

Sull'omessa dichiarazione del rinvio a giudizio disposto a carico dell'amministratore delegato dell'operatore economico concorrente.

di Isabella Tassone

Data di pubblicazione: 22-7-2020

Né la legge né tanto meno il bando e gli altri documenti di gara ... pongono a carico dei concorrenti l'obbligo di dichiarare i rinvii a giudizio dei propri amministratori. In relazione agli obblighi di legge, come sottolinea l'appellante, nemmeno le linee-guida ANAC in materia (n. 6 del 2016, sopra citate) fanno riferimento ai rinvii a giudizio in sede penale come fatto valutabile dalle stazioni appaltanti ai fini del giudizio di affidabilità professionale degli operatori economici, ai sensi della lettera c) dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 (nella formulazione applicabile ratione temporis).

Guida alla lettura

Con il pronunciamento in commento, la V sezione del Consiglio di Stato ha affrontato la tematica relativa alla configurabilità o meno di un **obbligo dichiarativo** a carico dell'operatore economico partecipante alla gara, in ordine all'ipotesi di **rinvio a giudizio** disposto nei confronti del proprio amministratore delegato per vicende correlate a una precedente commessa pubblica.

Nella fattispecie portata al vaglio del Supremo Consesso amministrativo, il Giudice di *prime cure* ha ritenuto che la stazione appaltante avrebbe dovuto disporre l'esclusione dalla gara del concorrente per non aver esposto tale circostanza in sede di domanda di partecipazione, trattandosi di elemento rilevante ai fini della valutazione dell'integrità morale e professionale.

La sentenza appellata ha considerato che il fatto in contestazione integrasse per ciò solo un'ipotesi di falsità dichiarativa, con conseguente sanzione espulsiva automatica ai sensi della lett. *f-bis*), art. 80, comma 5, D. Lgs. 18/4/2016, n.50.

Ad avviso dei Giudici di Palazzo Spada l'argomentare che precede non è condivisibile, alla luce della normativa vigente in siffatta materia.

In tale prospettiva, il Collegio ha innanzitutto rammentato che l'art. 80, comma 5, lett c), D. Lgs. n. 50/2016 allora vigente, prevede(va) tre fattispecie esemplificative delle condotte da qualificarsi *ex lege* come gravi illeciti professionali.

Com'è noto, tali individuazioni tipologiche sono oggi confluite nell'art. 80, comma 5,

lett. *c-bis*), D. Lgs. n. 50/2016, stante le modifiche apportate al codice dei contratti pubblici dal D. L. 14/12/2018, n. 135, convertito in L. 11/2/2019, n. 12.

Specificamente, tale normativa attribuisce rilevanza alle seguenti condotte:

- a. il tentativo d'influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio;
- b. la presentazione di dichiarazione mendaci o fuorvianti, anche per negligenza, suscettibili di condizionare le decisioni dell'amministrazione in ordine alla selezione, all'esclusione o all'aggiudicazione;
- c. l'omissione d'informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Il Consiglio di Stato ha indi enucleato le differenze strutturali delle distinzioni tipologiche in rassegna, evidenziando in termini più significativi che la fattispecie *sub b*) comprende condotte attive, dirette e idonee a condizionare il processo decisionale dell'ente aggiudicatore rispetto a specifiche determinazioni amministrative.

Di converso, l'ipotesi escludente *sub c*) ha carattere omissivo e oggetto definito, sostanziandosi nella reticenza d'informazioni doverose nell'ottica del corretto svolgimento della competizione.

Ciò premesso, il Giudicante ha censurato l'equiparazione tra dichiarazione mancata e falsa, affermata nella sentenza di primo grado in difformità rispetto all'ordito normativo.

Difatti, a ben vedere, **l'omissione dichiarativa e la falsità dichiarativa**, rispettivamente normate alle lettere *c* (ora *c-bis*) e *f-bis*, dell'art. 80, comma 5, D. Lgs. n. 50/2016, **rappresentano cause di esclusione distinte e non sovrapponibili** come divergenti sotto il profilo dei presupposti integrativi e delle relative conseguenze.

A tal fine, il Collegio ha sottolineato che l'omessa dichiarazione censura il mancato adempimento di un onere informativo che il partecipante alla gara avrebbe dovuto osservare giacché previsto a livello normativo o dalla *lex specialis* per il corretto esplicarsi della procedura.

In tale ipotesi, l'esclusione non è automatica poiché postula una valutazione motivata della stazione appaltante rispetto al giudizio di non integrità del concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, ord. 9/4/2020, n. 2332; idem 3/9/2018, n. 5142).

Di converso, la **falsa dichiarazione** ha il proprio sostrato in una condotta attiva consistente nella presentazione di documentazioni o dichiarazioni non veritiere.

