

bblicato il 08/01/2021

**N. 00306/2021REG.PROV.COLL.**

**N. 09069/2019 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 9069 del 2019, proposto da De Vizia Transfer s.p.a., in proprio ed in qualità di mandataria di costituendo Rti con Urbaser s.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Gennaro Macri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

***contro***

Agenzia Territoriale dell'Emilia Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti - Atersir, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Franco Mastragostino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, piazza Aldrovandi, 3;

***nei confronti***

Iren Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniela Anselmi, Filippo Pacciani e Alessandro Botto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Pacciani in Roma, via di San Nicola da Tolentino, 67;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, sezione staccata di Parma (Sezione Prima) n. 00230/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Iren Ambiente s.p.a. e dell'Agenzia Territoriale dell'Emilia Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti - Atersir;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 11 novembre 2020 il Cons. Alberto Urso, nessuno è comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con bando pubblicato sulla GUUE il 15 febbraio 2018 e sulla GURI il 23 febbraio 2018 l'Agenzia Territoriale dell'Emilia Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti - Atersir indicava procedura di gara per l'affidamento in concessione del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati nel bacino territoriale di Piacenza per la durata di quindici anni.
2. La concorrente De Vizia Transfer s.p.a. proponeva ricorso ex art. 120, comma 2-bis, Cod. proc. amm., integrato da motivi aggiunti, avverso il provvedimento di ammissione alla gara dell'unica altra concorrente Iren Ambiente s.p.a. formulando diverse censure relative in particolare alla situazione di conflitto d'interessi in essere - risultando la Iren Ambiente integralmente controllata da società partecipata dal Comune di Piacenza, che a sua volta partecipa alla stazione appaltante - nonché ad omissioni e falsità dichiarative in sede di gara in relazione a precedenti gravi illeciti professionali, alcuni dei quali oggetto di altrettante vicende penali; veniva inoltre censurato ex art. 116 Cod. proc. amm. il differimento dell'accesso agli atti di gara disposto dalla Atersir a fronte dell'istanza della De Vizia.
3. Nelle more del giudizio, a seguito della sentenza n. 310 del 2018 pronunciata dal Tribunale amministrativo per l'Emilia Romagna, sezione staccata di Parma, di annullamento di provvedimento d'ammissione in relazione all'analoga gara bandita per il bacino Parma, l'Atersir, con determinazione n. 7 del 25 gennaio 2019, annullava in autotutela le ammissioni di tutte le concorrenti riservando la più approfondita valutazione dei relativi requisiti.
4. Con ulteriori motivi aggiunti la De Vizia impugnava la successiva determinazione n. 95 del 13 giugno 2019 con la quale la Atersir, a seguito del riesame della posizione delle concorrenti, ammetteva definitivamente in gara la Iren Ambiente.
5. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza dell'Atersir e della Iren Ambiente, respingeva il ricorso e i motivi aggiunti, e dichiarava improcedibile l'istanza d'accesso in quanto rinunciata dalla ricorrente.
6. Avverso la sentenza ha proposto appello la De Vizia formulando i seguenti motivi di gravame:
  - I) *error in iudicando*: violazione e/o falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 42 e 80, comma 5, d. lgs. n. 50 del 2016; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 24 direttiva 2014/24/UE; violazione dei principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento;
  - II) *error in iudicando*: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), d. lgs. n. 50 del 2016;
  - III) *error in iudicando*: violazione e/o falsa applicazione sotto altro profilo dell'art. 80, comma 5, lett. c), d. lgs. n. 50 del 2016;
  - IV) *error in iudicando*: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), d. lgs. n. 50 del 2016; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), d. lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere *sub specie* di difetto di istruttoria, errore nei presupposti, travisamento dei fatti.
7. Resistono all'appello l'Atersir e la Iren Ambiente chiedendone la reiezione; risulta altresì costituito in giudizio il Ministero dell'Interno.

8. All'udienza dell'11 novembre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, è costituito in giudizio in resistenza il Ministero dell'Interno, che risulta tuttavia estraneo al giudizio; la circostanza è comunque indifferente ai fini del decidere, e ogni questione al riguardo è superata dal rigetto nel merito dell'appello e dalla decisione di compensazione delle spese di lite fra le parti.

