

Publicato il 13/05/2021

N. 00345/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00058/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 58 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS- S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giulio Steri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia Sarda per le Politiche Attive del Lavoro - Aspal, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mauro Barberio, Stefano Porcu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Sardegna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mattia Pani, Alessandra Putzu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Coopservice Società Cooperativa P.A., Tepor S.p.A., Scuola per Operatori Sociali Regionale (S.O.So.R.), Cooperativa Sociale Cellarius non costituiti in

giudizio;

per l'annullamento

-- per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- 1) della determinazione del Direttore Generale dell'ASPAL n. 2243 del 26.08.2019 con cui è stata indetta, ai sensi degli artt. 58 e 60 del D.Lgs 50/2016 e ss.mm.ii., una “Procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio di facility management e gestione integrata di servizi e attività da realizzarsi nelle aree del Parco Geominerario storico e ambientale della Sardegna, per il periodo di 24 mesi”, CIG: 8013900F79 CUP: D79E19000510002, nonché il disciplinare di gara approvato con detta determinazione art. 6.3;
- 2) della nota del Direttore del Servizio sicurezza dei luoghi di lavoro, forniture e manutenzioni dei beni mobili e immobili dell'ASPAL n. 85374/ASPAL del 04.12.2020, contenente “comunicazione avvio procedimento esclusione e revoca aggiudicazione”;
- 3) della proposta del “responsabile del procedimento” n. 85343/ASPAL del 04.12.2020;
- 4) della nota del Direttore Generale dell'Assessorato del Lavoro, Formazione Professionale, Cooperazione e Sicurezza Sociale n. 72857/ASPAL del 17.11.2020;
- 5) della nota del Direttore del Servizio sicurezza dei luoghi di lavoro, forniture e manutenzioni dei beni mobili e immobili dell'ASPAL n. 89527 del 14.12.2020;
- 6) della proposta del responsabile del progetto n. 85343 del 04.12.2020;
- 7) della nota del Direttore del Servizio Sicurezza dei Luoghi di lavoro, forniture e manutenzioni dei beni mobili e immobili dell'ASPAL Eugenio Annicchiarico e del Coordinatore del Settore Appalti di beni e servizi Stefania Sollai dell'ASPAL n. 95584/2020 del 21.12.2020 con la quale è stata comunicata la “esclusione, revoca aggiudicazione ex art. 76 comma 5 lettera d) del d. lgs50/2016 e ss.mm.ii.” relativa alla “procedura aperta telematica per

l'affidamento del servizio di facility management e gestione integrata di servizi e attività da realizzarsi nelle aree del Parco Geominerario Storico e Ambientale della Sardegna, per il periodo di 24 mesi CIG: 8013900F79 CUP: D79E19000510002”;

8) della proposta n. 2449 del 21.12.2020, non conosciuta ma menzionata in epigrafe nella determinazione di cui al successivo n. 9;

9) della determinazione del Direttore del Servizio Sicurezza dei Luoghi di lavoro, forniture e manutenzioni dei beni mobili e immobili dell'ASPAL n. 2266 del 21.12.2020 con la quale è stato, tra l'altro, determinato “ Art. 3) di disporre l'esclusione della -OMISSIS- S.p.A. dalla gara in oggetto e contestualmente di annullare l'aggiudicazione disposta con Determinazione dirigenziale n.1572/ASPAL del 13.10.2020 ”, nonché “Art. 5) di aggiudicare al costituendo R.T.I. composto dalla società Coopservice S. Coop. p. A. in qualità di mandataria e dalle società Tepor S.p.A., Scuola per Operatori Sociali Regionale (S.O.S.O.R.) e Cooperativa Sociale Cellarius in qualità di mandanti ”;

10) della nota del Direttore del Servizio sicurezza dei luoghi di lavoro, forniture e manutenzioni dei beni mobili e immobili dell'ASPAL n. 96895 del 28.12.2020;

11) di ogni altro atto presupposto o collegato, antecedente, contestuale o conseguente o comunque connesso;

nonché

al fine di ottenere l'aggiudicazione della gara in forma specifica, con la declaratoria di inefficacia del contratto che dovesse eventualmente essere sottoscritto tra il controinteressato e l'amministrazione resistente e del diritto della ricorrente a conseguire e mantenere l'aggiudicazione della medesima gara di cui sopra;

nonché, in subordine,

qualora non sia possibile il risarcimento in forma specifica, per la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento per equivalente da determinarsi nella misura esposta in narrativa, ovvero in quella diversa somma che dovesse

risultare in corso di causa o che il Giudice riterrà di stabilire in via equitativa, maggiorata di rivalutazione, interessi e maggior danno.

-- per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 15 marzo 2021:

- della determinazione n. 660 in data 8 marzo 2021 del Direttore del Servizio Sicurezza dei luoghi di lavoro, forniture e manutenzioni dei beni mobili e immobili di ASPAL, con la quale si è preso atto della verifica positiva in merito ai requisiti dichiarati dal RTI controinteressato e si è dichiarata efficace l'aggiudicazione in suo favore;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o, comunque, connesso;

nonché

al fine di ottenere l'aggiudicazione della gara in forma specifica, con la declaratoria di inefficacia del contratto che dovesse eventualmente essere sottoscritto tra il controinteressato e l'amministrazione resistente e del diritto del ricorrente a conseguire e mantenere l'aggiudicazione della medesima gara di cui sopra;

nonché, in subordine,

qualora non sia possibile il risarcimento in forma specifica, per la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento per equivalente da determinarsi nella misura esposta in narrativa, ovvero in quella diversa somma che dovesse risultare in corso di causa o che il Giudice riterrà di stabilire in via equitativa maggiorata di rivalutazione, interessi e maggior danno.

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

visti gli atti di costituzione in giudizio della Agenzia Sarda per le Politiche Attive del Lavoro - Aspal e della Regione Sardegna;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella udienza pubblica del giorno 5 maggio 2021, tenutasi in modalità telematica ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, nonché dell'art. 6 del d.l. n. 44 del 1 aprile 2021, il dott. Gianluca Rovelli;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione del Direttore Generale dell'Agenda Sarda per le Politiche Attive del Lavoro, di seguito ASPAL, n. 2243 del 26.08.2019, è stata indetta una "Procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio di facility management e gestione integrata di servizi e attività da realizzarsi nelle aree del Parco Geominerario storico e ambientale della Sardegna, per il periodo di 24 mesi".