Il disvalore, dunque, è dato dal carattere mendace delle informazioni fornite donde l'automatismo espulsivo conseguente, deponendo in maniera inequivocabile nel senso

dell'inaffidabilità dell'operatore economico.

Applicando le sovraesposte coordinate ermeneutiche al caso di specie, il Consiglio di Stato ha statuito che il rinvio a giudizio del proprio amministratore delegato non è incluso negli obblighi dichiarativi a carico dei partecipanti a procedure di affidamento dei contratti pubblici per la valutazione della loro affidabilità professionale.

A ogni buon conto, sotto un distinto profilo, il Collegio ha osservato che tale evento giudiziario non può essere considerato neppure come fatto inequivocabilmente sintomatico d'inaffidabilità professionale poiché non rappresenta una valutazione di colpevolezza dell'imputato, sostanziandosi invero in una prognosi del giudice dell'udienza preliminare sull'utilità del dibattimento alla luce degli elementi di prova raccolti dall'accusa (cfr. Cass. Pen., sez. V, 5/1/2017, n. 565).

Nel panorama pretorio è tuttavia possibile rinvenire un'opposta lettura ermeneutica, incline a ritenere che la pendenza di un procedimento penale a carico dell'amministratore possa integrare la fattispecie escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) (ora *c-bis*), D. Lgs. n. 50/2016.

Tale opzione esegetica è stata propugnata dalla stessa sezione V del Consiglio di Stato, con sentenza 27/2/2019, n. 1367.

In conclusione, per completezza, si segnala che con ordinanza n. 2332 in data 9/4/2020, la V sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione relativa alla perimetrazione degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici in sede di partecipazione alla procedura di gara, con particolare riguardo ai presupposti per l'imputazione della falsità dichiarativa, permanendo un contrasto giurisprudenziale sul punto.

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 iscritto al numero di registro generale 1550 del 2020, proposto da Ritonnaro Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Pato s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso lo studio A. Placidi s.r.l., in Roma, via Tortolini 30;

contro

Consorzio Stabile Idra Building società consortile a r.l. e Consorzio Stabile VI Building società consortile a r.l., in persona dei rispettivi presidenti del consiglio d'amministrazione e legali rappresentanti *pro tempore*, in proprio e nelle rispettive qualità di capogruppo mandatario del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con le mandanti Anese s.r.l., CPL Concordia soc. coop. e Cogeis s.p.a., e di affittuario d'azienda comprendente la medesima posizione di mandatario, entrambi rappresentanti e difesi dagli avvocati Stefania Lago, Nicola Creuso e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Confalonieri 5;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto (Sezione Prima) 13 gennaio 2020, n. 39, resa tra le parti, la procedura ristretta indetta dalla Viacqua s.p.a. per l'«*esecuzione di tutti i lavori, le somministrazioni e le prestazioni occorrenti per la sostituzione dell'adduttrice Campo Pozzi Moracchino - Centrale di Via Trento, Comune di Vicenza*»;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale del Consorzio Stabile Idra Building società consortile a r.l. e del Consorzio Stabile VI Building società consortile a r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Viacqua s.p.a.;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione del 24 aprile 2020, n. 2284;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza del giorno 4 giugno 2020, tenutasi con le modalità previste dall'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27), il consigliere Fabio Franconiero;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Ritonnaro Costruzioni s.r.l., aggiudicataria in raggruppamento temporaneo di imprese con la mandante Pato s.r.l. della procedura ristretta per l'affidamento in appalto di tutti i lavori, le somministrazioni e le prestazioni occorrenti per la sostituzione della condotta di adduzione per uso potabile di collegamento tra il campo pozzi Moracchino e la centrale di viale Trento, nel Comune di Vicenza, di cui al bando di gara dell'ente gestore Viacqua s.p.a. pubblicato l'8 agosto 2018, propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto in epigrafe, di annullamento dell'aggiudicazione disposta in loro favore (con

provvedimento comunicato il 28 giugno 2019), su ricorso, integrato da motivi aggiunti, del secondo classificato Consorzio Stabile Idra Building società consortile a r.l.

2. Per la sentenza il raggruppamento temporaneo aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, per non avere dichiarato nel documento di gara unico europeo (DGUE) il rinvio a giudizio del proprio amministratore per fatti commessi in relazione ad un precedente appalto pubblico di lavori, quale possibile grave illecito professionale valutabile dalla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (nella versione vigente *ratione temporis*, derivante dalle modifiche introdotte con il c.d. correttivo di cui al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56), dacché doveva automaticamente ritenersi integrata la causa ostativa prevista dalla lett. f-bis), della medesima disposizione; inoltre l'omissione dichiarativa non poteva essere superata dalla successiva valutazione di moralità e affidabilità compiuta da Viacqua ai fini della conferma dell'aggiudicazione (disposta con provvedimento del 27 settembre 2019, n. 136) in ordine a tale rinvio a giudizio.