2. Va per prima esaminata l'eccezione d'improcedibilità dell'appello per carenza d'interesse sollevata dall'Atersir a fronte dell'intervenuta abrogazione dell'art. 120, comma 2-bis, Cod. proc. amm. e della conseguente possibilità di far valere eventualmente le ragioni escludenti nell'ambito del giudizio avverso l'aggiudicazione.

2.1. L'eccezione è inammissibile.

Analoga eccezione era stata proposta infatti dall'Atersir in primo grado venendo espressamente respinta dalla sentenza *"in considerazione dell'introduzione del presente giudizio in data antecedente all'abrogazione formale dell'art. 120 comma 2-bis del d.lgs. n. 50/2016 [recte, del Cod. proc. amm.] che dunque continua ad applicarsi, per espressa previsione di legge, e sotto il profilo procedurale, alla fattispecie in esame"*.

Sul punto la Atersir non ha proposto appello incidentale c.d. "proprio", non potendo dunque qui riproporre l'eccezione respinta dal giudice di primo grado.

3. Può prescindersi dall'esame delle altre eccezioni preliminari sollevate dalle resistenti - salvo quanto osservato in relazione ai singoli motivi - stante il rigetto nel merito dell'appello.

4. Col primo motivo di gravame l'appellante si duole del mancato accoglimento della censura con cui aveva dedotto in primo grado la situazione di conflitto d'interessi ravvisabile in relazione alla partecipazione alla gara della Iren Ambiente, società controllata integralmente dalla Iren s.p.a., a sua volta partecipata dal Comune di Piacenza che vanta una partecipazione anche nella stazione appaltante Atersir.

Per l'appellante siffatta situazione di conflitto non sarebbe esclusa dall'autonomia funzionale dell'Atersir e si sarebbe inverata nella specie nell'omessa predisposizione del Piano economico e finanziario (Pef) e in altre omissioni informative da parte della stazione appaltante a tutto vantaggio della Iren Ambiente, precedente gestore del servizio.

4.1. Il motivo non è condivisibile.

4.2. Questa Sezione, con sentenza n. 2511 del 2019, ha già esaminato la doglianza prospettata dalla De Vizia in relazione all'analoga procedura di gara relativa al bacino di Parma, ed è giunta a riconoscerne l'infondatezza per ragioni che risultano condivisibili, e alle quali si può di seguito far riferimento, salve le necessarie distinzioni a fronte delle peculiarità della presente fattispecie.

4.2.1. La sentenza di primo grado ha escluso la violazione degli artt. 42 e 80, comma 5, lett. d), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e dunque il "conflitto di interessi" per le seguenti ragioni:

a) l'Atersir è un'Agenzia regionale dotata di piena autonomia funzionale e amministrativa per cui il personale che ha predisposto di atti di gara deve considerarsi, fino a prova contraria non fornita dalla ricorrente, imparziale rispetto all'esito della gara stessa;

b) l'entità della partecipazione azionaria del Comune di Piacenza in Iren s.p.a., essendo pari al 1,52%, non comporta la cointeressenza di fatto censurata dalla ricorrente;

c) le regole della *lex specialis*, per quanto possano implicare uno squilibrio in favore del gestore uscente, non costituiscono elementi sintomatici di un conflitto di interesse tra concorrente e stazione appaltante, in assenza di prova sull'esistenza di un nesso tra eventuale irragionevolezza della regola e precostituita posizione d'interesse pregiudizievole alle altre concorrenti;

d) le censure sulla mancata predisposizione da parte della stazione appaltante del Pef sono irricevibili per tardività o inammissibili per carenza attuale d'interesse in quanto proposte ad esito della fase di ammissione, mentre avrebbero dovuto essere dedotte impugnando il bando di gara, ovvero unitamente all'impugnazione dell'esito della gara se incidenti sul punteggio finale attribuito alla ricorrente.

4.3. Il Collegio condivide il ragionamento svolto dal giudice di primo grado con talune precisazioni di seguito esposte.

4.3.1. Preliminarmente, va precisata la posizione del Comune di Piacenza rispetto alla Atersir; quest'ultima è un'agenzia regionale costituita ai sensi dell'art. 4 della l. reg. Emilia Romagna 23 dicembre 2011, n. 23 (*Norme di organizzazione territoriale delle funzioni relative ai servizi pubblici locali dell'ambiente*) per «l'esercizio associato delle funzioni pubbliche relative al servizio idrico integrato e al servizio di gestione dei rifiuti urbani, previste dal decreto legislativo n. 152 del 2006 e già esercitate dalle Autorità d'ambito territoriali ottimali quali forme di cooperazione tra gli enti locali» (comma 1); è dotata di personalità giuridica di diritto pubblico e di autonomia amministrativa, contabile e tecnica (comma 2).

