

# **Contrassegnare la casella “No” del DGUE non integra omissione, reticenza o falsità del concorrente del possesso dei requisiti se contestualmente integrate da ulteriori note circostanze**

*di Davide Cozzolino*

*Data di pubblicazione: 4-10-2024*

*Il principio del risultato, il quale “(...) costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità” (comma 3), chiarisce quindi che la procedura e la forma sono un mezzo, non il fine della disciplina (Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812).*

*Deve, pertanto, ritenersi non consentita l’esclusione di un operatore sulla base del mero dato formale consistente nell’aver barrato una determinata casella del modulo compilato in sede di partecipazione alla gara, quando non sia contestato che il medesimo concorrente abbia comunque reso dichiarazioni complete e veritiere in merito alle circostanze rilevanti ai fini della valutazione della Stazione appaltante circa il possesso dei requisiti di onorabilità professionale.*

Publicato il 26/07/2024

N. 15303/2024 REG.PROV.COLL.

N. 03831/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3831 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura -OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Sergio Grillo e Daniele Archilletti, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

*contro*

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

*nei confronti*

-OMISSIS- , in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Aristide Police, Paul Simon Falzini ed Enrico Di Ilenno, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Aristide Police in Roma, Viale Liegi, 32;

-OMISSIS- cooperativa sociale, Ristoservice s.r.l. e Authentica s.p.a., non costituite in giudizio;

*per l'annullamento*

quanto al ricorso introduttivo:

- della nota del -OMISSIS- prot. n.-OMISSIS-, inviata a mezzo PEC il 5 marzo 2024, con la quale è

comunicata l'aggiudicazione del lotto 3, "Servizio di ristorazione collettiva, a ridotto impatto ambientale, ad esecuzione periodica e continuativa, da svolgersi presso le mense obbligatorie di servizio insistenti nelle seguenti regioni: Lazio e Sardegna – C.I.G. A00375D0C1", della procedura aperta indetta dal medesimo -OMISSIS- "per la conclusione di n. 4 'Accordi Quadro', ognuno dei quali con un solo operatore economico, della durata di 48 mesi, per assicurare" il predetto Servizio "presso i -OMISSIS- per gli anni 2024-2028";

- del decreto di aggiudicazione n. 250 R.U.A. del 1° marzo 2024, pubblicato sulla piattaforma informatica utilizzata per l'espletamento della procedura in data 5 marzo 2024, con il quale il -OMISSIS- ha disposto l'aggiudicazione del Servizio in favore del-OMISSIS-;

- di tutti i verbali di gara e, in particolare: (i) del verbale n. 5 del 10 gennaio 2024, con il quale la Commissione giudicatrice ha proposto – *inter alia* – l'aggiudicazione del lotto 3 di gara in favore del-OMISSIS-; (ii) dei verbali delle sedute condotte dal Seggio di gara per la verifica delle buste amministrative presentate dagli operatori economici concorrenti, in data 3 ottobre 2023 (rep. n. 12.006) e 17 ottobre 2023 (rep. n. 12.013), nella parte in cui nulla è stato rilevato in ordine all'affidabilità del -OMISSIS- aggiudicatario e quest'ultimo è stato ammesso alle

successive fasi della procedura;

- ove occorrer possa, dell'atto del –OMISSIS- prot. n. 1501/7/9-47 del 29 settembre 2023, con il quale è stato nominato il Seggio di gara;

- ove occorrer possa, dell'atto del –OMISSIS- prot. n. 2103 del 9 novembre 2023, con il quale è stata nominata la Commissione giudicatrice;

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

e per il subentro della ricorrente nell'aggiudicazione e nell'esecuzione contrattuale, previa declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente medio tempore stipulato con il-OMISSIS-;

nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi da parte della Società;

*quanto ai motivi aggiunti depositati il 9 maggio 2024, per l'annullamento:*

- del verbale di valutazione delle offerte tecniche presentate dagli operatori economici concorrenti n. 3 del 9 gennaio 2024, nella parte in cui è stato attribuito al-OMISSIS- il punteggio di 5 punti in relazione al criterio di valutazione n. 2 – “*Attestazione di impiego di persone con disabilità in quota eccedente l'obbligo minimo di legge*”;

- per quanto occorrer possa, della *lex specialis* di gara e, in particolare, dell'avviso di chiarimento del –OMISSIS- n. 5 del 21 settembre 2023, ove interpretato nel senso che, ai fini del conseguimento del punteggio di cui al criterio di valutazione n. 2, sia consentito ad un operatore economico di cui all'articolo 65, comma 2, lett. b), del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, anche quale componente di un raggruppamento temporaneo d'impresе, di ottenere il punteggio massimo previsto per detto criterio nel caso in cui non tutte le impresе indicate come concorrenti producano l'attestazione ivi prevista e, in particolare, laddove l'impresa munita di tale attestazione non partecipi all'esecuzione di alcuna delle fasi del Servizio.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del –OMISSIS- e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2024 la dott.ssa Floriana Venera Di Mauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Viene alla decisione del Collegio il giudizio introdotto da -OMISSIS- avverso l'aggiudicazione in favore del raggruppamento temporaneo di imprese tra -OMISSIS- e -OMISSIS- del lotto 3 della procedura aperta per la conclusione di un massimo di quattro accordi quadro, ciascuno con un solo operatore economico, della durata di 48 mesi, per assicurare il servizio di ristorazione collettiva, a ridotto impatto ambientale, da svolgersi presso i -OMISSIS-, per gli anni 2024-2028.

