ci si trovi di fronte a servizi in qualche modo attinenti al precedente. Questo equivoco, va detto, nasce anche da una discutibile formulazione delle Linee guida n. 4, richiamate dalla ricorrente, che hanno condotto, talvolta, ad applicare ciecamente il principio di rotazione (che peraltro, per elementari nozioni di teoria delle fonti, principio non è ma è una regola con antecedente chiuso) determinando una sorta di turnazione, quasi uno "stigma" nei confronti di un operatore economico che si è legittimamente aggiudicato un appalto.

Deve sempre soccorrere la ragionevolezza di fronte a piccoli affidamenti, al fine di evitare che essi si tramutino in vicende tanto complicate da indurre i RUP a ricorrere, come talora accade, a procedure estremamente macchinose anche quando è possibile operare utilizzando forme semplificate.

Questo T.a.r. ha già avuto modo di chiarire il proprio orientamento sul principio di rotazione, in particolare con la sentenza 22 maggio 2018, n. 493.

Riprendiamone i punti salienti.

(…)"Occorre, ad avviso del Collegio, fare chiarezza sulla portata del principio di rotazione.

Tale principio, se inteso in modo distorto (come talora accade) finisce per concretizzare una nuova causa di esclusione dalle gare, da un lato non codificata, dall'altro in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza sul quale, occorre ricordare, è imperniato tutto il sistema degli appalti.

Intanto va detto che il principio di rotazione non nasce certo con il Codice dei contratti approvato con il D.Lgs. n. 50 del 2016.

Già il precedente Codice prevedeva all'art. 57, comma 6, dopo aver indicato i casi tassativi nei quali è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, che:

A) nella fase preliminare di selezione degli operatori economici da consultare, la stazione appaltante "ove possibile" individua tali soggetti "sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei";

B) nella fase della partecipazione alla gara, gli operatori economici selezionati sono quindi contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta.

Per le acquisizioni di lavori, servizi e forniture in economia, l'art. 125 del "vecchio" Codice dei contratti prevedeva al comma 8 quanto di seguito si riporta:

"Per lavori di importo pari superiore a 40.000 Euro e fino a 200.000 Euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per lavori di importo inferiore a quarantamila Euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento".

Analoga disposizione si rinveniva per servizi e forniture nel comma 11.

Se si risale ancora indietro nel tempo, l'art. 78 del D.P.R. n. 554 del 1999 (Regolamento di attuazione della L. 11 febbraio 1994, c.d. Legge "Merloni") così disponeva:

"Per lavori di importo pari superiore a 40.000 Euro e fino a 200.000 Euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per lavori di importo inferiore a quarantamila Euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento".

Nulla di rivoluzionario quindi. Si tratta di un principio immanente nell'ordinamento.

La ragione dell'introduzione della regola è semplice.

Il principio di rotazione è funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie di appalti pubblici.

Per come era pacificamente inteso prima del nuovo codice dei contratti, esso non aveva, per le stazioni appaltanti, una valenza precettiva assoluta, di guisa che la sua episodica mancata applicazione non valeva ex se ad inficiare gli esiti di una gara già espletata, una volta che questa si fosse comunque conclusa con l'aggiudicazione in favore di un soggetto già in precedenza invitato a simili selezioni ovvero già affidatario del servizio. Tali considerazioni valevano laddove fosse provato che la gara si era svolta nel rispetto del principio di trasparenza e di parità di trattamento e si era conclusa con l'individuazione dell'offerta più vantaggiosa per la stazione appaltante, senza che nel giudizio comparativo tra le offerte avesse inciso la pregressa esperienza specifica maturata dalla impresa aggiudicataria nella veste di partner contrattuale della amministrazione aggiudicatrice.

In tal senso la dottrina assolutamente unanime così come la giurisprudenza. Tra le tante si può citare la convincente pronuncia del T.a.r. Lazio, sez. II, 20 aprile 2015, n. 5771.

In modo altrettanto convincente il Consiglio di Stato ben insegnava quale fosse la ragione dell'introduzione del principio di rotazione.