La disposizione istitutiva specifica che all'Agenzia «partecipano obbligatoriamente tutti i Comuni e le Province della Regione» (comma 1); le modalità di partecipazione sono indicate agli articoli 7 e 8 della legge regionale: il sindaco di ciascun Comune è componente del Consiglio locale (art. 8, comma 1) e, ove nominato dal Consiglio locale, componente del Consiglio d'ambito (art. 7, comma 1).

La vigilanza sull'Agenzia spetta alla Regione ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. d), l.r. n. 23 del 2011.

L'Atersir svolge, dunque, il compito di stazione appaltante per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani ai sensi dell'art. 202 d.lgs. 2 aprile 2006, n. 152, e il Comune di Piacenza vi partecipa in quanto - non già socio *stricto sensu* bensì - ente associato e componente degli organi di governo.

4.3.2. Il quadro normativo descritto porta a escludere - quanto meno in astratto - il conflitto d'interessi tra stazione appaltante e operatore economico partecipante alla procedura paventato dall'appellante: Atersir è un ente pubblico a carattere associativo, poiché presenta la struttura di un'associazione tra i Comuni e le Province della Regione Emilia - Romagna, a partecipazione obbligatoria; il Comune di Piacenza, per questo, è tenuto a parteciparvi e a contribuire, a mezzo di propri rappresentanti, alla costituzione dei suoi organi; per legge, poi, essa è stazione appaltante del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani.

L'Atersir gode di piena autonomia nell'esercizio delle sue funzioni onde non potrebbe, neppure in astratto, ritenersi che i Comuni partecipanti possano giovare della loro posizione all'interno dell'ente per indirizzarlo verso l'affidamento del servizio a taluni operatori piuttosto che ad altri, se - come nel caso di specie accaduto - la scelta dell'affidatario avvenga mediante procedura di evidenza pubblica.

La precisazione è decisiva, e in effetti nella deliberazione del 7 giugno 2017, n. 626, l'Anac ha censurato (non certo la posizione dell'Agenzia regionale quale stazione appaltante per legge, quanto) il comportamento dell'Agenzia di non subentrare nel ruolo di contraente nelle convenzioni stipulate dalle precedenti Autorità d'ambito con alcune società miste (l'indagine riguardava la Hera s.p.a.), come pure ha censurato la non interruzione del sistema di proroghe che consentiva ai vecchi concessionari, affidatari diretti del servizio, di continuare la gestione per un lungo periodo di tempo.

Per la presenza di analoga situazione nei rapporti con la Iren s.p.a., l'Anac, con deliberazione 4 febbraio 2015, n. 14 richiamata dall'appellante, ha invitato inoltre Atersir ad indire una procedura di gara per l'affidamento del servizio nel distinto bacino di Parma, a conferma che è l'affidamento tramite procedura competitiva il valore su cui viene concentrata l'attenzione e che viene individuato quale obiettivo principale da perseguire.

Nessuna incidenza rispetto alla fattispecie in esame presenta poi la segnalazione dell'Anac n. 4 del 17 ottobre 2018 (concernente *“la verifica degli affidamenti dei concessionari ai sensi dell'art.177 del D.lgs. n. 50/2016 e adempimenti dei concessionari autostradali ai sensi dell'art. 178 del medesimo codice”*) la quale pure vuole, in definitiva, sollecitare l'indizione di gare in relazione alle concessioni scadute, oltre ad esaminare altri profili del rapporto con i concessionari estranei all'oggetto della presente controversia.

4.3.3. In tale contesto, occorre osservare che il Comune di Piacenza detiene una partecipazione azionaria, sia pure di minoranza, nella società Iren s.p.a., la quale controlla al 100% Iren Ambiente s.p.a., per cui il Comune di Piacenza detiene una partecipazione indiretta in Iren Ambiente s.p.a.; come rileva l'appellante, è possibile, ancora una volta in astratto, ipotizzare che il Comune abbia interesse a che la procedura di evidenza pubblica si concluda con l'affidamento ad Iren Ambiente, poiché potrebbe derivarne un utile in punto di dividendi distribuiti ai soci.