Con determinazione del Direttore Generale ASPAL n. 738 del 28.05.2020 è stata approvata l'aggiudicazione della gara in favore del Costituendo R.T.I. composto dal Consorzio Formula Ambiente società cooperativa sociale, mandataria, e dalle società Solidarietà Consorzio Cooperativo Sociale Società Cooperativa Sociale e IAL Sardegna S.r.l. impresa sociale, mandanti.

Avverso detta determinazione -OMISSIS-, in data 29.06.2020, ha proposto davanti a questo TAR il ricorso iscritto al n. R.G. -OMISSIS-.

Con determinazione del Direttore Generale ASPAL n. 1552 dell'11.10.2020 è stata successivamente disposta l'esclusione e la revoca dell'aggiudicazione in favore del costituendo R.T.I. composto dalla società Consorzio Formula Ambiente società cooperativa sociale in qualità di mandataria e dalle società solidarietà Consorzio Cooperativo Sociale Società Cooperativa Sociale e Ial Sardegna s.r.l. impresa sociale e il Direttore del Servizio sicurezza dei luoghi di lavoro, forniture e manutenzioni dei beni mobili e immobili è stato incaricato di adottare gli atti conseguenti.

In forza di tale incarico il Direttore del Servizio ha adottato la determinazione n. 1572 del 13.10.2020 con la quale la gara è stata aggiudicata ad -OMISSIS-, subordinatamente alle verifiche con esito positivo del possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara dichiarati in sede di domanda.

Quindi, con sentenza n. -OMISSIS- del 12.11.2020, il T.A.R. ha dichiarato la sopravvenuta carenza di interesse sul ricorso che era stato proposto da -OMISSIS- avverso l'aggiudicazione della gara al R.T.I. con mandataria la società Consorzio Formula Ambiente.

Successivamente all'avvenuta aggiudicazione della gara in favore di -OMISSIS-, con la citata determinazione n. 1572 del 13.10.2020, ASPAL, con nota n. 85374 del 04.12.2020, ha comunicato che il responsabile del procedimento aveva evidenziato la necessità di avviare il procedimento di esclusione anche di -OMISSIS-.

-OMISSIS- con nota dell'11.12.2020 ha riscontrato detta richiesta chiedendo l'accesso agli atti e precisando che *“il termine di 10 giorni deve ritenersi sospeso ed inizierà a decorrere nuovamente e per intero dal momento in cui sarà consegnata la documentazione richiesta”*.

ASPAL, con nota n. 89527 del 14.12.2020, ha concesso solo in parte il richiesto accesso assegnando il termine del 17.12.2020 per le eventuali controdeduzioni.

Con nota del 16.12.2020 -OMISSIS- ha contestato la legittimità dell'operato dell'ASPAL e ha svolto deduzioni.

Con nota n.95584 del 21.12.2020, il Direttore del Servizio Sicurezza dei Luoghi di lavoro, forniture e manutenzioni dei beni mobili e immobili Eugenio Annicchiarico e il Coordinatore del Settore Appalti di beni e servizi Stefania Sollai di ASPAL hanno comunicato l'*“esclusione, revoca aggiudicazione ex art.76 comma 5 lettera d) del d.lgs50/2016 e ss.mm.ii.” relativa alla “procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio di facility management e gestione integrata di servizi e attività da realizzarsi nelle aree del Parco Geominerario Storico e Ambientale della Sardegna, per il periodo di 24 mesi CIG: 8013900F79 CUP: D79E19000510002”*.

Alla nota è stata allegata la determinazione del Direttore del Servizio Sicurezza dei Luoghi di lavoro, forniture e manutenzioni dei beni mobili e immobili di ASPAL n. 2266 del 21.12.2020 con cui è stato, tra l'altro, determinato *“ Art.3) di disporre l'esclusione della -OMISSIS- SpA dalla gara in oggetto e contestualmente di annullare l'aggiudicazione disposta con Determinazione dirigenziale n.1572/ASPAL del 13.10.2020”*, nonché di *“Art. 5) di aggiudicare al costituendo R.T.I. composto dalla società Coopservice S. Coop. p. A. in qualità di*

mandataria e dalle società Tepor S.p.A., Scuola per Operatori Sociali Regionale (S.O.S.O.R.) e Cooperativa Sociale Cellarius in qualità di mandanti?'

Con successiva nota n.96895 del 28.12.2020 ASPAL ha riscontrato la richiesta di accesso di -OMISSIS-.

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

1) violazione art. 97 Cost., L. 241/1990 e s.m.i., in particolare artt. 3 e 10 bis, e d.lgs. 50/2016 e s.m.i. – art. 80, comma 7, art. 83 e art. 86, comma 1, nonché dell'Allegato XVII, violazione del giusto procedimento, violazione linee guida ANAC n. 6 di attuazione del d.lgs. 50/2016, 6, eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà e carenza di motivazione, violazione e/o illegittimità del disciplinare approvato con determinazione del Direttore Generale dell'ASPAL n. 2243 del 26.08.2019, art. 6.3, violazione del giusto procedimento;

2) violazione artt. 27, comma 2, e 97 Cost., L. 241/1990 e s.m.i., in particolare artt. 3 e 10 bis, e d.lgs. 50/2016 e s.m.i. – art. 80, in particolare commi 5 e 6, violazione del giusto procedimento, violazione art. 6, comma 2, Convenzione EDU, violazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficienza dell'azione amministrativa, violazione del principio del favor participationis, eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà, carenza d'istruttoria e di motivazione, falsità del presupposto, travisamento dei fatti e mancata valutazione delle misure di self cleaning adottate dalla ricorrente, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE, violazione linee guida ANAC n. 6 di attuazione del d.lgs. 50/2016, - 2.2.1;

3) violazione art. 97 Cost., L. 241/1990 e s.m.i., in particolare artt. 3 e 10 bis, e d.lgs. 50/2016 e s.m.i. – art. 80, comma 7, violazione del giusto procedimento, violazione linee guida ANAC n. 6 di attuazione del d.lgs. 50/2016, - 6, eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà e carenza di motivazione;