Nel contesto dell'art. 125 del codice dei contratti pubblici il principio della "rotazione", imposto con riferimento alla procedura di "cottimo fiduciario", era concepito dal legislatore come una contropartita, o un bilanciamento, del carattere sommario e "fiduciario" della scelta del contraente (Consiglio di Stato, sez. III, 12 settembre 2014, n. 4661).

E tutto si capisce se si chiude il cerchio del ragionamento.

Nelle procedure "ordinarie" (per esempio una procedura aperta) il mercato è aperto a tutti i concorrenti possibili. Non c'è necessità di curarsi del principio di rotazione perché tutti gli operatori economici interessati e in possesso dei requisiti, possono partecipare alla gara.

Nella procedura negoziata la situazione è differente. Non tutti possono partecipare ma solo coloro che sono individuati dalla stazione appaltante.

E questo è lo snodo centrale della questione.

Anche nel nuovo Codice la procedura negoziata è definita in modo da affidare alla stazione appaltante la scelta dei soggetti da invitare.

L'art. 3 lettera uuu) del Codice così recita: ""procedure negoziate", le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto".

Si comprende perfettamente quindi la necessità di bilanciare il potere di scelta delle amministrazioni con l'obbligo di rispettare il principio di rotazione.

L'esigenza è sempre la medesima, nel nuovo Codice come nel vecchio e cioè evitare che la Stazione appaltante rispetti solo formalmente l'obbligo di consultare più operatori economici ma, nella sostanza, scegliendo sempre gli stessi soggetti, consolidi una posizione di vantaggio in capo a un determinato operatore.

Occorre chiedersi dove stia la novità nel Codice approvato con D.Lgs. n. 50 del 2016.

La novità, non di poco conto, sta nell'aver "anticipato" la rotazione (per le procedure che prevedono un confronto competitivo) al momento della scelta dei soggetti da invitare e non al risultato degli inviti e cioè l'affidamento.

Il Consiglio di Stato comm. spec., 30/03/2017, n. 782 ha ben colto la questione affermando quanto segue.

"In tema di disposizioni integrative e correttive al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice degli appalti), il "principio di rotazione" contemplato nell'art. 36, comma 1, si riferisce propriamente agli "inviti", in tal modo l'innovazione intende collocare la rotazione già nella fase in cui l'amministrazione si rivolge al mercato per delineare, eventualmente, la successiva competizione tra gli operatori interessati all'affidamento.

Sembrerebbe che l'intento sia quello di assicurare una piena turnazione degli inviti degli operatori che potrebbero aspirare al contratto. Dunque, in questa prospettiva, non sarebbero ammessi al successivo invito anche gli operatori già partecipanti alle precedenti selezioni, ancorché non aggiudicatari. Si deve osservare, però, che in tal modo, si pongono sullo stesso piano i precedenti aggiudicatari e i precedenti concorrenti. Sarebbe preferibile, invece, evidenziare che la rotazione dovrebbe preferibilmente assicurare proprio l'alternanza degli affidamenti e non delle mere occasioni di partecipazione alla selezione".

A questo punto si dispone di tutti gli strumenti per dare un concreto significato al principio della rotazione, significato che sia in linea con la volontà del legislatore e al contempo, in linea con le Direttive UE e, sia consentito rammentarlo, con basilari principi nella materia della contrattualistica pubblica.

Il principio di rotazione non può essere trasformato in una non codificata causa di esclusione dalla partecipazione alle gare" (…).

La vicenda all'esame consente anche di precisare la nozione di affidamento diretto nelle procedure sotto soglia.

Fino all'importo massimo di € 40.000 previsto dall'art. 36, comma 2, lett. a), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ("Codice dei contratti pubblici") e, in virtù del d.l. "semplificazioni" (fino al 31.12.2021) fino ad un importo inferiore a 150.000 € per i lavori, e fino ad un importo inferiore a 75.000 € per forniture e servizi, il legislatore ha ritagliato una specifica disciplina che costituisce un micro-sistema esaustivo ed autosufficiente che non necessita di stringenti formalità e sulla quale i principi generali non determinano particolari limiti. Al verificarsi delle circostanze ivi previste, dunque, si è in presenza di una ipotesi specifica di affidamento diretto, diversa ed aggiuntiva rispetto alle ipotesi di procedura negoziata "diretta" prevista dall'art. 63 del Codice dei contratti pubblici, che impone, invece, una specifica e dettagliata motivazione e l'assegnazione in modo perfettamente adesivo alle ipotesi predefinite dal legislatore. Di conseguenza, se ricorrono i presupposti per l'affidamento diretto "sotto soglia" di cui all'art. 36, comma 2, lett. a), del Codice dei contratti pubblici, (e fino al 31.12.2021 di cui all'art. 1 comma 2, d.l. 76/2020 convertito in legge 120/2020) l'Amministrazione non ha l'obbligo di motivazione con riguardo alla ricorrenza di condizioni di urgenza o necessità.