Tuttavia, neppure tale situazione configura il conflitto di interessi lamentato dall'appellante come ragione di esclusione della Iren Ambiente dalla procedura; valgono le seguenti considerazioni:

a) il Comune di Piacenza non è la stazione appaltante della procedura di evidenza pubblica oggetto del giudizio; stazione appaltante è l'Agenzia regionale, per la quale le considerazioni esposte al punto precedente valgono ad escludere ogni favoritismo alla società partecipata dal Comune;

b) l'art. 42, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (cui rimanda l'art. 80, comma 5, lett. d) che vi ricollega una causa di esclusione dell'operatore economico) presume la sussistenza di una situazione di conflitto di interessi quando: *«il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interessi quelle che determinano l'obbligo di astensione previsto dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62»*; la norma è interpretata in senso ampio dalla giurisprudenza come riferita, oltre che al “personale della stazione appaltante”, a qualsiasi soggetto che, in forza di un valido titolo contrattuale o legislativo, ovvero per la sua posizione di rilievo abbia la capacità di impegnare la stazione appaltante nei confronti di terzi (cfr. Cons. Stato, V, 11 luglio 2017, n. 3415), ma l'appellante non espone elemento alcuno che possa indurre a ritenere il personale dell'Atersir, né altri soggetti che in essa abbiano un qualche ruolo, carente di imparzialità o indipendenza per interesse finanziario, economico o di altro tipo, se non la già esaminata posizione dei rappresentanti del Comune di Piacenza all'interno dell'Agenzia stessa;

c) la situazione lamentata dall'appellante potrebbe essere, al più, assimilata al caso di partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica di società di capitali partecipata dal Comune appaltante; ebbene, anche nel caso di specie, per certi versi di impatto potenzialmente maggiore sul piano dell'imparzialità e della trasparenza, va ammessa la partecipazione per le seguenti ragioni:

c1) dalle disposizioni del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, si ricava che, in termini generali, è consentito ad un soggetto pubblico detenere una partecipazione in società di capitali, subordinatamente al rispetto del c.d. vincolo di scopo, ovvero sempre che la partecipazione sia ritenuta indispensabile a perseguire una delle finalità di cui dall'art. 4, comma 2,

d.lgs. n. 175 citato, tra le quali rientra in particolare, la «*produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi*» (cfr. Cons. Stato, V, 23 gennaio 2019, n. 578);

c2) l'art. 45, comma 2, lett. a), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 menziona tra gli operatori economici che possono partecipare a procedure di evidenza pubblica «*le società, anche cooperative*», senza distinzioni, per cui tra queste vanno incluse - nuovamente in termini generali - anche le società a partecipazione pubblica, e le disposizioni del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica si occupano del caso in cui l'affidamento di un servizio pubblico a società a partecipazione pubblica possa avvenire senza gara (società *in house* del soggetto pubblico appaltante, art. 16, e società mista con previsione della gara a doppio oggetto, art. 17), implicitamente ammettendo che, in tutte le altre ipotesi, la società possa ricevere l'affidamento del servizio, purché secondo le modalità della procedura a evidenza pubblica;

c3) in definitiva, la questione va affrontata dunque, ancora una volta, *sub specie* di conflitto di interessi del personale ex art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50, mentre va escluso che la mera compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente esprima *ex se*, in via astratta, una violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento, occorrendo piuttosto evidenza di comportamenti violativi *in concreto* delle regole dell'evidenza pubblica perché possa ritenersi arrecato un pregiudizio alla regolarità della gara (cfr. Cons. Stato, V, 5 giugno 2018, n. 3401 e precedenti ivi citati);

c4) anche la più recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha affermato che la «*situazione di controllo societario impedisce di ritenere che nell'affidamento di contratti dall'ente posto al vertice della catena di comando a favore della società alla base del medesimo rapporto possa ravvisarsi una situazione di conflitto di interessi*», giacché «*è legittimo che un'amministrazione affidi contratti a proprie entità controllate all'esito di procedure di gara senza che in ciò possa automaticamente ravvisarsi un conflitto di interesse*» (Cons. Stato, V, 6 maggio 2020, n. 2863; cfr. al riguardo anche le considerazioni di Cons. Stato, sez. consultiva atti normativi, parere 5 marzo 2019, n. 667).