4) violazione art. 97 Cost., L. 241/1990 e s.m.i., in particolare artt. 3 e 10 bis, e d.lgs. 50/2016 e s.m.i. – art. 80, comma 7, violazione del giusto procedimento, violazione linee guida ANAC n. 6 di attuazione del d.lgs. 50/2016, - 6, eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà e carenza di motivazione, violazione del procedimento per mancanza del parere del responsabile di progetto;

5) violazione art. 97 Cost., L. 241/1990 e s.m.i., in particolare artt. 3 e 10 bis, e d.lgs. 50/2016 e s.m.i. – art. 80, comma 7, violazione del giusto procedimento, violazione linee guida ANAC n. 6 di attuazione del d.lgs. 50/2016, - 6, eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà e carenza di motivazione, violazione del giusto procedimento;

6) incompetenza;

7) eccesso di potere per carenza di motivazione, obbligo di astensione;

8) illegittimità derivata e/o diretta di tutti gli atti e documenti non conosciuti.

-OMISSIS- ha concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso con il conseguente annullamento degli atti impugnati, previa concessione di idonea misura cautelare e richiesta di risarcimento danni.

Si sono costituiti in giudizio ASPAL e la Regione Sardegna chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 17 febbraio 2021 la domanda cautelare è stata respinta con ordinanza n. 40 del 2021.

In data 15 marzo 2021 la ricorrente ha depositato ricorso per motivi aggiunti esponendo che, non essendo stata accolta la domanda incidentale di sospensione proposta con il ricorso introduttivo, il procedimento è proseguito e il Direttore del Servizio Sicurezza dei Luoghi di lavoro, forniture e manutenzioni dei beni mobili e immobili dell'ASPAL, previe le relative verifiche, con determinazione n. 660 in data 8 marzo 2021 ha dichiarato efficace l'aggiudicazione in favore del RTI controinteressato, ha approvato il relativo schema di contratto e previsto che il medesimo contratto verrà

sottoscritto immediatamente, previa presentazione da parte del nuovo aggiudicatario della documentazione e delle garanzie necessarie.

Afferma ancora la ricorrente che quest'ultimo provvedimento è affetto, in via diretta e derivata, dagli stessi vizi che inficiano i provvedimenti già impugnati e per questa ragione lo ha impugnato per gli stessi motivi già dedotti col ricorso introduttivo.

Alla udienza pubblica del 5 maggio 2021 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. L'ASPAL, come si evince dagli atti, ha posto in essere l'atto di ritiro in questione sulla scorta di una duplice motivazione:

- sotto un primo profilo ha contestato *“la mancanza di certificazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 83 comma 6 del d.lgs. 50/2016 dichiarati da -OMISSIS- S.p.a.”*;

- sotto un secondo profilo ha contestato che *“ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora dimostrino, con mezzi adeguati, che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità e affidabilità”*.

1.1. In particolare, nella proposta del Responsabile di Progetto n. 85343 del 04.12.2020 si afferma:

“In relazione al possesso dei requisiti di capacità tecnico professionale richiesti ai sensi dell'art. 83 comma 6 del d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., l'Assessorato del Lavoro Formazione Professionale Cooperazione e Sicurezza Sociale ha dichiarato con nota n. 72857/ASPAL del 17.11.2020 di non poter certificare i servizi prestati dalla Società - OMISSIS- S.p.A. in favore dello stesso e dichiarati in sede di gara, alla luce del contenzioso con la suddetta Società, attualmente in fase di appello, che riguarda proprio l'aspetto della regolare esecuzione delle attività svolte dalla medesima”.

Si legge inoltre nella determinazione del Direttore del Servizio n. 2266 del 21.12.2020 che: *“dalla documentazione ricevuta a riscontro della verifica dei requisiti*

dichiarati in sede di gara, si è rilevata la mancanza di certificazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art.

83 comma 6 del D.Lvo 50/2016 dichiarati da -OMISSIS- S.p.a.”.

2. La ricorrente, con il primo motivo di ricorso, contesta tale affermazione.

2.1. In primo luogo contesta che in sede di chiarimenti sia stata richiesta la produzione di “*mezzi di prova*”; le è stato chiesto solo di svolgere osservazioni su quanto dichiarato dall'Assessorato del Lavoro con nota del Direttore Generale n°50154 del 16.11.2020.

Illegittimamente, pertanto, nel provvedimento impugnato è stata eccepita per la prima volta quella contestazione.

2.2. Nella determinazione del Direttore del Servizio n. 2266 del 21.12.2020 si afferma: “*il disciplinare di gara al punto 6.3 prevede espressamente che il possesso del requisito della capacità tecnica e professionale debba essere dimostrato “mediante la seguente modalità: originale o copia conforme dei certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione”.*

2.3. Secondo la ricorrente non è così. Il motivo posto a fondamento dell'esclusione è illegittimo in quanto sostanzialmente differente rispetto a quello svolto nella comunicazione di avvio del procedimento. La contestazione concerne solo il possesso dei requisiti e non anche il differente problema della prova della loro sussistenza.

2.4. La ricorrente afferma che, in ogni caso, la contestazione è infondata.

Ai sensi dell'art. 86, comma 1, l'elenco dei mezzi di prova è tassativo, per cui l'applicazione puntuale del d.lgs. 50/2016 non consente all'Amministrazione di richiedere la prova dei requisiti mediante l'esclusivo riscontro di un certificato di regolare esecuzione.

Tale mezzo di prova è richiamato, sia nel d.lgs. 50/2016, art. 86, comma 5 bis, dell'art. 86 sia alla lett. a) dell'All. XVII parte II, solo in relazione all'esecuzione di lavori e non anche per servizi e/o forniture, come invece, in precedenza, disponeva l'art. 42 del d.lgs. 163/2006.

2.5. In definitiva, per un appalto di servizi e non già di lavori, “mezzi di prova” delle capacità tecniche richiesti agli operatori economici in forza della vigente disciplina e del disciplinare sono:

- un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati. (All. XVII, parte II, lett. a), p.to ii);
- gli operatori economici possono avvalersi di qualsiasi mezzo idoneo documentale per provare che essi disporranno delle risorse necessarie (art. 86, comma 1);
- gli operatori economici possono avvalersi di qualsiasi mezzo documentale, a titolo esemplificativo fatture, contratti e/o documentazione equipollente, ritenuto idoneo da parte della Stazione Appaltante per provare il possesso dei requisiti dichiarati (Disciplinare di gara - p.to 6.3, lett. a), comma 5).