2. Secondo quanto risulta agli atti del giudizio, l'*iter* della gara è stato avviato a seguito della determina a contrarre del -OMISSIS- n. 743 R.U.A. del 1° agosto 2023.

L'indizione della procedura è stata, quindi, disposta con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana – 5<sup>a</sup> Serie speciale contratti pubblici n. 102 del 4 settembre 2023 e sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. 2023/S 171 – 537315 del 6 settembre 2023.

In particolare, il bando ha previsto una gara articolata in quattro lotti, per un valore totale stimato di euro 232.374.845,80 IVA esclusa. La presente controversia ha ad oggetto il solo lotto 3, relativo al "*Servizio di ristorazione collettiva, a ridotto impatto ambientale, ad esecuzione periodica e continuativa, da svolgersi presso le mense obbligatorie di servizio insistenti nelle seguenti regioni: Lazio e Sardegna – C.I.G. A00375D0C1*", del valore stimato di euro 77.273.657,34 IVA esclusa (v. allegato B-3 al bando).

Il termine per la presentazione delle offerte è stato fissato alle ore 9:00 del 3 ottobre 2023 (v. § IV.3.4 del bando) e il criterio di aggiudicazione è stato individuato in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di 70 punti all'elemento qualità (con una soglia di sbarramento di 35 punti) e di 30 punti all'elemento prezzo (v. § IV.2.1 del bando).

Secondo quanto ancora stabilito dal bando, "*I punteggi all'offerta tecnica verranno assegnati mediante il cosiddetto 'confronto a coppie' (previsto dalla Linee Guida n. 2 dell'ANAC, approvate con Delibera n. 1005 del 21.9.2016 ed aggiornate con Delibera di Consiglio n. 424 del 02.05.2018). Nello specifico, sempre con riferimento all'offerta tecnica, è prevista l'assegnazione di un punteggio minimo pari a zero, con la trasformazione della somma dei valori attribuiti dai singoli commissari in coefficienti variabili tra zero e uno, da riportare al punteggio previsto per ciascun criterio, arrotondato alla seconda cifra decimale. Il punteggio tecnico complessivo sarà conferito mediante la somma dei punti ricevuti dalle accorrenti in ciascuna delle tabelle di cui al documento "criteri di attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche ed economiche"*" (v. ancora § IV.2.1 del bando).

Svolte le operazioni di gara, la Commissione giudicatrice appositamente nominata ha stilato nel verbale n. 5 del 10 gennaio 2024 la graduatoria del lotto 3, nella quale si è collocato al primo posto il -OMISSIS- tra -OMISSIS- (mandataria) e -OMISSIS- (mandante), con le consorziate esecutrici -OMISSIS- (poi divenuta -OMISSIS-, a seguito di un cambio di denominazione sociale) e -OMISSIS-. In particolare, al predetto raggruppamento è stato attribuito il punteggio complessivo di 82,40 (di cui 52,42 punti per l'offerta tecnica e 29,98

punti per l'offerta economica).

Al secondo posto della graduatoria si è collocata -OMISSIS-, con il punteggio complessivo di 79,62 (di cui 52,06 punti per l'offerta tecnica e 27,56 punti per l'offerta economica).

A seguito delle verifiche del Responsabile del procedimento per la fase di affidamento, il -OMISSIS- ha emesso il decreto n. 250 R.U.A. del 1° marzo 2024, recante – per quanto qui rileva – l'aggiudicazione del lotto 3 della gara in favore del-OMISSIS-.

3. Con ricorso notificato il 4 aprile 2024 e depositato il successivo 9 aprile, -OMISSIS- ha impugnato il predetto provvedimento di aggiudicazione, lamentando anzitutto di aver presentato una serie di istanze di accesso agli atti, che sarebbero state soltanto parzialmente evase dalla Stazione appaltante.

3.1. Più in dettaglio, il 18 gennaio 2024 l'operatore ha avanzato una prima istanza di accesso alla documentazione presentata dal-OMISSIS-.

L'istanza è stata riscontrata dalla Stazione appaltante il successivo 6 febbraio 2024, con la consegna della documentazione amministrativa relativa all'offerta presentata dal predetto -OMISSIS-, mentre è stato differito fino all'aggiudicazione l'accesso alla documentazione tecnica, all'offerta economica e alla verifica dell'anomalia.

3.2. Il 29 febbraio 2024 -OMISSIS- ha presentato una seconda istanza di accesso agli atti, al fine di acquisire copia integrale dell'offerta economica e del progetto tecnico presentati dal-OMISSIS-, nonché dei verbali del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, completi di tutta la relativa documentazione.

Questa istanza è rimasta senza seguito.