3. Nel loro appello queste ultime contestano le statuizioni così sintetizzate e ripropongono le censure del loro ricorso incidentale di primo grado.

4. Si sono costituiti rispettivamente in resistenza ed in adesione all'appello, da un lato, il Consorzio stabile Idra Building e l'affittuario del ramo d'azienda comprendente la commessa in contestazione, Consorzio stabile VI Building, e l'ente aggiudicatore Viacqua dall'altro.

5. I Consorzi Idra Building e VI Building hanno inoltre proposto appello incidentale, con cui hanno impugnato la sentenza di primo grado nella parte in cui hanno respinto gli ulteriori motivi di ricorso del primo.

6. Con successive memorie le parti appellanti principale e incidentale hanno riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm. i motivi di impugnazione e le eccezioni non esaminate in primo grado.

DIRITTO

1. Con il primo motivo del proprio appello principale la Ritonnaro Costruzioni censura la statuizione di accoglimento del ricorso principale del Consorzio stabile Idra Building relativamente alla causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. f-bis), d.lgs. n. 50 del 2016, per omesso rilievo della sua inammissibilità ai sensi dell'(allora vigente) art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm., derivante dall'inutile decorso del termine per impugnare la propria ammissione alla gara all'esito della verifica dei requisiti di partecipazione, disposta con provvedimento di Viacqua pubblicato ai sensi dell'art. 29 del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016 in data 7 gennaio 2019 e contestualmente comunicato individualmente ai concorrenti.

2. Con il secondo motivo del proprio appello principale la Ritonnaro Costruzioni contesta nel merito l'ipotesi della falsa dichiarazione ex art. 80, comma 5, lett. f-bis), del codice dei contratti pubblici ritenuta dalla sentenza di primo grado. Per l'aggiudicataria i rinvii a giudizio non sarebbero inclusi negli obblighi dichiarativi a carico dei partecipanti a procedure di affidamento

di contratti pubblici per la valutazione della loro affidabilità professionale ai sensi della lettera c) del medesimo art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016; aggiunge la medesima società che tali provvedimenti del giudice penale «*non contengono alcun accertamento di responsabilità in danno degli imputati per i fatti contestati*» e non sono inclusi nell'ambito dei fatti da dichiarare nelle linee-guida emanate in materia dall'ANAC (linee guida 6 del 2016). Per la Ritonnaro Costruzioni l'estensione indiscriminata degli obblighi dichiarativi in sede di gare pubbliche sarebbe infine contraria ai principi di diritto euro-unitario in materia.

3. Con il terzo motivo è censurata l'equiparazione ritenuta in sentenza tra il caso dell'omessa dichiarazione, nel quale assume debba essere ricondotto il fatto in contestazione, e quello della falsità dichiarativa; ed inoltre l'automatismo espulsivo derivante dall'applicazione di quest'ultima ipotesi, per giunta malgrado la successiva valutazione dell'affidabilità professionale svolta da Viacqua una volta conosciuto il rinvio a giudizio del proprio amministratore (con il citato provvedimento del 27 settembre 2019, n. 136), rispetto al quale la sentenza avrebbe operato una sostituzione in valutazioni discrezionali dell'ente aggiudicatore.

4. Le censure così sintetizzate sono fondate.

5. Il motivo poi accolto dalla sentenza di primo grado avrebbe innanzitutto dovuto essere dichiarato inammissibile.

6. La Viacqua ha pubblicato il provvedimento di ammissione alla gara degli operatori economici - i due parti del presente giudizio - «*a seguito dalla disamina della documentazione amministrativa*» e «*delle integrazioni pervenute*», oltre che dell'approvazione dell'operato del seggio di gara da parte dell'«*organo competente*» dell'ente aggiudicatore. Come deduce l'appellante principale Ritonnaro Costruzioni, senza che sul punto vi siano contestazioni, il provvedimento è stato pubblicato il 7 gennaio 2019 ed è stato comunicato in forma individuale al concorrente ammesso. Solo «a valle» dell'aggiudicazione, disposta con provvedimento comunicato il 28 giugno 2019, e dell'accesso agli atti di gara il Consorzio stabile Idra Building ha censurato l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria. E ciò – va sottolineato – benché il rinvio a giudizio dell'amministratore delegato fosse noto già al momento dell'ammissione, come si desume dal fatto che notizia di tale rinvio a giudizio fosse stata acquisita del Consorzio Idra Building sulla base di articoli di stampa (prodotti in allegato al ricorso di primo grado) risalenti al 2017 e 2018.