4.4. Escluso in via astratta il conflitto di interessi tra l'Atersir e la Iren Ambiente, resta da valutare se, per il comportamento tenuto dalla stazione appaltante nella predisposizione degli atti di gara e nel successivo svolgimento della stessa, detto conflitto si sia in qualche modo palesato in concreto con conseguente vantaggio della Iren Ambiente sull'appellante.

4.4.1. Secondo la De Vizia il comportamento sospetto della stazione appaltante, nel quale si sarebbe in concreto manifestato il conflitto, consisterebbe nel non aver predisposto e fornito ai concorrenti un Pef che consentisse di verificare la sussistenza del presupposto dell'equilibrio economico-finanziario del servizio, e nella mancata divulgazione di una serie di informazioni (*i.e.*, entità del personale da assorbire distinto per tipologia di contratto, dati storici sull'evasione tariffaria, importo dei beni ammortizzabili da rimborsare al gestore uscente, costo del personale operante presso imprese terze affidatarie cui è assicurata continuità di rapporto), a tutto vantaggio della Iren Ambiente, che, per essere gestore uscente del servizio, conosceva la sua remuneratività e, comunque, era in possesso di ogni altra informazione.

4.4.2. Sul punto, la sentenza di primo grado va effettivamente corretta, poiché tali circostanze sono state allegare in giudizio non già al fine di contestare la possibilità di formulazione dell'offerta - che avrebbe imposto l'immediata impugnazione del bando di gara - né per dimostrare il maggior punteggio che la controinteressata potrebbe conseguire per il possesso delle informazioni (che imporrebbe l'impugnazione dell'aggiudicazione) ma esclusivamente quali indizi del conflitto di interessi in concreto sussistente. Ed è questa, altresì, la ragione per la quale va respinta l'eccezione d'inammissibilità per tardività del ricorso introduttivo del giudizio riproposta da Iren Ambiente nel presente grado di appello.

4.4.3. Senonché tali circostanze, così meglio qualificate, non sono sintomatiche della volontà della stazione appaltante di favorire la Iren Ambiente, né costituiscono prove indiziarie di una consapevole violazione della *par condicio* dei concorrenti per ragioni di vicinanza con uno di essi.

4.4.3.1. Quanto al Pef che dia conto della remuneratività del servizio (ai fini della bancabilità dell'offerta formulata dall'operatore, secondo l'indicazione dell'art. 165, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016), esso va individuato nel piano adottato dal Consiglio d'ambito con delibera 25 settembre 2015, n. 42 approvativa del "*Piano d'ambito del bacino di Piacenza*", in conformità alla previsione dell'art. 203, comma 3, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, il cui estratto è stato annesso *sub* allegato F) al disciplinare tecnico, come rilevato dall'Atersir (e confermato dalla Iren Ambiente) e non specificamente contestato dalla De Vizia.

4.4.3.2. Quanto ai dati sull'insoluto, rilevanti a fronte dell'obbligo di recupero crediti e del corrispondente rischio posto a carico del concessionario - la cui modulazione e misura è espressiva peraltro di valutazione discrezionale dell'ente concedente (cfr. lo schema di contratto, *sub* artt. 5 e 11) - la stessa Atersir dà conto, in risposta alle domande di chiarimenti, di non disporre del dato, ciò che peraltro non incide sulla determinazione della base d'asta, giustificata dal suddetto Piano.

Essa inoltre chiarisce che la riscossione della Tari non forma oggetto della concessione, mentre per le annualità pregresse 2014-2016 non risultavano attive tariffe di natura corrispettiva, fermo il suindicato regime contrattuale da applicare alla concessione; tutto ciò in un contesto nel quale peraltro - sotto il profilo prestazionale del servizio di gestione rifiuti - era pubblicato *sub* allegato B.1) al disciplinare tecnico lo *standard* da assicurare.

Alla luce di ciò, non è dato ricavare evidenza di elementi rilevanti ai fini del dedotto e concreto conflitto d'interessi, tanto meno nella prospettiva dell'esclusione della Iren Ambiente invocata dall'appellante: da un lato, infatti, l'appellante non supera le suddette indicazioni fornite dall'amministrazione, dall'altro - in ogni caso - anche laddove ingiustificata, la mancata divulgazione dei dati invocati dalla De Vizia potrebbe incidere al più sulla legittimità intrinseca della procedura, ma non varrebbe a dimostrare un concreto conflitto d'interessi idoneo a inficiare il provvedimento ammissivo della Iren Ambiente.