3.3. Avuta notizia dell'aggiudicazione della gara il 5 marzo 2024, a seguito della pubblicazione del relativo provvedimento sulla piattaforma informatica utilizzata per lo svolgimento della procedura, -OMISSIS- ha presentato il 6 marzo 2024 una terza istanza di accesso agli atti, con la quale ha reiterato le richieste contenute nella seconda istanza e, inoltre, ha domandato l'esibizione:

(i) della *“Determinazione del 6 febbraio 2024 del Responsabile del procedimento per la fase di affidamento riguardante la comprova del possesso dei requisiti di capacità tecnico professionale in capo all'operatore economico aggiudicatario del lotto 3”*;

(ii) di *“Tutta la documentazione prodotta dal R.T.I. -OMISSIS- -OMISSIS- in sede di comprova dei requisiti di ordine generale ai sensi dell'artt. 94, 95 e 98 del D.lgs. 36/2023”*;

(iii) di *“Tutta la documentazione prodotta dal R.T.I. -OMISSIS- -OMISSIS- in sede di verifica obbligatoria, prima dell'aggiudicazione, sempre e comunque, a prescindere dalla valutazione di anomalia dell'offerta, della congruità del costo della manodopera rispetto ai minimi salariali retributivi del combinato disposto degli artt. 108 comma 9 e 110 comma 5 lett. d) del d.lgs. n.*

36/2023, trattandosi di una autonoma condicio causam dans del provvedimento di aggiudicazione che è indefettibilmente condizionato all'esito positivo di tale attività di certazione”;

(iv) della “Determinazione del 16 febbraio 2024 del Responsabile del procedimento per la fase di affidamento attestante il rispetto da parte del -OMISSIS- della normativa vigente in materia di pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate”.

La terza istanza è stata riscontrata dalla Stazione appaltante il 15 marzo 2024, con la consegna di documentazione ritenuta non esaustiva da -OMISSIS-.

3.4. L'operatore ha, quindi, presentato il 18 marzo 2024 una quarta istanza di accesso agli atti, reiterata il 26 marzo 2024, con la quale ha insistito per l'ostensione del modello “dichiarazione costo della manodopera”, nonché dell'offerta tecnica del-OMISSIS- in versione non oscurata.

4. Illustrate le vicende relative alle proprie istanze di accesso agli atti, -OMISSIS- ha affidato il ricorso introduttivo del giudizio a due motivi, nei termini che si passa a illustrare.

*I) Violazione dell'articolo 95, comma 1, lett. e), e dell'articolo 98, comma 3, lett. b), del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36. Violazione del paragrafo 5 del disciplinare di gara. Violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e correttezza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere sotto i profili della carenza di istruttoria, irragionevolezza e illogicità.*

Secondo la ricorrente, il -OMISSIS- aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per aver reso dichiarazioni non veritiere in relazione alle circostanze rilevanti ai fini delle cause di esclusione non automatiche.

Ciò in considerazione del fatto che sia -OMISSIS-, sia la consorziata esecutrice -OMISSIS- hanno espressamente dichiarato nei rispettivi documenti di gara unici europei (DGUE), barrando le apposite caselle “No”, di non essere mai incorse in vicende professionali rilevanti ai fini dell'ammissione alla gara. Dalle dichiarazioni integrative presentate dai medesimi operatori emergerebbe, tuttavia, una serie di precedenti valutabili quali gravi illeciti professionali. Il-OMISSIS- avrebbe tenuto, quindi, una condotta idonea a influenzare indebitamente il processo decisionale della Stazione appaltante, in violazione dell'articolo 98, comma 3, lett. b), del Codice, e avrebbe dovuto conseguentemente essere escluso dalla gara.

*II) Violazione, sotto altro profilo, delle norme e dei principi di cui al primo motivo ed eccesso di potere sotto i profili della carenza di istruttoria, irragionevolezza e illogicità.*

Ciò in quanto nella dichiarazione integrativa prodotta da -OMISSIS- e aggiornata nel corso della fase di dimostrazione dei requisiti l'operatore ha reso note una serie di circostanze tali da configurare gravi illeciti professionali, e in particolare: (i) due provvedimenti sanzionatori comminati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e confermati in sede

giurisdizionale, concernenti intese restrittive della concorrenza poste in essere dal Consorzio nell'ambito di procedure di evidenza pubblica bandite da Consip s.p.a.; (ii) provvedimenti di risoluzione contrattuale e di esclusione dalle procedure di gara adottati da Consip s.p.a., AMA s.p.a. e dall'Istituto Romano di San Michele; (iii) un provvedimento di applicazione di penali contrattuali disposto dall'ASL di Caserta in data 24 maggio 2021 per l'importo di euro 2.900.430,00; (iv) un ulteriore provvedimento di applicazione di penali contrattuali disposto dall'Azienda Sanitaria Regionale Molise (ASREM) per euro 156.464,91.