7. Al momento della pubblicazione e comunicazione del provvedimento di ammissione quest'ultimo era dunque a conoscenza dell'atto lesivo, autonomamente impugnabile nel vigore dell'ora abrogato art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm., e di una sua ragione di illegittimità. Tanto sarebbe stato sufficiente per proporre ricorso ai sensi della disposizione da ultimo citata, anche nell'interpretazione che ne ha dato la Corte di giustizia, con l'ordinanza del 14 febbraio 2019 (causa C-54/18; *Cooperativa Animazione Valdocco*), secondo cui il rito speciale in questione è conforme al diritto euro-unitario sugli appalti pubblici, nella misura in cui i provvedimenti di ammissione «*siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata*». In questo caso la conoscenza addirittura era preesistente e ricadente nella sfera conoscitiva del ricorrente, per cui la

comunicazione dei motivi di ammissione non era necessaria e del resto non era concepibile, poiché come dedotto dallo stesso Consorzio Idra Building a fondamento della propria impugnazione si trattava di un fatto non dichiarato dalla Ritonnaro Costruzioni ai fini della partecipazione alla gara e conseguentemente non conosciuto e valutato dall'ente aggiudicatore.

8. Per respingere l'eccezione di inammissibilità la sentenza di primo grado ha addotto un argomento di carattere generale, condensato nell'assunto secondo cui nella fase di ammissione alla gara dei concorrenti la stazione appaltante «*non svolge alcuna verifica concreta in ordine all'effettivo possesso dei requisiti dichiarati; in altri termini, nella prima fase del procedimento, che si svolge solitamente in tempi rapidissimi, la verifica dei requisiti di partecipazione ha carattere meramente formale e cartolare*»; ed un rilievo riferito al caso di specie, secondo cui non vi sarebbe stata alcuna «*valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*» ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm. rispetto a fatti, quale il rinvio a giudizio dell'amministratore delegato dall'aggiudicatario, «*che non potevano emergere dall'esame documentale delle domande e delle dichiarazioni inerenti la partecipazione alla gara, proprio in quanto non dichiarati*».

9. Tanto la premessa maggiore quanto quella minore del ragionamento così sintetizzato sono tuttavia errate.

Con riguardo alla prima deve evidenziarsi che la norma abrogata non distingueva tra requisiti accertati o meno in sede di ammissione dei concorrenti. Né avrebbe ragionevolmente potuto, perché altrimenti l'onere di impugnazione, per la sua incidenza sul diritto di azione, costituzionalmente garantito (art. 24), e sul correlato interesse alla stabilità dei provvedimenti amministrativi e delle situazioni giuridiche da esso derivanti, sarebbe stato condizionato non già ad uno schema astratto prefigurato dalla legge: la verifica dei requisiti di partecipazione alla gara; ma da un elemento variabile e non prevedibile *ex ante* connesso all'intensità dell'accertamento compiuto dalla stazione appaltante, la cui eventuale carenza o insufficienza, quale deviazione dallo schema legale tipico, è invece sintomo di cattivo esercizio del potere amministrativo, contro il quale è ammesso il ricorso di annullamento ex art. 29 cod. proc. amm. in sede giurisdizionale, all'epoca mediante lo strumento di cui al più volte citato art. 120, comma 2-bis, del medesimo codice.

Per quanto concerne invece la premessa minore del ragionamento, va ribadito che la mancata valutazione di un fatto incidente sull'affidabilità professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del codice dei contratti pubblici è un vizio di legittimità, *sub specie* di violazione della disposizione di legge ora citata, evidentemente integrato a prescindere dal fatto che essa non sia stato rilevato dall'amministrazione, ma che, anzi, proprio perché non rilevato va dedotta in giudizio nel termine di decadenza dalla parte interessata.

10. Oltre che inammissibile il motivo avrebbe comunque essere dovuto respinto per la sua infondatezza e dunque nel merito, come dedotto dalla Ritonnaro Costruzioni nel secondo motivo dell'appello principale.

11. Al riguardo rilevano nel presente giudizio le seguenti cause di esclusione previste dal già

menzionato art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici, nella versione risultante dalle modifiche introdotte dal c.d. correttivo al codice (decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, sopra citato), applicabile sulla base dell'epoca in cui il bando di gara è stato pubblicato:

- c), l'essersi reso «*colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*», tra cui il «*tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio*», oppure il «*fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*»; ed ancora, l'«*omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*» [le tre fattispecie ora richiamate sono oggi contenute nella lettera c-bis), introdotto dal decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 - *Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*; convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, non applicabile al caso di specie perché trattasi di gara indetta in epoca precedente];

- lett. f-bis), l'aver prestato in gara di «*documentazione o dichiarazioni non veritiere*».

12. La sentenza appellata ha considerato che con l'omessa dichiarazione nel DGUE del rinvio a giudizio del proprio amministratore delegato la Ritonnaro Costruzioni abbia nascosto all'ente aggiudicatore un'informazione valutabile ai fini del giudizio di competenza di quest'ultimo sull'integrità o affidabilità dell'operatore economico, come previsto della citata lett. c), e che per ciò solo la dichiarazione fosse non veritiera, ai sensi della successiva lett. f-bis).