4.4.3.3. In relazione all'invocata indeterminatezza del costo dei beni da trasferire, lo schema di contratto richiama all'art. 15 i valori definiti nella Determina dirigenziale n. 51 del 18 marzo 2016, della cui (non contestata) pubblicazione sul sito *web* dell'amministrazione la Iren Ambiente dà conto, così come risulta del resto dagli stessi chiarimenti dell'Atersir e relative premesse, *sub* quesito n. Q.25.a); al riguardo, è presente in atti la relazione conclusiva del Rup concernente il "*Procedimento preordinato all'individuazione dei beni strumentali del Servizio di Gestione Rifiuti Urbani ed assimilati del bacino di Piacenza, nonché alla determinazione del relativo valore residuo*", unitamente all'allegato elenco dei mezzi e relativo valore di subentro.

Nei medesimi chiarimenti resi dall'Atersir (spec. *sub* quesito Q.25.b)) si dà conto peraltro - così come nella suddetta relazione del Rup - che la valutazione finale di tali mezzi verrà eseguita avendo a riferimento il momento effettivo del subentro, e dunque aggiornando gli importi originariamente indicati: il che non dà luogo a un "evasivo" rimando, bensì a un procedimento volto a definire in modo preciso e attuale il valore di subentro, consentendo così di superare anche eventuali lacune o disallineamenti temporali in relazione allo stato d'ammortamento dei mezzi.

Di qui l'infondatezza delle doglianze dell'appellante.

A ciò si aggiunga che il vizio è invocato dalla De Vizia non già in sé, e cioè in relazione alla modalità di determinazione del valore dei beni e la perimetrazione degli obblighi di subentro, ma pur sempre rispetto al dedotto conflitto d'interessi, che tuttavia - alla luce degli elementi informativi suindicati e del procedimento previsto per la determinazione del valore di subentro dei beni - non è riscontrabile; né tanto

meno sono rinvenibili nei termini invocati dall'appellante (*i.e.*, ai fini dell'esclusione della Iren Ambiente) profili d'illegittimità nella previsione stessa del subentro, che non viene comunque invocata dalla De Vizia in termini d'illegittimità della *lex specialis*, e dunque della procedura di gara in sé.

4.4.3.4. Circa i costi del personale delle ditte esterne cui è assicurata continuità di rapporto, occorre rilevare che in realtà il costo direttamente rilevante per il concessionario è quello relativo al personale da assorbire *ex art.* 25 dello schema di contratto e *art.* 202 d.lgs. n. 152 del 2006, costo reso noto dall'ente concedente con l'allegato *sub C)* al disciplinare tecnico; né l'appellante chiarisce in cosa consisterebbero i "protocolli sindacali" che obbligherebbero all'assorbimento di dipendenti esterni.

Quanto al CCNL di settore (CCNL "FISE"), questo trova applicazione nei confronti dei dipendenti assorbiti dall'affidatario, mentre rispetto alle ditte terze il concessionario si impegna a far riferimento al contratto "*per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni*" (*cfr.* l'*art.* 26, comma 2 e 3 dello schema di contratto), sicché non si ravvisano omissioni informative in sé rilevanti o dall'effetto discriminatorio.

Così come per i mezzi, peraltro, le eventuali carenze informative, e i dedotti profili d'irragionevolezza in relazione al numero sproporzionato di dipendenti da assorbire, non possono rilevare quale espressione di conflitto d'interessi con effetto escludente per la Iren Ambiente (peraltro anch'essa chiamata a sostenere il medesimo costo delle unità di personale in caso d'aggiudicazione), bensì semmai sulla legittimità della procedura in sé, non censurata tuttavia in tale prospettiva dall'appellante.