2.6. Tra i “mezzi di prova” vi può essere pure il certificato di regolare esecuzione, ma lo stesso non può esserlo in via esclusiva, potendosi ex lege esibire anche altra documentazione comunque idonea ad attestare inequivocabilmente i servizi precedenti eseguiti e, quindi, a supportare la dimostrazione della capacità tecnica.

2.7. L’-OMISSIS- può quindi comprovare il possesso del requisito sommando tutti gli importi rendicontati e mai contestati, neppure in fase arbitrale, dalla stessa Regione che, pertanto, non può fare altro che ritenerli idonei.

Da ciò consegue che -OMISSIS- è stata illegittimamente esclusa dalla gara per la ritenuta mancanza di requisiti di cui all’art. 83, d.lgs. 50/2016.

2.8. Nella ipotesi in cui si volesse ritenere diversamente, la ricorrente deduce l’illegittimità della previsione di cui all’art. 6.3 del disciplinare di gara per violazione della previsione di cui all’art. 86, comma 1, d.lgs. 50/2016 e dell’ulteriore disciplina richiamata al precedente punto.

L’art. 83, al comma 8, ultimi due periodi, dispone: *“I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal*

presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle.”

2.9. Prosegue -OMISSIS- affermando di essere in possesso dei richiesti requisiti, tant'è vero che la stessa Aspal dichiara che parte dell'attività indicate da -OMISSIS- (che la stessa utilizza per comprovare i requisiti) sono “Analoghe e strettamente connesse all'oggetto di gara”.

Infatti, -OMISSIS- nel 2016 gestiva un contratto analogo a quello posto a base di gara (gara che prevede oggi l'impiego di 370 lavoratori) che prevedeva l'impiego di circa 530 lavoratori.

Dalla lettura dei documenti prodotti in sede di chiarimenti e, in particolare, dalla ricostruzione operata dal Collegio Arbitrale e dalle considerazioni in fatto svolte nella comparsa di costituzione, emerge come la Regione non abbia mai contestato direttamente all'-OMISSIS- le fatture emesse, se non tardivamente solo in sede di giudizio arbitrale, come confermato dal Lodo del 13.05.2020 e, comunque, solo parzialmente in misura non significativa ai fini del possesso dei requisiti di gara previsti nel bando (prestazione principale € 14.232.995,00 e prestazione secondaria € 2.021.500,00) e che non hanno riguardato la produzione, ma il metodo di rendicontazione e che, in ogni caso, non vi è sicuramente alcuna contestazione per le fatture relative agli anni 2017 e 2018.

2.10. Prosegue ancora -OMISSIS- affermando che, come può evincersi dagli atti convenzionali (convenzione del 29.05.2013 e atto aggiuntivo dell'08.07.2013), la dotazione finanziaria in tali atti prevista ammontava a 28 milioni di euro/anno, al netto dell'ulteriore dotazione relativa alle attività di bonifica. Dall'analisi della documentazione depositata dalla Regione in sede arbitrale, emerge che l'importo contestato per l'annualità 2016 ammonta a € 4.212.976,55 su un totale contabilizzato dalla Regione di € 22.593.665,90, pertanto l'-OMISSIS- può comprovare, in ogni caso, anche sulla base delle risultanze della medesima Regione pur contestate da -OMISSIS-, un requisito di capacità tecnica, comunque, superiore a quello richiesto nel disciplinare di

gara, avendo la Regione riconosciuto certamente come regolarmente eseguite prestazioni per un importo pari ad € 18.380.689,35.

3. Il motivo è infondato.

Occorre partire da una circostanza di fatto decisiva.

La ricorrente richiama ripetutamente, a sostegno delle proprie argomentazioni, il lodo arbitrale, in data 13 maggio 2020, tra -OMISSIS- e la Regione Sardegna.

Tale lodo è stato tuttavia dichiarato nullo dalla Corte d'appello di Cagliari in data 5 febbraio 2021.

Tutte le argomentazioni della ricorrente basate sul lodo arbitrale hanno quindi perso base fattuale e giuridica.

3.1. La ricorrente, inoltre, argomenta con ampi svolgimenti in ordine all'interpretazione dell'art. 86 del codice dei contratti.

Ma si tratta di argomentazioni inconferenti rispetto al caso qui esaminato.

L'art. 86 stabilisce il regime delle prove, dell'assenza di motivi di esclusione e di rispetto dei criteri di selezione. La regola proviene direttamente dal diritto comunitario, ed è, anzitutto, regola di prova legale, nel senso che al di fuori di quelle stabilite, fermi i richiami all'allegato XVII e all'art. 87, le stazioni appaltanti non possono richiedere altre prove. Resta rimessa alla disponibilità dell'operatore economico la prova dell'esistenza delle risorse necessarie, nonché, a condizione che ricorrano fondati motivi per non aver prodotto quanto richiesto, la presentazione delle referenze per la prova della capacità economica e finanziaria di cui all'allegato XVII parte I.

La lex specialis di gara, al punto 6.3, prescrive, in piena coerenza con le disposizioni del Codice, che la ricorrente assume violate, che il possesso del requisito della capacità tecnica e professionale debba essere dimostrato *“mediante la seguente modalità: originale o copia conforme dei certificati rilasciati dall'amministrazione ente contraente, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione”*.

L'amministrazione si è limitata a verificare che -OMISSIS- potesse dimostrare la dichiarata capacità tecnico professionale, attraverso le certificazioni. In mancanza delle certificazioni, la stazione appaltante non ha potuto che procedere con l'esclusione.

4. Con il secondo motivo la ricorrente contesta il secondo profilo della disposta esclusione dalla gara riguardante la sua integrità e la sua affidabilità.

4.1. Secondo la ricorrente il potere amministrativo esercitato per escluderla dalla procedura impugnata, ha avuto ad oggetto le sole valutazioni espresse dal pubblico ministero nel procedimento penale, in ordine al rilievo dei fatti in quella sede evidenziati, che l'ASPAL ha ritenuto di condividere, senza minimamente indicarne le motivazioni.