Se è vero che gli illeciti *sub* (i) e (ii) risalirebbero a oltre tre anni dalla scadenza del termine per la presentazione delle offerte nella gara oggetto di controversia e che -OMISSIS- ha adottato frattanto misure di c.d. *self cleaning*, tuttavia la commissione degli ulteriori illeciti *sub* (iii) e (iv) comproverebbe la perseveranza dell'operatore nell'inosservanza delle norme poste a presidio dello svolgimento delle gare e della regolare esecuzione delle commesse pubbliche, facendo emergere l'inadeguatezza delle misure correttive adottate.

Ulteriori situazioni configuranti gravi illeciti professionali emergerebbero anche con riferimento alla consorziata esecutrice -OMISSIS-, atteso che: (i) il Presidente del Consiglio di amministrazione è coinvolto in due procedimenti penali per i reati di truffa (articolo 640 cod. pen.) e falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico (articolo 483 cod. pen.); (ii) il consigliere delegato è coinvolto in otto procedimenti penali, concernenti, tra l'altro, i reati di: lesioni personali colpose, in relazione a un infortunio sul lavoro (articolo 590 cod. pen.); truffa (articolo 640 cod. pen.); falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico (articolo 483 cod. pen.); inadempimento di contratti di pubbliche forniture (articolo 355 cod. pen.); frode nelle pubbliche forniture (articolo 356 cod. pen.). In particolare, la gravità degli ultimi due procedimenti sarebbe dimostrata dal fatto che l'articolo 94, comma 1, lett. b), del Codice dei contratti pubblici prevede l'esclusione automatica in caso di condanna definitiva per uno dei predetti delitti.

Anche -OMISSIS- avrebbe, inoltre, subito il provvedimento di risoluzione contrattuale disposto dall'Istituto Romano di San Michele e avrebbe anche ricevuto il 9 settembre 2023 un avviso di pagamento da parte dell'Agenzia delle entrate per l'importo di euro 85.584,13; avviso rispetto al quale sembrerebbe essere stata ammessa alla rateizzazione del debito soltanto in data 9 ottobre 2023, e dunque dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte (3 ottobre 2023).

A fronte delle circostanze dichiarate da -OMISSIS- e da -OMISSIS-, il Seggio di gara non avrebbe svolto alcun approfondimento istruttorio, né avrebbe espresso le ragioni per le quali ha ritenuto superabili tutte le vicende esposte e, conseguentemente, disposto l'ammissione alla procedura del -OMISSIS- poi risultato aggiudicatario.

Emergerebbe, per questa via, anche la violazione del principio della fiducia (articolo 2 del Codice dei contratti pubblici), poiché, contrariamente a quanto previsto dal paragrafo 5 del disciplinare di gara, nessuna delle circostanze di cui all'articolo 95 del Codice sarebbe stata accertata, mentre il Seggio di gara si sarebbe limitato ad attivare la procedura di soccorso istruttorio soltanto per la regolarizzazione di un aspetto meramente formale della documentazione prodotta da un terzo operatore, non coinvolto nel presente contenzioso.

Sotto altro profilo, sarebbe stato violato anche il principio del risultato (articolo 1 del Codice), in quanto i numerosi illeciti professionali ascrivibili al-OMISSIS- escluderebbero la possibilità di individuare il predetto concorrente come quello che, più degli altri, potrebbe garantire l'esecuzione delle prestazioni contrattuali con la massima tempestività e qualità.

5. La ricorrente ha formulato anche un'istanza istruttoria, con la quale, richiamato l'esito delle proprie istanze di accesso agli atti, ha evidenziato la rilevanza ai fini difensivi dei documenti di cui non ha avuto integrale conoscenza, e ha quindi domandato a questo Tribunale di ordinarne l'esibizione.

6. L'Avvocatura generale dello Stato si è costituita in giudizio per il -OMISSIS- e ha depositato documenti e una memoria, con la quale ha sostenuto l'infondatezza di entrambi i motivi di ricorso, insistendo per il rigetto del gravame.

La difesa erariale ha, inoltre, rappresentato la correttezza dell'operato della Stazione appaltante in relazione alle istanze di accesso agli atti di -OMISSIS-, evidenziando che, in ogni caso, tutta la documentazione richiesta dall'operatore è stata successivamente esibita dall'Amministrazione.

7. Si è costituita in giudizio anche la società cooperativa -OMISSIS-.

La parte ha depositato documenti e una memoria, con la quale ha allegato l'infondatezza del primo motivo di ricorso, nonché l'inammissibilità e l'infondatezza del secondo motivo.

-OMISSIS- ha, inoltre, eccepito l'inammissibilità dell'istanza istruttoria di -OMISSIS-, in quanto attinente ad atti e documenti estranei alle censure articolate con il ricorso e, come tale, preordinata a eludere la disciplina della tutela giurisdizionale avverso il diniego di accesso agli atti dettata dall'articolo 116 cod. proc. amm..

8. Alla camera di consiglio del 17 aprile 2024 la difesa di parte ricorrente ha confermato di aver ricevuto tutta la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e ha, inoltre, dichiarato di rinunciare alla domanda cautelare. Il Collegio, preso atto della rinuncia, ha disposto la fissazione dell'udienza pubblica del 10 luglio 2024 per la trattazione di merito della causa.