13. Il ragionamento così sintetizzato si espone tuttavia alle critiche dell'appellante.

La lettera c) in esame prevede ipotesi strutturalmente diverse: per come descritte nella norma le prime due si sostanziano in una condotta attiva, diretta ed idonea ad incidere sulle decisioni dell'amministrazione; la seconda in un'omissione.

Diversi sono gli elementi specializzanti tra queste le prime due fattispecie: salva l'ipotesi relativa alle informazioni riservate, la prima ha una condotta atipica e presuppone la volontà diretta ad incidere sul processo decisionale della stazione appaltante; non richiede che questa intenzione sia stata portata a compimento. Si tratta di condotte di turbativa rilevanti anche penalmente. Per la seconda è sufficiente anche una «*negligenza*», pur a fronte del carattere oggettivamente falso o fuorviante dell'informazione fornita; è inoltre tipizzato l'oggetto dell'informazione, che deve essere relativo alle «*decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*» spettanti alla stazione appaltante.

La terza ha carattere omissivo ed oggetto definito con riguardo all'elemento di carattere normativo dato dal carattere doveroso dell'informazione, espresso dall'aggettivo «*dovute*» riferito alle «*informazioni*» (cfr. in questo senso l'ordinanza di questa Sezione del 9 aprile 2020, n. 2332, di deferimento all'Adunanza plenaria di questioni interpretative delle medesime disposizioni di legge; in particolare il § 17); è richiesto inoltre che le informazioni abbiano rilievo in generale per il «*corretto svolgimento della procedura di selezione*».

14. La terza fattispecie presuppone pertanto un obbligo il cui assolvimento è necessario

perché la competizione in gara possa svolgersi correttamente e il cui inadempimento giustifica invece l'esclusione. In essa rileva pertanto l'omissione in sé rispetto ad un presupposto obbligo dichiarativo e in ciò si esprime il disvalore di tale causa di esclusione.

15. L'ipotesi prevista dalla lett. f-bis) ha per contro il proprio sostrato in una condotta attiva consistente nel presentare «*documentazione o dichiarazioni non veritiere*». Il disvalore è pertanto dato dal contenuto delle informazioni fornite all'amministrazione con i documenti e le dichiarazioni. Argomentando *a contrario* dall'ultima ipotesi della lett. c), si desume che non è necessario che le informazioni siano «*dovute*» per il corretto svolgimento della procedura. La falsità è da sola sufficiente per integrare la causa di esclusione, poiché secondo una valutazione tipizzata a a livello normativo denota di per sé l'inaffidabilità dell'operatore economico.

16. Nell'ultima ipotesi della lett. c) è invece determinante il mancato adempimento di un obbligo che il concorrente avrebbe potuto e dovuto osservare. L'obbligo deve essere pertanto previsto, a livello normativo o dalla stazione appaltante, attraverso la normativa speciale di gara e dunque conosciuto dall'operatore economico. E' infatti alternativamente la legge o l'amministrazione a stabilire, con valutazione nel primo caso astratta e concreta nel secondo, quali siano le informazioni necessarie per il corretto svolgimento della procedura di gara.

17. La predeterminazione degli obblighi informativi gravanti sugli operatori economici pone pertanto questi ultimi in condizione di cooperare con l'amministrazione per il corretto svolgimento della procedura. L'esigenza «*di conferire determinatezza e concretezza*» all'elemento normativo della fattispecie, ovvero al carattere "dovuto" dell'informazione, al fine di «*individuare con precisione le condizioni per considerare giuridicamente dovuta l'informazione*» è stata tra l'altro posta in evidenza da questa Sezione nella sopra citata ordinanza del 9 aprile 2020, n. 2332 (al § 17).

18. Nondimeno deve darsi atto che è consolidato presso la giurisprudenza il convincimento secondo cui l'art. 80, comma 5, lett. c) [ora lett. c-bis)], è una norma di chiusura in grado di comprendere tutti i fatti anche non predeterminabili *ex ante*, ma in concreto comunque incidenti in modo negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, donde il carattere esemplificativo delle ipotesi previste nelle linee-guida (al riguardo si rinvia al parere reso dalla commissione speciale di questo Consiglio di Stato appositamente costituita sull'ultimo aggiornamento alle più volte richiamate linee-guida: parere del 13 novembre 2018, n. 2616; § 7.1; cfr. inoltre: Cons. Stato, V, 5 maggio 2020, n. 2850, 12 marzo 2020, n. 1774, 12 aprile 2019, n. 2407, 12 febbraio 2020, n. 1071; VI, 4 giugno 2019, n. 3755).