5. Col secondo motivo la De Vizia deduce che il giudice di primo grado avrebbe erroneamente respinto il motivo di ricorso con il quale era contestato alla controinteressata di aver omesso di dichiarare che altra società del gruppo Iren, la Iren Mercato s.p.a., era stata destinataria di provvedimento sanzionatorio da parte dell'A.G.C.M. per pratiche commerciali scorrette; la decisione del giudice di primo grado sul punto - motivata dal fatto che il provvedimento sanzionatorio riguardava società diversa da quella partecipante alla gara - è ritenuta sbrigativa, per aver tralasciato che l'appartenenza al medesimo gruppo comporta la sottoposizione ad una medesima direzione cui, pertanto, è imputabile il "grave errore professionale", tanto più che la società sanzionata opera nel medesimo ambito dell'erogazione dei servizi di pubblica utilità per le medesime amministrazioni locali e popolazione cui è destinato il servizio in affidamento.

5.1. Il motivo è infondato.

5.1.1. L'appellante contesta alla stazione appaltante di aver ammesso la Iren Ambiente nonostante quest'ultima avesse sottaciuto l'esistenza di un provvedimento sanzionatorio adottato dall'A.G.C.M. nei confronti di altra società, la Iren Mercato s.p.a., appartenente al medesimo gruppo societario.

È noto al riguardo che, per consentire alla stazione appaltante un'adeguata e ponderata valutazione sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico, ai sensi dell'*art.* 80, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sono posti a carico di quest'ultimo i c.d. obblighi informativi: l'operatore è tenuto a fornire una rappresentazione dettagliata delle proprie pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, gli è stata contestata una condotta illecita o, comunque, si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti ed è altrettanto certo, a seguito delle pronunce giurisprudenziali, che la violazione degli obblighi informativi ben può integrare, a sua volta, il "grave illecito professionale" endoprocedurale, indicato, nell'elencazione esemplificativa dell'*art.* 80, comma 5, lett. c) cit. come «*omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*», con conseguente facoltà della stazione appaltante di valutare tale omissione o reticenza ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico, in una alla vicenda sostanziale non comunicata (*cfr.*, al riguardo, Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16).

Nel caso di specie, tuttavia, il precedente che l'appellante assume taciuto non formava oggetto di alcun obbligo informativo a carico della Iren Ambiente, trattandosi di una vicenda professionale riguardante una distinta società, sia pure appartenente al medesimo gruppo societario.

Sarebbe infatti eccessivamente dilatato l'obbligo informativo posto a carico degli operatori economici ove fosse richiesto loro di riferire alla stazione appaltante non solo delle proprie pregresse vicende professionali, ma anche di vicende professionali di altre società del medesimo gruppo, salvo che ne siano scaturite ricadute personali sugli amministratori (e gli altri organi di vertice) di entrambe le società, se comuni; ipotesi che non risulta essersi verificata nel caso in esame (in tal senso, cfr. Cons. Stato, n. 2511 del 2019, cit.).

6. Col terzo motivo l'appellante si duole del mancato accoglimento della censura con cui aveva dedotto in primo grado l'omessa dichiarazione circa l'assenza di cause d'esclusione da parte della Iren s.p.a., socio unico della controinteressata.

6.1. Anche tale motivo è infondato.

6.1.1. Come affermato dalla giurisprudenza che il Collegio predilige, non è infatti dovuta, ai sensi dell'art. 80, comma 3, d. lgs. n. 50 del 2016, la dichiarazione sulla mancanza di cause d'esclusione da parte del socio unico persona giuridica, prevedendo la disposizione che siffatta dichiarazione sia resa dal solo «*socio unico persona fisica*» (Cons. Stato, V, 9 aprile 2020, n. 2333; 20 novembre 2019, n. 7922; 7 settembre 2020, n. 5370 e 27 agosto 2014, n. 4732, relative all'analogha previsione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006).

7. Con l'ultimo motivo di gravame l'appellante si duole del rigetto della censura con cui aveva dedotto in primo grado la falsa dichiarazione, con effetto escludente, resa all'amministratore della Iren Ambiente il 28 gennaio 2019 in sede di approfondimento istruttorio attivato dall'amministrazione.