9. Il 9 maggio 2024 -OMISSIS- ha depositato un ricorso per motivi aggiunti, con il quale ha impugnato il verbale della Commissione giudicatrice n. 3 del 9 gennaio 2024, nella parte in cui ha attribuito al-OMISSIS- il punteggio 5 in relazione al criterio di valutazione delle offerte tecniche n. 2 – *“Attestazione di impiego di persone con disabilità in quota eccedente l'obbligo minimo di legge”*. L'operatore ha impugnato anche l'avviso di chiarimento del -OMISSIS- n. 5 del 21 settembre 2023, ove interpretato nel senso di consentire a un consorzio fra società cooperative, anche quale componente di un raggruppamento temporaneo di imprese, di ottenere il punteggio massimo per il predetto criterio n. 2 pure ove non tutte le imprese indicate come concorrenti producano l'attestazione ivi prevista e l'impresa munita di tale attestazione non partecipi ad alcuna fase del servizio.

In particolare, -OMISSIS- ha dedotto quanto segue.



*l) Violazione dei paragrafi 16 e 18 del disciplinare di gara e degli avvisi di chiarimento del –OMISSIS- nn. 2, 5, 6 e 7. Violazione del documento di gara denominato “Criteri per la valutazione delle offerte tecniche ed economiche”. Violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e correttezza dell’azione amministrativa. Violazione del principio del risultato. Eccesso di potere sotto i profili della carenza di istruttoria, incoerenza, contraddittorietà, incongruenza, irragionevolezza e illogicità.*

La ricorrente ha evidenziato che, al pari di quanto stabilito per il criterio n. 1, concernente il “Possesso di certificazione attestante il rispetto della parità di genere”, il punteggio massimo di 5 previsto per il criterio n. 2, ossia “Attestazione di impiego di persone con disabilità in quota eccedente l’obbligo minimo di legge”, avrebbe potuto essere conseguito soltanto laddove le imprese indicate quali concorrenti – e, quindi, anche le consorziate esecutrici – fossero in possesso della richiesta attestazione, ciascuna “per la fase a cui compete la relativa esecuzione”, come risultante dai chiarimenti resi dalla Stazione appaltante.

Nella gara oggetto di controversia, invece, il punteggio premiale pari a 5 sarebbe stato illegittimamente attribuito al-OMISSIS-, nonostante il fatto che soltanto una delle consorziate esecutrici di -OMISSIS-, ossia la cooperativa sociale -OMISSIS-, avesse prodotto l’attestazione richiesta, mentre ne risultavano privi sia Authentica, sia lo stesso Consorzio.

La Commissione giudicatrice non si sarebbe quindi avveduta del fatto che la gestione di tutte le attività connesse ai servizi di ristorazione oggetto della commessa, per la quota di attività propria del Consorzio, sarebbe stata demandata esclusivamente ad –OMISSIS-, ossia alla consorziata esecutrice priva dell’attestazione richiesta.

Ove la Commissione avesse correttamente attribuito al-OMISSIS- il punteggio 0 per il predetto criterio n. 2, l’operatore avrebbe conseguito complessivamente 77,40 punti e, quindi, aggiudicataria della gara sarebbe risultata -OMISSIS-.

Allo stesso risultato si sarebbe pervenuti anche nel caso in cui al predetto -OMISSIS- fosse stato attribuito il punteggio di 1,43, riconosciuto a tutti gli altri operatori ammessi diversi da -OMISSIS-, che ha ottenuto 5 punti. In questo diverso scenario, infatti, il-OMISSIS- avrebbe ottenuto complessivamente 78,83 punti e, quindi, si sarebbe collocato al secondo posto, alle spalle della ricorrente.

Peraltro, la valutazione della Commissione si rivelerebbe illegittima anche ove posta a raffronto con quella operata rispetto al criterio di valutazione n. 1, relativo al “Possesso di certificazione attestante il rispetto della parità di genere”. Con riguardo a tale criterio, infatti, il punteggio massimo pari a 5 è stato riconosciuto al -OMISSIS- aggiudicatario soltanto a fronte del possesso della certificazione richiesta da parte di tutte le imprese del -OMISSIS-, ossia Ristoservice, -OMISSIS-, nonché le due consorziate esecutrici –OMISSIS-e -OMISSIS-. A fronte di un identico parametro di valutazione, non sarebbe perciò comprensibile la diversa modalità di attribuzione del punteggio premiale.

Occorrerebbe inoltre considerare che -OMISSIS-, in possesso dell’attestazione, pur essendo indicata quale consorziata esecutrice, non prenderebbe parte, in realtà, all’esecuzione di

alcuna delle fasi del servizio, atteso che tra tali fasi non rientrerebbe la mera attività di assunzione di lavoratori e lavoratrici disabili e la messa a disposizione degli stessi in favore del-OMISSIS-.

Da ciò l'illegittimità dell'aggiudicazione, nonché dell'avviso di chiarimento del –OMISSIS- n. 5 del 21 settembre 2023, ove letto nel senso di consentire l'interpretazione della *lex specialis* della procedura avversata da -OMISSIS-.