19. Sennonché, quand'anche non si possa esigere che i fatti potenzialmente incidenti siano predeterminati nella normativa di gara – soluzione che realizzerebbe da un lato in massimo grado i principi trasparenza e proporzionalità valevoli per le procedure di affidamento di contratti pubblici ex art. 30 del codice di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, ma dall'altro irrigidirebbe eccessivamente le valutazioni spettanti all'amministrazione – in tanto una ricostruzione a posteriori degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi palesemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono predicabili esclusioni

“a sorpresa” a carico dello stesso.

20. Inoltre, nell’omissione dichiarativa accertata in sede giurisdizionale non può essere insito alcun automatismo escludente, con sostituzione del potere di valutazione sull’integrità ed affidabilità invece spettante all’amministrazione. Vanno sul punto ancora una volta richiamate le condivisibili considerazioni contenute nell’ordinanza di deferimento all’Adunanza plenaria del 9 aprile 2020, n. 2332, secondo cui l’omissione dichiarativa dovrebbe essere «*insuscettibil(e) (a differenza della falsità e della manipolazione fuorviante, di per sé dimostrative di pregiudiziale inaffidabilità) di legittimare l’automatica esclusione dalla gara*», ma postula sempre un «*apprezzamento di rilevanza della stazione appaltante, a fini della formulazione di prognosi in concreto sfavorevole sull’affidabilità del concorrente*» (§ 23 della pronuncia ora citata). Nello stesso senso può inoltre essere richiamata la già menzionata sentenza di questa Sezione del 3 settembre 2018, n. 5142, secondo cui «*l’omessa dichiarazione di informazioni rilevanti – accertata all’esito dell’odierno giudizio – costituisce “grave errore professionale” che conduce all’espulsione del concorrente solo se la stazione appaltante – e non altri – lo reputi idoneo a compromettere l’affidabilità e l’integrità dell’operatore*» (§ 8.1).

21. Dall’esame dei rapporti tra le diverse fattispecie dell’art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici si ricava comunque che omissione e falsità dichiarativa rispettivamente previste dalle lettere c) [ora c-bis] e f-bis) non sono equiparabili e che diverse sono le conseguenze da essi derivanti, posto che solo da quest’ultima, e non anche dalla prima, deriva l’automatica esclusione dalla gara. Nell’equiparazione invece ritenuta dalla sentenza di primo grado e nel conseguente automatismo espulsivo si concentrano invece gli errori dedotti dalla Ritonnaro Costruzioni nel proprio appello principale.

22. Peraltro, come ulteriormente deduce quest’ultima nemmeno sono ravvisabili i presupposti dell’omissione dichiarativa ed in particolare dell’elemento normativo della fattispecie di cui alla lettera c).

Infatti, né la legge né tanto meno il bando e gli altri documenti di gara predisposto da Viacqua pongono a carico dei concorrenti l’obbligo di dichiarare i rinvii a giudizio dei propri amministratori. In relazione agli obblighi di legge, come sottolinea l’appellante, nemmeno le linee-guida ANAC in materia (n. 6 del 2016, sopra citate) fanno riferimento ai rinvii a giudizio in sede penale come fatto valutabile dalle stazioni appaltanti ai fini del giudizio di affidabilità professionale degli operatori economici, ai sensi della lettera c) dell’art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 (nella formulazione applicabile *ratione temporis*).

23. Sotto un distinto profilo, il rinvio a giudizio non può inoltre essere considerato fatto inequivocabilmente sintomatico di inaffidabilità professionale, rispetto al quale possa ipotizzarsi un “filtro valutativo” dell’operatore economico avente lo scopo di impedire la valutazione di incidenza professionale spettante alla stazione appaltante ai sensi della disposizione da ultimo richiamata e che nel caso di specie sarebbe stata in concreto impedita a causa dell’omissione dichiarativa.

Sulla base dei presupposti per la sentenza di non luogo a procedere previsti dall’art. 425 cod.

proc. pen. per i reati non a citazione diretta, il rinvio a giudizio si sostanzia infatti non già in una valutazione del giudice dell'udienza preliminare di colpevolezza dell'imputato, ma - al di là delle ipotesi di improcedibilità dell'azione penale o di estinzione del reato e dei casi di infondatezza evidente della notizia di reato previsti dall'art. 129 cod. proc. pen. - in una prognosi sull'utilità del dibattimento alla luce degli elementi di prova raccolti dall'accusa (tra le altre: Cass. pen., V, 5 gennaio 2017, n. 565).

24. Inoltre, come deduce la Ritonnaro Costruzioni nel terzo motivo d'appello principale, la sentenza ha errato nel considerare irrilevante il successivo giudizio favorevole di affidabilità espresso dalla Viacqua una volta conosciuto il rinvio a giudizio, con il più volte citato provvedimento del 27 settembre 2019, n. 136.