4.2. Le affermazioni "VALUTATA la particolare gravità dei reati contestati e in particolare il fatto che, secondo l'ipotesi accusatoria, le condotte penalmente rilevanti" e "RITENUTO che la documentazione in possesso della Stazione appaltante renda fortemente dubbia la integrità e, soprattutto, l'affidabilità di -OMISSIS- S.p.A. nella esecuzione di questo specifico appalto" sono, secondo la ricorrente, affermazioni meramente apodittiche e di stile e non trovano alcun riscontro motivazionale nel testo del provvedimento impugnato, che infatti non evidenzia alcuna attività istruttoria posta in essere a ciò preordinata, né contiene una motivazione sul punto.

Infatti, l'ASPAL si è limitata a prendere atto delle valutazioni espresse dal pubblico ministero, che – si ricorda – sono solo un atto di parte in relazione al quale le parti interessate devono ancora svolgere le proprie difese, ma non ha proceduto ad alcuna autonoma valutazione dei fatti oggetto di detto procedimento e delle relative fonti di prova, né del resto ne ha preso in esame ulteriori. In particolare, non v'è traccia di alcuna valutazione dei fatti indicati nel procedimento penale di cui trattasi che secondo l'ASPAL avrebbero dato luogo al grave illecito professionale.

4.3. Parimenti, la stazione appaltante non ha proceduto neppure all'accertamento di fatti ulteriori e/o estranei al procedimento penale.

5. Il motivo è infondato.

5.1. Preliminarmente si deve osservare che la corretta esecuzione della convenzione del 2013 è stata verificata da una Commissione di controllo di tre professionisti, nominata con determinazione n. 21276 del 30.06.2016.

5.2. Peraltro l'amministrazione, in relazione ai fatti contestati, non si è affatto avvalsa delle sole valutazioni del pubblico ministero.

Dall'istruttoria compiuta sono infatti emersi gravi illeciti professionali che hanno fatto dubitare dell'affidabilità della società ricorrente.

5.3. L'art. 80, comma 5 lett. c), del d.lgs. 2016 n. 50, nella versione risultante dalla novella introdotta dall'art. 5, comma 1, del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12, nel disporre che *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: ... c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*, ha la finalità di assicurare l'affidabilità di chi si propone quale contraente, requisito che si ritiene effettivamente garantito solo se si allarga il panorama delle informazioni, comprendendo anche le evenienze patologiche contestate da altri committenti (come in questo caso).

5.4. L'ampiezza della formulazione, sia dell'art. 80, comma 5 lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, sia dell'art. 57, comma 4 lett. c), della direttiva 2014/24, conduce a ricomprendere nella nozione di “grave illecito professionale” – ferma restando la necessaria valutazione discrezionale della stazione appaltante – ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa (Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591).

5.5. La Corte di Giustizia U.E., con sentenza 18 dicembre 2014, n. 470, ha puntualizzato che la nozione di “errore nell'esercizio dell'attività professionale” attiene a *“... qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla*

credibilità professionale dell'operatore e non soltanto le violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operato".

Qualsiasi condotta, di cui venga contestata dall'Autorità la contrarietà alla legge e collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere sul processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti sull'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili (cfr. così Consiglio di Stato, Sez. III, 29 novembre 2018, n. 6787), a prescindere dall'esito dell'eventuale procedimento penale instaurato.

Corrispondentemente, la pendenza di un procedimento penale o la rilevanza penale dei fatti contestati dalla stazione appaltante non conducono ad un'espulsione automatica, ma ad una doverosa valutazione della loro incidenza sulla professionalità dell'operatore economico, valutazione che, con adeguata motivazione, deve dare conto delle ragioni dell'eventuale esclusione disposta (Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 27 gennaio 2021, n. 247).

5.6. L'amministrazione nella fattispecie ha valutato la gravità delle condotte contestate, relative alla Convenzione e alle numerose proroghe con la Regione Autonoma della Sardegna per la gestione del Parco geominerario storico e ambientale della Sardegna, "Progetto stabilizzazione ex LSU Parco Geominerario Storico ed Ambientale della Sardegna". Si tratta di quella stessa Convenzione la cui esecuzione la ricorrente avrebbe portato a comprova dei requisiti di capacità tecnica.

5.7. Nella determinazione di ASPAL n. 2266 del 21 dicembre 2020 si legge, tra l'altro:

"TENUTO CONTO inoltre che la Stazione Appaltante ha acquisito dalla Procura di Cagliari specifica documentazione in merito alla avvenuta conclusione delle indagini preliminari relative ad un procedimento penale che vede coinvolti tra gli altri, oltre che direttamente la società -OMISSIS- SpA,, anche il suo legale rappresentante alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, le persone che alla stessa data ne

ricoprivano l'incarico di direttori tecnici e la persona che riveste il ruolo di legale rappresentante e amministratore unico di altra società controllante di -OMISSIS- SpA (la -OMISSIS- SpA, proprietaria dell'81% delle quote di -OMISSIS-); tutti quanti indagati per gravi reati, quali la Malversazione a danno dello Stato, CP art. 316 bis CP110 CP81C2, per elusione del vincolo di destinazione gravante sui finanziamenti erogati per la realizzazione di una determinata finalità pubblica - la Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche CP art. 640 bis CP 110 CP 81 C2 e l'Associazione per delinquere (CP art. 416);

TENUTO CONTO altresì che la persona offesa dei suddetti reati è la Regione Autonoma della Sardegna per fatti che riguardano l'esecuzione di attività analoghe e strettamente connesse a quelle oggetto della presente procedura di gara e che la gravità e il fumus boni iuris delle accuse sono confermati dal sequestro preventivo disposto dal GIP su beni societari per un ammontare di euro 1.475.814,13.

VALUTATA la particolare gravità dei reati contestati e in particolare il fatto che, secondo l'ipotesi accusatoria, le condotte penalmente rilevanti non soltanto sarebbero state poste in essere dai soggetti indagati a danno della Regione Autonoma della Sardegna, ma per di più proprio nella esecuzione da parte della società -OMISSIS- SpA di un contratto pubblico il cui oggetto (Progetto stabilizzazione ex LSU Parco Geominerario Storico ed Ambientale della Sardegna), per l'ambito territoriale in cui si svolge e per il contenuto del servizio in cui si sostanzia, è in gran parte coincidente con quello del presente appalto”.