Vi è solo l'obbligo, sancito dall'art. 32 del codice di esporre le ragioni della scelta del contraente.

In questo senso, l'art. 32 è semplicemente una norma regolativa del potere attribuito dall'art. 36 comma 2 lettera a).

Ma questo obbligo, che è un generale obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo, non determina che l'affidamento diretto si tramuti in una procedura competitiva.

Anche il terzo motivo di ricorso è infondato.

E l'infondatezza è in fatto prima che in diritto.

Siamo di fronte ad un semplice (e modesto dal punto di vista economico) servizio di supporto tecnico per il quale è del tutto pacifico che non sia previsto l'obbligo della iscrizione alla sezione speciale dell'Albo dei soggetti privati abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento dei tributi e quelle di riscossione dei tributi e di altre entrate delle province e dei comuni.

Il motivo è infondato in fatto posto che l'affidamento non ha ad oggetto attività di accertamento e riscossione.

Il quarto motivo è infondato alla luce della stessa giurisprudenza citata dalla ricorrente.

Giurisprudenza citata, ma dalla quale non si traggono le debite conclusioni.

Peraltro, la ricorrente si premura di far conoscere la posizione del dott. Giorgio Sottile ma omette di verificare tutta la vicenda che lo interessa.

Con sentenza della Corte di Cassazione penale sez. VI, 7 febbraio 2019, n. 14148, (documento 11 produzioni della controinteressata) la vicenda che interessa il dott. Sottile, è stata chiarita, almeno per quel che qui interessa.

Il Tribunale di Roma, in sede di riesame, ha annullato l'ordinanza con la quale il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Latina aveva applicato la misura cautelare degli arresti domiciliari in relazione alle provvisorie imputazioni ascritte al dott. Sottile (il capo d'imputazione che rileva è riferito all'art. 353 bis c.p.).

Nella sentenza, si legge (si tratta, peraltro, di una giurisprudenza del tutto consolidata) che "*Per integrare il delitto, quindi, non è necessario che il contenuto del bando venga effettivamente modificato in modo tale da condizionare la scelta del contraente, nè, a maggior ragione, che la scelta del contraente venga effettivamente condizionata. E' sufficiente, invece, che si verifichi un turbamento del processo amministrativo, ossia che la correttezza della procedura di predisposizione del bando sia messa concretamente in pericolo, attraverso l'alterazione o lo sviamento del suo regolare svolgimento, e con la presenza di un dolo specifico qualificato dal fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della P.A. (ex multis, Sez. 6, n. 1 del 02/12/2014, dep. 2015, Pedrotti, Rv. 262917).*

Orbene, il punto decisivo sul quale il Tribunale ha escluso la configurabilità della ipotesi delittuosa provvisoriamente contestata - e che il ricorso ha inteso contrastare con mere affermazioni di fatto - riguardava la messa in pericolo concreto della correttezza del procedimento di predisposizione della gara.

Va al riguardo osservato che perchè possa rilevare il turbamento sanzionato dall'art. 353-bis c.p. è pur sempre necessario che vi sia un procedimento amministrativo volto all'approvazione del bando di gara, posto che altrimenti la tutela offerta dal legislatore attraverso tale norma verrebbe a perdere della sua specificità in funzione di una tutela generalizzata della correttezza dell'attività della p.a., che, a determinate condizioni, può ricadere sotto la previsione di altre disposizioni del codice.

In tale prospettiva, il Tribunale ha rilevato che un procedimento a tal fine non era stato neppure avviato dalla p.a., risultando le delibere in bozza predisposte dagli indagati meri atti generici prodromici all'avvio del procedimento e il cui contenuto era neutrale rispetto alla futura indizione della gara" (…).