Al riguardo l'ente aggiudicatore ha considerato che le contestazioni oggetto del rinvio a giudizio sono relative a *«ritardo o mancata esecuzione di opere che sono state poi comunque sospese (pochi giorni dopo la contestazione del ritardo da parte della DL), in quanto connesse a una variante apportata al secondo lotto dello stesso stralcio, affidato ad altra impresa»*; ed inoltre alla formulazione di *«uno stralcio in variante, avallato dalla Direzione lavori»*; ed infine nella stipula di un contratto di nolo a freddo a prezzi superiori a quelli delle tabelle ministeriali e di mercato ma comunque sulla base di un *«contratto acquisito»* dalla stazione appaltante. Sulla base delle descritte contestazioni Viacqua ha ritenuto che non venissero in rilievo *«significative carenze nell'esecuzione del contratto, né comportamenti scorretti nei confronti della stazione appaltante»* tali da incidere negativamente sull'affidabilità della Ritonnaro Costruzioni.

25. La valutazione così formulata dall'ente aggiudicatore è nondimeno avversata dai Consorzi Idra Building e VI Building, anche nel presente giudizio d'appello, con censure che tuttavia nella misura in cui pretendono di sostituirsi al primo nel definire *«il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente»*, con motivazioni non pretestuose, si collocano al di fuori del sindacato di legittimità del giudice amministrativo, come statuito dalla Cassazione, sezioni unite civili, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312 [che ha annullato per eccesso di potere giurisdizionale una sentenza di questo Consiglio di Stato che aveva a sua volta ritenuto illegittimo il giudizio negativo di affidabilità professionale espresso dall'amministrazione in relazione all'allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163].

26. L'appello principale deve essere pertanto accolto, con assorbimento degli ulteriori motivi in esso contenuti.

27. Possono a questo punto essere esaminate le censure dell'appello incidentale, con cui il Consorzio Stabile Idra Building e la propria affittuaria d'azienda deducono un'ulteriore causa di esclusione dalla gara del raggruppamento temporaneo aggiudicatario e, inoltre, contestano i punteggi tecnici a quest'ultimo attribuiti.

28. Con un primo motivo si sostiene che quest'ultimo avrebbe dovuto essere escluso per non avere presentato i documenti richiesti dall'ente aggiudicatore nel termine di 15 giorni da quest'ultimo assegnato con nota del 27 marzo 2019, con espressa comminatoria di

esclusione, da considerarsi a sua volta riconducibile al potere di soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici, che la sentenza ha nondimeno ritenuto non conferente. In subordine si deduce che il mancato rispetto del termine avrebbe dovuto quanto meno portare ad attribuire all'aggiudicatario il punteggio di 0 per il criterio di valutazione delle offerte cui tale documentazione si riferiva, ovvero lo svolgimento di lavori relativi alla categoria SOA OG6 e OS35 eseguiti dal concorrente nel decennio antecedente alla procedura di gara, per comprovare i quali la citata nota aveva richiesto di produrre i certificati di esecuzione ad essi riferibili.

29. Il motivo è infondato in entrambi i profili in cui esso si articola.

30. Innanzitutto il termine è stato rispettato in parte: l'11 aprile 2019 la Ritonnaro Costruzioni ha infatti prodotto alcuni dei documenti richiesti dalla Viacqua, di cui all'elenco generato dal sistema informatico con cui è stata gestita la procedura di gara (prodotto nel giudizio di primo grado). Nondimeno la produzione dei certificati di esecuzione dei lavori non è stata completa, ma ciò non vale a rendere applicabile la causa di esclusione prevista nella sopra citata nota, ma non anche nella normativa di gara e prima ancora in quella sovraordinata di legge.

31. Il riferimento operato al riguardo dalle appellanti incidentali al soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici non è infatti pertinente, come già affermato dalla sentenza di primo grado. La disposizione ora richiamata si riferisce alle «*carenze di qualsiasi elemento formale della domanda (...) con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica*». Per contro nel caso di specie, oltre a documenti inerenti alla verifica di anomalia dell'offerta e alla provenienza dei prodotti impiegati nelle forniture comprese nell'appalto, Viacqua aveva richiesto alla Ritonnaro Costruzioni di provare di avere effettivamente eseguito i lavori dichiarati per la valutazione delle offerte tecniche, in qualità di concorrente prima classificata ed in prospettiva dell'aggiudicazione alla stessa della gara.

La richiesta si colloca pertanto in una fase successiva all'ammissione alla stessa, nel quale è esercitabile il potere ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 e che nel codice dei contratti pubblici attualmente vigente può essere invece ricondotta al di controllo dei requisiti di partecipazione ai sensi degli artt. 32, comma 7 e 85, comma 5, del medesimo codice, i quali non prevedono alcun termine perentorio (cfr. sul punto Cons. Stato, V, 25 luglio 2018, n. 4525, che con riguardo alla seconda delle citate disposizioni ha tra l'altro affermato che deve ritenersi superata la giurisprudenza formatasi nel vigore dell'art. 48 dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, espressa nella sentenza dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato del 25 febbraio 2014, n. 10).