5.8. La motivazione, così come riportata, consente di comprendere le ragioni che l'Amministrazione ha posto a fondamento dell'esclusione che non è stata determinata certo dall'automatismo indagini penali/esclusione, che la ricorrente lamenta.

Al contrario, la determinazione prende in esame ampiamente le ragioni dell'inaffidabilità della ricorrente e si conclude con una valutazione che non può ritenersi illegittima.

6. Terzo, quarto e quinto motivo possono essere trattati congiuntamente.

6.1. Con il terzo motivo la ricorrente muove diverse contestazioni ai provvedimenti impugnati tutte incentrate sul fatto, in sostanza, che il

Direttore del Servizio di ASPAL era a conoscenza dello stato del rapporto intercorrente tra l'-OMISSIS- e la Regione e che è stato violato il principio che impone all'Amministrazione, in sede di adozione del provvedimento finale, di tenere conto di tutte le deduzioni svolte dall'interessato.

6.2. Con il quarto motivo -OMISSIS- afferma che ASPAL ha dichiarato di provvedere “ACQUISITO il parere di esclusione espresso dal Responsabile di Progetto, Ing. Giannicola Saba, con nota prot. 85343/ASPAL del 04.12.2020”, ossia ha provveduto avvalendosi del parere espresso dal “responsabile del procedimento” ai fini dell'apertura del procedimento, ma, a seguito delle deduzioni presentate dall'-OMISSIS-, non ha provveduto a richiedere allo stesso di ripronunciarsi e di valutare le deduzioni svolte dall'-OMISSIS-, come pure sarebbe stato obbligatorio fare atteso che la proposta di “annullamento dell'aggiudicazione” è partita dal “responsabile del procedimento”.

6.3. Con il quinto motivo -OMISSIS- argomenta come segue.

Nella nota del Direttore del Servizio n. 85374 del 04.12.2020, contenente la “comunicazione avvio procedimento esclusione e revoca aggiudicazione”, si rappresenta che *“In relazione al possesso dei requisiti di capacità tecnico professionale richiesti ai sensi dell'art 83 comma 6 del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., l'Assessorato del Lavoro Formazione Professionale Cooperazione e Sicurezza Sociale ha dichiarato con nota n. 72857/ASPAL del 17.11.2020 di non poter certificare i servizi prestati dalla Società -OMISSIS- S.p.A. in favore dello stesso e dichiarati in sede di gara, alla luce del contenzioso con la suddetta Società, attualmente in fase di appello, che riguarda proprio l'aspetto della regolare esecuzione delle attività svolte dalla medesima.”*

Quindi, nella determinazione finale del Direttore del Servizio n. 2266 del 21.12.2020 questo rilievo è stato illegittimamente “arricchito” affermando anche: *“dalla documentazione ricevuta a riscontro della verifica dei requisiti dichiarati in sede di gara, si è rilevata la mancanza di certificazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 83 comma 6 del D.Lvo 50/2016 dichiarati da -OMISSIS- S.p.a. in quanto: -- l'Assessorato del Lavoro della Regione Sardegna, ovvero il soggetto*

competente a certificare l'attività dichiarata dal concorrente -OMISSIS- SpA e prestata a favore dell'Amministrazione Regionale, ha precisato, con nota prot. 72857 del 17.11.2020 a firma del Direttore Generale, come - a fronte di un contenzioso tra la R.A.S. e la medesima Società -OMISSIS- "che ... riguarda proprio l'aspetto dei collaudi e della regolare esecuzione delle attività svolte dalla medesima" - non sia possibile allo stato certificare quanto richiesto; -- il disciplinare di gara al punto 6.3 prevede espressamente che il possesso del requisito della capacità tecnica e professionale debba essere dimostrato "mediante la seguente modalità: originale o copia conforme dei certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione"; -- la ditta -OMISSIS- S.p.a. alla domanda di partecipazione non aveva allegato alcuna certificazione, né aveva evidentemente la possibilità di presentarla alla luce di quanto sopra esposto, e questo aspetto vizia anche la veridicità della domanda di partecipazione alla presente gara;".

6.4. La ricorrente afferma che in alcun atto era richiesta l'allegazione alla domanda degli atti di cui trattasi, né la presentazione di tali atti mai è stata richiesta e, comunque, l'incongruità del termine assegnato di soli tre giorni ne ha reso impossibile la produzione.

6.5. L'affermazione in questione, prosegue la ricorrente ancora, non è neanche vera. Infatti, come risulta dal Lodo e dalle considerazioni in fatto (in part. - 2 e - 6) svolte nella comparsa di costituzione, le prestazioni di cui trattasi sono state eseguite, fatturate e non contestate formalmente all'-OMISSIS-, se non tardivamente solo in sede di giudizio arbitrale, come confermato dal Lodo del 13.05.2020 e, comunque, solo parzialmente in misura non significativa ai fini del possesso dei requisiti di gara.

7. I motivi sono infondati.

La ricorrente afferma, in sostanza, che vi sia stato un difetto di contraddittorio che vizierebbe il provvedimento di esclusione.

7.1. Intanto, la ricorrente, come risulta dagli atti, ha partecipato al procedimento.

Si possono citare:

a) la nota dell'11 dicembre ad oggetto “*Vs. nota prot. n°S99.01 in data 4 dicembre 2020 – -OMISSIS- S.p.A. c/ Agenzia Sarda per le Politiche Attive sul Lavoro e altri – Procedura Telematica per l'affidamento del servizio di facility management e gestione integrata di servizi e attività da realizzarsi nelle aree del Parco Geominerario Storico e Ambientale della Sardegna – CIG: 8013900F79 CUP: D79E19000510002 – Avvio procedimento di esclusione e revoca dell'aggiudicazione*”;

b) la nota del 16 dicembre avente ad oggetto “*Vs. nota prot. n°89527/2020 del 14.12.2020 - -OMISSIS- S.p.A. c/ Agenzia Sarda per le Politiche Attive sul Lavoro e altri – Procedura Telematica per l'affidamento del servizio di facility management e gestione integrata di servizi e attività da realizzarsi nelle aree del Parco Geominerario Storico e Ambientale della Sardegna – CIG: 8013900F79 CUP: D79E19000510002 - Avvio procedimento di esclusione e revoca dell'aggiudicazione*”.