L'aggiudicazione in favore del -OMISSIS- controinteressato violerebbe, infine, il principio del risultato, il quale esigerebbe l'individuazione dell'offerta qualitativamente migliore, nel caso in esame individuabile in quella della ricorrente.

10. Il –OMISSIS- ha effettuato ulteriori produzioni difensive avverso i motivi aggiunti.

11. Anche -OMISSIS- ha depositato altri documenti e scritti difensivi, con i quali ha allegato l'inammissibilità e l'infondatezza delle censure articolate nel ricorso per motivi aggiunti.

12. In vista dell'udienza di merito, -OMISSIS- ha ricapitolato conclusivamente le proprie deduzioni difensive in un'apposita memoria.

13. -OMISSIS- ha replicato alle produzioni avversarie.

14. All'udienza pubblica del 10 luglio 2024 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

15. Va preliminarmente rilevato che l'istanza istruttoria della ricorrente è da ritenere superata, avendo la parte ottenuto quanto richiesto, come sopra detto.

16. Venendo, quindi, all'esame del ricorso introduttivo del giudizio, deve osservarsi che con il primo motivo -OMISSIS- sostiene che il-OMISSIS- avrebbe reso nel proprio DGUE dichiarazioni non rispondenti al vero e, come tali, idonee a influenzare il processo decisionale della Stazione appaltante. Ciò in quanto sia -OMISSIS- che la consorziata esecutrice –OMISSIS- (oggi –OMISSIS-) hanno dichiarato nei rispettivi documenti di gara unici europei l'assenza di gravi illeciti professionali, a dispetto delle circostanze riportate nelle dichiarazioni informative prodotte dai medesimi operatori, dalle quali emergerebbero condotte potenzialmente rilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara.

16.1. Dall'esame della documentazione depositata agli atti di causa risulta quanto segue.

16.1.1. Rispondendo alla domanda: "*L'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali di cui all'art. 80 comma 5 lett. c), c-bis), c-ter) e c-quater) del Codice?*", -OMISSIS- ha contrassegnato la casella "No", aggiungendo subito sotto la seguente dicitura: "*PER MASSIMA TRASPARENZA, SI RIMANDA ALLA DICHIARAZIONE "INFORMATIVA" ALLEGATA ALLA DOCUMENTAZIONE DI GARA*".

L'operatore ha poi effettivamente allegato alla domanda di partecipazione alla gara la predetta "Informativa", nella quale ha dichiarato una serie di circostanze potenzialmente rilevanti ai fini

della valutazione circa la propria affidabilità e integrità professionale.

La predetta “Informativa” è stata successivamente aggiornata in fase di verifica del possesso dei requisiti.

16.1.2. Per ciò che attiene alla consorziata esecutrice –OMISSIS- (oggi –OMISSIS-), risulta agli atti di causa che, rispondendo alla domanda: *“I soggetti di cui all’art. 80, comma 3, del Codice sono stati condannati con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena richiesta ai sensi dell’articolo 444 del Codice di procedura penale per uno dei motivi indicati sopra con sentenza pronunciata non più di cinque anni fa o, indipendentemente dalla data della sentenza, in seguito alla quale sia ancora applicabile un periodo di esclusione stabilito direttamente nella sentenza ovvero desumibile ai sensi dell’art. 80 comma 10 e 10-bis?”*, l’operatore ha contrassegnato la casella “No”, aggiungendo subito sotto, all’interno dello stesso modulo, la dichiarazione, *“solo per maggiore trasparenza”*, dei procedimenti penali pendenti nei confronti del Presidente del Consiglio di amministrazione e del Consigliere delegato.

Rispondendo, poi, alla domanda *“L’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali di cui all’art. 80 comma 5 lett. c), c-bis), c-ter) e c-quater) del Codice?”*, la medesima consorziata ha parimenti contrassegnato la casella “No”, aggiungendo subito sotto la dicitura: *“SI RIMANDA A QUANTO MEGLIO SPECIFICATO AL PUNTO SUCCESSIVO RELATIVO ALL’Art.80 comma 5 lett. c-ter)”*.

Con riferimento, quindi, alla domanda più specifica relativa all’aver *“(…) dimostrato significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili”*, l’operatore ha contrassegnato la casella “Sì” e ha aggiunto all’interno dello stesso modulo la dichiarazione, *“PER MAGGIORE TRASPARENZA”*, di una serie di circostanze.

Di conseguenza, -OMISSIS- ha compilato il modulo anche nella parte relativa alle risposte da fornire in caso di risposta affermativa al quesito concernente la commissione di gravi illeciti professionali, dando atto di aver risarcito il danno mediante l’escussione delle cauzioni da parte della Stazione appaltante e illustrando l’adozione di misure di autodisciplina e di misure idonee a prevenire ulteriori illeciti.

L’operatore ha quindi prodotto in sede di partecipazione alla gara una dichiarazione integrativa, nella quale sono state dettagliatamente illustrate tutte le circostanze potenzialmente rilevanti ai fini delle valutazioni della Stazione appaltante in ordine all’ammissione alla procedura. Tale dichiarazione è stata, infine, aggiornata in sede di verifica dei requisiti.