32. Del pari deve escludersi che il ritardo con cui la Ritonnaro Costruzioni ha inviato all'ente aggiudicatore tutti i certificati di esecuzione dei lavori per i quali la sua offerta era stata valutata sul piano tecnici possa giustificare decurtazioni di punteggio. Anche in questo caso è decisiva l'assenza di previsioni contrarie sul punto nel bando di gara e nel capitolato speciale d'appalto, che correlavano invece al «*fatto storico*» dell'avvenuta esecuzione di lavori nel decennio l'attribuzione del punteggio, come affermato dalla sentenza di primo grado. Così si esprime in particolare il punto 9.7.1 del capitolato: «(i) *lavori presentati dovranno essere stati*

iniziati ed ultimati negli ultimi dieci anni, con data verificabile dal Certificato di Collaudo e/o di Regolare Esecuzione da allegare a corredo della relazione (in caso di subappalto anche il Certificato di Esecuzione Lavori), pena la non valutazione del criterio».

33. Con il secondo motivo di ricorso riproposto mediante appello incidentale il Consorzio Stabile Idra Building e la propria affittuaria d'azienda censurano il punteggio attribuito al raggruppamento temporaneo aggiudicatario in relazione al sub-criterio di valutazione Ai2.2 «*Tipologia e importo dei sottoservizi posati con tecnologia microtunneling*», il cui coefficiente ponderale di 30 sui 10 punti assegnabili per il criterio «*Ai.2 - Lavori analoghi categoria OS35*» era correlato all'importo dei lavori riconducibili a tale categoria, con un minimo pari ad € 1.257.352,70 (pari all'80% del requisito previsto per la partecipazione alla gara) ed un massimo di € 1.571.690,87.

L'originaria ricorrente e la propria affittuaria d'azienda contestano il coefficiente di 24 riconosciuto alla Ritonnaro Costruzioni benché i lavori eseguiti in tale categoria dalla propria mandante Pato si attestino di poco al di sopra del valore minimo: € 1.272.500. Le appellanti incidentali sostengono che il peso avrebbe dovuto essere attribuito secondo una proporzione lineare all'interno degli importi minimo e massimo dei lavori valutabile, altrimenti non tutta la forbice sarebbe impiegata, e che con l'attribuire al raggruppamento temporaneo un punteggio massimo quest'ultima sarebbe stata illegittimamente appiattita a proprio scapito.

34. Anche questo motivo è infondato.

Esso si infrange sulle deduzioni di Viacqua secondo cui il capitolato speciale d'appalto ammetteva «*per il raggiungimento di tali importi*» l'ipotesi di due lavori di ammontare inferiore, nondimeno valutabili ai fini del criterio in questione se la relativa somma fosse pari o superiore al valore minimo di € 1.257.352,70. In tale caso il capitolato (punto 9.7.1, sopra citato) prevede quanto segue: «*verrà assegnato un coefficiente pari al valore medio pesato delle valutazioni attribuite a ciascuno*».

Nelle proprie difese l'ente aggiudicatore ha dedotto e dimostrato che il coefficiente ponderale derivante dalla media ponderata di due lavori di importo inferiore si colloca su valori inferiori a quello di 24 ottenuto dal raggruppamento con capogruppo la Ritonnaro Costruzioni: a pag. 5 della memoria di replica è posto il caso di due lavori pari al 60 e 40 per cento di quello richiesto per la partecipazione alla gara (943.014,52 e 628.676,35 euro), dalla cui media ponderata deriverebbe un coefficiente di 15,6. Ciò è sufficiente per ritenere legittimo, perché più che proporzionato rispetto alla somma di due lavori di importo inferiore a quello minimo, il coefficiente di 24 riconosciuto al medesimo raggruppamento sulla base dell'unico lavoro in categoria OS35 valutato, pari come sopra esposto ad € 1.272.500.

35. L'appello incidentale deve pertanto essere respinto.

Restano assorbite tutte le altre eccezioni riproposte dalle parti in appello a mezzo delle memorie ex art. 101, comma 2, del codice del processo amministrativo

36. Per effetto del rigetto dell'appello principali e del contrapposto accoglimento dell'appello

principale, in riforma della sentenza di primo grado, il ricorso del Consorzio Stabile Idra Building ed i motivi ad esso aggiunti vanno respinti.

Le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere compensate per la complessità delle questioni controverse.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli principale e incidentale, come in epigrafe proposti, così provvede:

- accoglie l'appello principale;
- respinge l'appello incidentale;
- per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso e i motivi aggiunti del Consorzio stabile Idra Building;
- compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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