Nella determinazione del direttore del servizio n. 2266 del 21 dicembre 2020 si legge:

PRESO ATTO che con note prot. 85374/ASPAL del 04.12.2020 e prot. 89527/ASPAL del 14.12.2020 questa Stazione Appaltante ha attivato il contraddittorio nei confronti di -OMISSIS- SpA; ATTESO CHE a mezzo note prot. 88434/ASPAL del 11.12.2020 e prot. 92947/ASPAL del 17.12.2020, pervenute via PEC a questa Amministrazione, il predetto operatore economico ha fornito controdeduzioni in merito;

VALUTATE attentamente le controdeduzioni formulate dalla società e ritenuto che: per quanto riguarda la mancata certificazione da parte dell'Assessorato Regionale del Lavoro dei requisiti di capacità tecnica dichiarati in sede di gara, la società contesta la posizione dell'Assessorato facendo riferimento alle argomentazioni da essa stessa addotte in un giudizio civile allo stato pendente in Corte d'Appello contro la RAS; in tal modo confermando come in realtà, allo stato, il riconoscimento dell'effettivo possesso del requisito da parte della società risulti essere condizionato all'esito di un procedimento giurisdizionale ancora in corso; e per quanto riguarda i procedimenti penali pendenti, la società si limita sostanzialmente a sostenere che questi non avrebbero rilievo in quanto gli indagati non sarebbero più coinvolti nella procedura di gara, trascurando però il fatto che indagata è la

società stessa, e che le persone fisiche indagate ricoprivano cariche apicali all'interno di essa al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara; e che pertanto, le modifiche nel frattempo intervenute nelle cariche societarie, risultano – ai fini del presente provvedimento – irrilevanti e, comunque, illegittime, in quanto effettuate con finalità strumentale a sanare ex post una situazione di preclusione alla permanenza della società nella procedura di gara”.

Come si vede il contraddittorio è stato quindi ampiamente assicurato.

7.2. Non è superfluo rammentare che per giurisprudenza pacifica *“L’esclusione da una gara, disposta in esito al riscontro negativo circa il possesso di un requisito di partecipazione, non postula la previa comunicazione di avvio del procedimento, attenendo ad un segmento necessario di un procedimento della cui pendenza l’interessato è già necessariamente a conoscenza”* (Consiglio di stato, Sez. V, 21 gennaio 2020, n. 479, Consiglio di Stato, Sez. III, 8 giugno 2016, n. 2450).

8. Con il sesto motivo la ricorrente afferma quanto segue.

La determinazione del Direttore del Servizio Sicurezza dei Luoghi di lavoro, forniture e manutenzioni dei beni mobili e immobili dell’ASPAL n. 2266 del 21.02.2020, con la quale è stato, tra l’altro, determinato: *“Art. 3) di disporre l’esclusione della -OMISSIS- SpA dalla gara in oggetto e contestualmente di annullare l’aggiudicazione disposta con Determinazione dirigenziale n.1572/ASPAL del 13.10.2020”*, nonché di *“Art. 5) di aggiudicare al costituendo R.T.I. composto dalla società Coopservice S. Coop. p. A. in qualità di mandataria e dalle società Tepor S.p.A., Scuola per Operatori Sociali Regionale (S.O.SO.R.) e Cooperativa Sociale Cellarius in qualità di mandanti”*, è illegittima stante l’organo che l’ha adottata rientrando la stessa nelle competenze del direttore generale.

8.1. Il motivo è infondato.

Si deve infatti osservare che a disporre l’esclusione è stato il dirigente che aveva sottoscritto l’aggiudicazione e che doveva concludere il procedimento per il quale, peraltro, era stato espressamente incaricato.

9. Con il settimo motivo la ricorrente, dopo aver ricordato che nella determinazione n. 2266 del 21.12.2020, il Direttore del Servizio Sicurezza dei Luoghi di lavoro, forniture e manutenzioni dei beni mobili e immobili dell'ASPAL nelle premesse ha dichiarato: *“DATO ATTO che il soggetto che adotta il presente atto non incorre in alcuna delle cause di incompatibilità previste dalla normativa vigente, con particolare riferimento al Codice di Comportamento dei Pubblici Dipendenti e alla Normativa Anticorruzione e che non sussistono, in capo allo stesso, situazioni di conflitto di interesse in relazione all'oggetto dell'atto, ai sensi della Legge 190 del 06/11/2012 e norme collegate”*, ha sostenuto che questa dichiarazione è stata resa senza tenere conto di quanto osservato nelle deduzioni in data 16.12.2020. Invero, a tali deduzioni è stata allegata la comparsa di costituzione depositata nell'interesse dell'-OMISSIS- nel giudizio di impugnazione del Lodo 13.05.2020 ed è stato fatto integrale riferimento a quanto ivi dedotto.

9.1. La ricorrente ha aggiunto che a pag. 243 della comparsa è stato dedotto “nel caso di specie, la motivazione della scelta di un legale esterno all'Amministrazione pare trovare motivazione in re ipsa ove si consideri che nella fattispecie veniva in considerazione il comportamento tenuto da dirigenti della Regione, motivo per cui questi ultimi avrebbero avuto l'obbligo di astenersi o per avere contribuito a porre in essere gli atti o per evidenti principi di colleganza tra essi”.

9.2. Di tale deduzione non si è tuttavia tenuto conto, pur avendo l'Amministrazione l'obbligo di esaminare nel provvedimento definitivo tutte le questioni sollevate in sede di contraddittorio.

Da qui un ulteriore profilo di illegittimità dei provvedimenti impugnati.

9.3. Sotto altro profilo si deduce che contrariamente a quanto affermato dal Direttore del Servizio, lo stesso aveva l'obbligo di astenersi ai sensi dei principi ritraibili dall'art. 51 c.p.c. nonché dal Codice di Comportamento dei Pubblici Dipendenti in ragione delle funzioni svolte quale Direttore generale dell'Assessorato del lavoro. È, infatti, evidente, secondo la ricorrente, che lo

stesso, ai sensi dell'art. 28 Cost., potrà essere chiamato a rispondere dei danni subiti dall'-OMISSIS- in relazione a quella vicenda.