7.1. Neanche tale motivo è condivisibile.

7.1.1. Va premesso al riguardo che il procedimento ammissivo dei concorrenti si è sviluppato in più fasi: a seguito di originaria ammissione disposta con determina n. 164 del 30 ottobre 2018, impugnata dalla De Vizia con il ricorso in primo grado integrato dai primi motivi aggiunti, l'Atersir ha successivamente - a fronte della suddetta sentenza n. 310 del 2018 adottata dal Tribunale amministrativo in relazione alla parallela gara sul bacino di Parma - sospeso la procedura (determina n. 181 del 29 novembre 2018) e poi annullato il provvedimento di originaria ammissione «*nella parte individuata dalla stessa sentenza TAR n. 310/2018*», giusta determina n. 7 del 25 gennaio 2019; è infine pervenuta, a seguito del riesame delle posizioni delle concorrenti, alla loro ammissione finale - inclusa, per quanto di rilievo nella presente sede, quella della Iren Ambiente - giusta determina n. 95 del 13 giugno 2019, impugnata dalla De Vizia con secondi motivi aggiunti, e sulla quale non può che concentrarsi l'interesse dell'appellante in ordine ai profili relativi agli illeciti professionali e le omissioni o falsità dichiarative, stante la caducazione *in parte qua* della precedente determina ammissiva.

7.1.2. In tale contesto, la De Vizia premette di aver rappresentato alla stazione appaltante che l'amministratore delegato di Iren Ambiente era stato condannato nel dicembre 2016 in sede penale per un reato afferente la gestione della discarica di Poiatica, condanna non dichiarata in sede di gara, e deduce che la stazione appaltante le aveva comunicato, con nota 11 gennaio 2019, di aver avviato gli opportuni approfondimenti istruttori sulla posizione giudiziaria dello stesso; aggiunge poi che quest'ultimo, nelle osservazioni trasmesse alla stazione appaltante il 28 gennaio 2019, si era difeso sostenendo di non aver mai avuto conoscenza fino a quel momento del decreto penale del Tribunale di Reggio Emilia 13/25 agosto 2015, n. 1248, in quanto, evidentemente, la notifica del suddetto decreto non si era mai perfezionata nei

suoi confronti e di essersi attivato, a mezzo del proprio difensore, per essere rimesso in termini ai fini della proposizione dell'opposizione.

Alla luce di ciò, la De Vizia deduce che l'amministratore delegato di Iren Ambiente avrebbe reso dichiarazione falsa o gravemente mendace alla stazione appaltante, avendo omesso nella nota del 28 gennaio 2019 ogni riferimento al (diverso) decreto penale di condanna n. 586 del 2015 e alla conseguente sentenza del dicembre 2016 del Tribunale di Reggio Emilia relativi alla suddetta vicenda della discarica di Poiatica.

7.1.3. Ai fini del rigetto della doglianza è sufficiente rilevare che la nota del 28 gennaio 2019 costituiva risposta alla comunicazione dell'Atersir del 17 gennaio 2019, la quale si concentrava specificamente sul decreto penale del G.i.p. del Tribunale di Reggio Emilia del *"13/06/2018 [recte, 13 agosto 2018]" "esecutivo il 31/03/2016"*, di cui l'amministrazione aveva avuto conoscenza da certificato del casellario giudiziale acquisito il 14 gennaio 2019.

Per questo motivo la nota del 28 gennaio 2019 si soffermava su detto decreto penale n. 1248 del 13 agosto 2015; mentre l'appellante richiama il diverso decreto penale n. 586 del 25 maggio 2015, seguito da sentenza n. 2496 del 5 dicembre 2016, atti che non erano richiamati nella comunicazione dell'Atersir del 17 gennaio 2019, e che per questo non venivano menzionati nella suddetta nota di risposta del 28 gennaio 2019, che non presenta perciò alcun profilo di falsità al riguardo.

Peraltro, di tali diversi pregiudizi penali l'Atersir ha avuto comunque notizia (trattandosi tra l'altro di circostanze eventualmente rilevanti a fini ammissivi, e perciò rientranti fra le informazioni di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) [ora *c-bis*]) d.lgs. n. 50 del 2016, non già alla lett. *f-bis*): cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 16 del 2020, cit.) e su di essi s'è pronunciata espressamente nella determinazione n. 95 del 13 giugno 2019, concludendo (non irragionevolmente) per la loro irrilevanza a fini escludenti, riguardando *"fattispecie contravvenzionale di lieve entità"*, non in grado di rendere *"dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche con riferimento alla sua reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento"*.

Di qui l'infondatezza della doglianza.

8. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello va respinto.

8.1. La particolarità e complessità della fattispecie giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite del grado fra le parti.

P.Q.M.

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

compensa integralmente fra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.-l. n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Alberto Urso**

**IL PRESIDENTE**

**Giuseppe Severini**

**IL SEGRETARIO**