16.2. Rileva il Collegio che non è controverso tra le parti che le dichiarazioni di -OMISSIS- e di –OMISSIS- (oggi –OMISSIS-) in merito alle circostanze rilevanti ai fini della valutazione dell’affidabilità e integrità professionale degli operatori, rese all’interno dei rispettivi DGUE e mediante il rinvio a documenti integrativi, fossero chiare, complete ed esaustive.

La contestazione di -OMISSIS- attiene, quindi, unicamente al fatto che -OMISSIS- e -OMISSIS- abbiano dichiarato, in alcune sezioni dei rispettivi DGUE, il possesso dei requisiti, contrassegnando la casella “No”, nonostante le ulteriori circostanze rese note contestualmente dai medesimi operatori.

16.3. La doglianza non può trovare accoglimento, risolvendosi in una critica attinente ad aspetti meramente formali circa le modalità di compilazione dei moduli, senza che possa ravvisarsi alcuna dichiarazione non veritiera.

16.3.1. Secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza formatasi in relazione al previgente Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “(...) *la dichiarazione resa dall’operatore economico nella domanda di partecipazione circa le pregresse vicende professionali suscettibili di integrare “gravi illeciti professionali” può essere omessa, reticente o completamente falsa. V’è omessa dichiarazione quando l’operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come “grave illecito professionale”; v’è dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell’ottica dell’affidabilità del concorrente. Infine, la falsa dichiarazione consiste in una immutatio veri; ricorre, cioè, se l’operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero”* (Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407).

Nel caso in esame, come detto, non è controverso che, sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, il-OMISSIS- abbia reso note dettagliatamente alla Stazione appaltante tutte le circostanze potenzialmente rilevanti ai fini del giudizio di onorabilità professionale, per cui non è ravvisabile alcuna omissione, reticenza o falsità da parte del concorrente.

16.3.2. A fronte di tale dato, non è rilevante la mera circostanza che nei DGUE di -OMISSIS- e di -OMISSIS- sia stata barrata la casella “No”, per affermare l’insussistenza delle cause di esclusione ivi previste, atteso che – come affermato in una fattispecie del tutto analoga – “(...) *non può negarsi che l’Amministrazione alla quale spetta, in esercizio di discrezionalità, apprezzare le vicende professionali dell’impresa partecipante alla gara e individuare l’eventuale punto di rottura dell’affidamento del futuro contraente, sulla base delle informazioni rese dall’aggiudicataria, è stata messa nelle condizioni di effettuare una valutazione in concreto sull’attendibilità e sulla rilevanza delle informazioni stesse, nonché sulla capacità del comportamento tenuto dall’operatore economico di incidere sul giudizio di integrità e di affidabilità”* (Cons. Stato, Sez. V, 5 agosto 2022, n. 6937).

16.3.3. Questa soluzione è coerente, del resto, con il principio del risultato, enunciato dall’articolo 1 del Codice dei contratti pubblici.

In base al predetto principio, infatti, “*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”* (comma 1), con la precisazione che “*La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell’affidare ed eseguire i contratti”*

(comma 2, primo periodo).

Il principio del risultato, il quale “(...) *costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità*” (comma 3), chiarisce quindi che la procedura e la forma sono un mezzo, non il fine della disciplina (Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812).

Deve, pertanto, ritenersi non consentita l'esclusione di un operatore sulla base del mero dato formale consistente nell'aver barrato una determinata casella del modulo compilato in sede di partecipazione alla gara, quando non sia contestato che il medesimo concorrente abbia comunque reso dichiarazioni complete e veritiere in merito alle circostanze rilevanti ai fini della valutazione della Stazione appaltante circa il possesso dei requisiti di onorabilità professionale.

16.4. Il motivo scrutinato deve essere, quindi, respinto.

17. Con il secondo mezzo del ricorso introduttivo -OMISSIS- lamenta che, a fronte delle plurime circostanze potenzialmente incidenti sull'affidabilità e integrità di -OMISSIS- e della consorziata -OMISSIS- rese note in sede di partecipazione alla gara, l'Amministrazione non abbia enunciato le ragioni per le quali ha ritenuto di ammettere il -OMISSIS- alla procedura.

17.1. Va respinta, anzitutto, l'eccezione di inammissibilità del motivo sollevata da -OMISSIS-, il quale sostiene che la ricorrente avrebbe svolto censure attinenti al merito della valutazione circa la sussistenza di gravi illeciti professionali, nonostante tale valutazione sia riservata all'Amministrazione.

Al riguardo, è sufficiente osservare che -OMISSIS- ha prospettato vizi di carenza di istruttoria e di motivazione, deducendo quindi profili che rientrano a pieno titolo nel perimetro della cognizione demandata a questo Plesso (cfr., per una fattispecie analoga, Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2021, n. 2577), fermo restando quanto di seguito si dirà in merito al divieto di esaminare nel merito in questa sede le specifiche vicende rappresentate.