10. Il motivo, nei suoi diversi profili, è infondato.

10.1. Si deve ricordare anzitutto che secondo la tradizionale interpretazione dell'art. 51 c.p.c., i casi di astensione obbligatoria sono tassativi e non suscettibili di interpretazione né analogica, né estensiva. Essi sfuggono ad ogni tentativo di manipolazione analogica, vista l'esigenza di assicurare la certezza dell'azione amministrativa.

10.2. La ricorrente richiama a fondamento delle proprie argomentazioni tanto l'art. 51 c.p.c. quanto l'art. 7 d.P.R. 62 del 2013.

10.3. In ordine all'art. 51 c.p.c., tradizionalmente richiamato prima della autonoma disciplina del conflitto di interessi nel procedimento amministrativo, ora contenuta nell'art. 6 bis della L. 241 del 1990, e nel codice dei contratti nell'art. 42, si deve supporre che la ricorrente voglia riferirsi all'ipotesi di astensione obbligatoria ex art. 51, 1° comma, n. 1.

10.4. Ma si tratta di un richiamo inconferente.

A differenza delle altre ipotesi di incompatibilità previste dalla disposizione, che si riferiscono a situazioni ben determinate, provata l'esistenza delle quali è di norma presunta la parzialità del giudice, per dimostrare l'esistenza di un interesse in causa è invece necessario in primo luogo provare l'esistenza di un fatto atipico tale da generare nel giudice un interesse, in secondo luogo si deve poi provare che tale interesse è idoneo a determinare una parzialità nell'animo del giudice.

Si tratta di ipotesi in cui il giudice è chiamato a giudicare di una causa in cui lui stesso abbia un suo proprio interesse, sia esso diretto, tale cioè da renderlo parte e legittimarne quindi l'intervento, ovvero indiretto, sia esso di natura morale o economica, che pur non legittimando la sua formale partecipazione al giudizio, ne comprometta l'effettiva terzietà.

Quanto all'interesse diretto, la dottrina lo ha interpretato sia in chiave di interesse del giudice parte formale del processo, sia in chiave di interesse di

cui all'art. 100, sia, infine, in chiave di interesse che legittima l'intervento ai sensi dell'art. 105 c.p.c.

L'interesse indiretto consiste, invece, in un interesse meno qualificato e non direttamente tutelabile in giudizio, che si ravvede quando la decisione può avere riflessi giuridici o di fatto su un rapporto sostanziale di cui è parte il giudice.

Come si vede, si tratta di ipotesi che, riferite ai pubblici funzionari, devono riguardare interessi ben individuabili propri di un procedimento amministrativo e non del tutto ipotetici come in questo caso.

10.5. Va poi detto che una delle innovazioni più importanti contenute nella Legge anticorruzione è stata l'introduzione dell'articolo 6 bis all'interno della Legge sul procedimento amministrativo. E' stato elevato a sistema l'obbligo che prima era contenuto in alcune disposizioni speciali ma che costituiva comunque un principio immanente dell'ordinamento.

10.6. La disposizione di cui all'art. 6 bis L. 241/90 va peraltro letta in combinato con l'art. 7 d.P.R. 62/2013 (codice di comportamento dei pubblici dipendenti) anch'esso evocato dalla ricorrente.

Ma il legislatore del Codice ha comunque disciplinato il conflitto di interessi con una disposizione specifica, l'art. 42.

10.7. Il risultato è che vi è una molteplicità di fonti a regolare la fattispecie.

La disciplina generale del conflitto di interessi, come già anticipato, è oggetto delle disposizioni contenute nell'articolo 6-bis della legge n. 241/1990; nella legge n. 190/2012; nel d.lgs. n. 39/2013; negli artt. 3, 6, 7, 13, 14 e 16 del d.P.R. n. 62/2013; nell'articolo 53, comma 14, del d.lgs. 165/01; nell'articolo 78, del d.lgs. n. 267/2000.

L'art. 42 del Codice è pertanto una disposizione speciale.

10.8. Nel parere del Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del 5 marzo 2019 n. 667 si legge quanto segue:

“In definitiva, il conflitto di interessi nell'ambito di gare d'appalto può essere tipico o atipico, considerando che non esiste un numerus clausus di situazioni che comportano

incompatibilità.

I casi tipici di conflitto di interessi non necessitano di sforzi ermeneutici per essere individuati, poiché il legislatore ha già individuato presupposti e condizioni utili al riguardo.

Il conflitto di interessi sussiste con riferimento a rapporti di coniugio o convivenza; rapporti di parentela o affinità entro il secondo grado; rapporti di frequentazione abituale; pendenza di una causa o di grave inimicizia; rapporti di credito o debito significativi; rapporti di tutorato, curatela, rappresentanza o agenzia; rapporti di amministrazione, dirigenza o gestione di associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti (cfr. art. 7 del d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62).

Le ipotesi atipiche di conflitto di interessi, invece, attengono a casi di potenziale incompatibilità la cui individuazione necessita di uno sforzo ermeneutico (...), derivanti dalla interpretazione dell'aggettivo "potenziale" nonché dalla declinazione del concetto di "interesse personale" e di "gravi ragioni di convenienza" sopra esaminate".

10.9. Quel che è certo è che vi è la necessità di portare prove specifiche a sostegno della sussistenza di una situazione di conflitto di interessi (Consiglio di Stato, sez. V, 5 giugno 2018, n. 3401).

Mentre, nella fattispecie, nessuna prova è stata fornita dalla ricorrente che ha fatto solo riferimento alla circostanza, di per sé irrilevante, che il direttore del servizio che ha sottoscritto la determinazione di esclusione dalla gara aveva già svolto funzioni quale Direttore generale dell'Assessorato del lavoro.

11. Il ricorso è, in definitiva, infondato e deve essere respinto.

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

P.Q.M.

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

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

- € 2.000/00 (duemila) in favore di ASPAL;

- € 2.000/00 (duemila) in favore della Regione autonoma della Sardegna.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2021, tenutasi in modalità telematica ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, nonché dell'art. 6 del d.l. n. 44 del 1 aprile 2021, con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Dante D'Alessio

IL SEGRETARIO