La vicenda, ad oggi, è quindi del tutto irrilevante in punto di fatto e nessun obbligo dichiarativo era da ascrivere a Kibernetes.

Ma la questione è irrilevante anche in punto di diritto.

E' noto che spetta alla stazione appaltante, nell'esercizio di ampia discrezionalità, apprezzare autonomamente le pregresse vicende professionali dell'operatore economico, perché essa sola può fissare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente.

Facciamo il punto della situazione.

In tema di dichiarazioni sostitutive rese in sede di gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, occorre distinguere tra le dichiarazioni omesse, reticenti e false, rilevando che v'è omessa dichiarazione quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come 'grave illecito professionale'; v'è dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente. Infine, la falsa dichiarazione consiste in una immutatio veri; ricorre, cioè, se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero.

La falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50; essa soggiace a un regime in forza del quale la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo. Il medesimo regime vale poi per l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico.

Una volta che sia stata ravvisata una condotta dichiarativa a carattere omissivo, reticente o falso, ex art. 80, comma 5, lett. c-bis, d.lgs. n. 50 del 2016 non rilevata dall'amministrazione in corso di gara, il giudice non può statuire sic et simpliciter l'esclusione del concorrente, ma deve rimettere piuttosto la relativa valutazione alla stazione appaltante.

Nelle gare di appalto, la valutazione sulla sussistenza di «gravi illeciti professionali» desumibili da «mezzi adeguati» compete all'amministrazione, la quale è chiamata all'uopo – in caso di illecito comunicativo – ad apprezzare senz'altro quella condotta dichiarativa (in termini di omissione, reticenza o mendacio) del concorrente; ma nel far ciò, non potrà esimersi dal soppesare nel merito i singoli, pregressi episodi, dei quali l'operatore si è reso protagonista, e da essi dedurre, in via definitiva, la possibilità di riporre fiducia nell'operatore economico ove si renda aggiudicatario del contratto d'appalto.

Nel caso di provvedimenti d'esclusione che si fondino su fatti oggetto di procedimento penale, gli elementi idonei a sorreggere il giudizio d'inaffidabilità o non integrità dell'impresa possono anche essere desunti dall'amministrazione da fatti penalmente rilevanti oggetto di appositi procedimenti. Ma a tale fine è necessario che l'amministrazione individui con precisione quali siano le condotte esecutive rilevanti che hanno integrato gli estremi del grave errore professionale e determinato la interruzione del rapporto fiduciario.

Per poter apprezzare in chiave escludente la pregressa condotta oggetto di procedimento penale occorre che l'amministrazione dia adeguato conto:

a) di aver effettuato una autonoma valutazione delle idonee fonti di prova;

b) di aver considerato le emergenti circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all'apprezzamento di integrità morale e affidabilità professionale del concorrente (Consiglio di stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307).

In definitiva, in base ai principi recentemente affermati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Adunanza plenaria, 28 agosto 2020, n. 16), deve escludersi un automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo nel caso in cui siano state fornite, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, oppure nel caso in cui siano state omesse le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione. Nelle suddette ipotesi è invece indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla medesima lettera c) dell'art. 80, 5° comma [ed ora articolate nelle lettere c-bis), c-ter) e c-quater), per effetto delle modifiche da ultimo introdotte dalla legge decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (T.a.r. Toscana, Sez. I, 18 gennaio 2021 n. 62).

Non è superfluo rilevare che anche la giurisprudenza più risalente aveva già affermato che l'omessa dichiarazione dei carichi pendenti non è causa di esclusione dalla gara (Consiglio di Stato sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 726).

Nessun automatismo espulsivo, dunque, in base ad elementari principi di civiltà giuridica.

Il ricorso è in definitiva infondato e deve essere rigettato.

Le spese seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente alle spese del presente giudizio che liquida come di seguito:

1) € 2.000/00 (duemila) oltre accessori di legge in favore del Comune di Sorso;

2) € 2.000/00 (duemila) oltre accessori di legge in favore della controinteressata.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 22 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Scano, Presidente

Marco Lensi, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

Gianluca Rovelli **Francesco Scano**

IL SEGRETARIO