17.2. Deve, semmai, osservarsi che l'eccezione prova troppo, avvalorando indirettamente la fondatezza della doglianza prospettata dalla ricorrente.

La parte controinteressata afferma, infatti, da un lato che sarebbe inammissibile un sindacato di merito del giudice amministrativo sulla sussistenza di illeciti professionali gravi dell'operatore e, dall'altro lato, che il Seggio di gara non sarebbe tenuto a motivare la scelta circa l'ammissione del concorrente alla gara.

Deve, tuttavia, osservarsi che, se è vero che il giudice amministrativo non può sostituirsi alle valutazioni riservate all'Amministrazione, è parimenti innegabile che il sindacato giurisdizionale di legittimità si esercita proprio sulla motivazione posta alla base di tali valutazioni. Con riguardo al giudizio di affidabilità o inaffidabilità dell'operatore, infatti, “(...) *tale sindacato non concerne la condivisibilità o meno del giudizio discrezionale espresso dall'amministrazione, bensì si incentra sulla relativa motivazione, e segnatamente sulla sua idoneità a sorreggere la determinazione finale, sotto il profilo della ragionevolezza e della*

*idoneità delle esposte argomentazioni” (Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2022, n. 845).*

Non può, pertanto, sostenersi che la valutazione in ordine all’ammissione dei partecipanti alla gara non richieda alcuna motivazione e, al contempo, che sia precluso al giudice un sindacato di merito, pena la creazione di una zona franca dalla tutela giurisdizionale, incompatibile con i principi di cui agli articoli 24 e 113 della Costituzione.

17.3. Venendo al merito della doglianza, va premesso che il riscontro della sussistenza di un illecito professionale grave, ai sensi dell’articolo 98 del Codice dei contratti pubblici, richiede un apprezzamento, riservato alla Stazione appaltante, in merito a una serie di elementi indicati dalla predetta disposizione. Tale valutazione, benché riferita agli aspetti tipizzati dal legislatore, è da ritenere tuttora espressione di discrezionalità tecnica dell’Amministrazione, come affermato con riguardo alle procedure governate dal decreto legislativo n. 50 del 2016 (cfr., per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2024, n. 2491). A questa conclusione conduce, infatti, la formulazione dell’articolo 98, comma 2, del decreto legislativo n. 36 del 2023, il quale rimette alla Stazione appaltante:

- l’apprazziamento circa l’esistenza di elementi sufficienti a integrare il grave illecito professionale, il quale “*può*” essere desunto al verificarsi di una delle situazioni indicate al comma 3;
- la valutazione in merito all’idoneità dell’illecito a incidere sull’affidabilità e integrità dell’operatore, tenendo conto delle circostanze indicate al comma 4 e al comma 5;
- la valutazione in ordine alle prove dell’illecito, atteso che, pur a fronte della tipizzazione dei mezzi di prova, è rimesso all’Amministrazione l’apprazziamento circa la portata degli elementi acquisiti (per fare un solo esempio, nel caso di cui al comma 6, lett. *b*), la presenza di “*(...) indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente*”).

17.4. Ciò posto, è vero che – come ricordato dall’Amministrazione resistente e da -OMISSIS- – la giurisprudenza suole affermare che “*(...) la stazione appaltante, che non ritenga la progressiva vicenda professionale dichiarata dal concorrente incisiva della sua moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l’ammissione alla gara dell’impresa, mentre è il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione di gravità tale da elidere l’affidabilità del concorrente, che richiede l’assolvimento di un particolare onere motivazionale; in sintesi, la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione (Cons. Stato, V, 5 maggio 2020, n. 2850; VI, 18 luglio 2016, n. 3198; C.G.A.R.S., 23 gennaio 2015, n. 53; Cons. Stato, VI, 21 maggio 2014, n. 2622; III, 24 dicembre 2013, n. 6236; V, 30 giugno 2011, n. 3924; III, 11 marzo 2011, n. 1583; VI, 24 giugno 2010, n. 4019)*” (così, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 9 maggio 2023, n. 4642).

Deve, tuttavia, osservarsi che, anche alla stregua del predetto indirizzo, la mancanza di un onere di motivazione analitica non equivale all’esclusione di qualunque onere motivatorio e

che, inoltre, una specifica motivazione è comunque richiesta in presenza di contestazioni in gara.

Approfondendo gli spunti già emergenti da tali indicazioni, la giurisprudenza più recente ha evidenziato – esprimendo un indirizzo che il Collegio ritiene di condividere e fare proprio – che la regola dell'onere motivazionale attenuato in ordine all'ammissione alla gara è destinata a subire un'eccezione nel caso in cui la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente presenti una gravidanza tale che la Stazione appaltante non possa esimersi da rendere esplicite le ragioni per le quali abbia comunque apprezzato l'impresa come affidabile (Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2024, n. 2491; Id., 9 maggio 2023, n. 4642; Id., 16 gennaio 2023, n. 526; Id., 5 dicembre 2022, n. 10607; Id., 6 ottobre 2021, n. 6652; Id., 19 febbraio 2021, n. 1500; Id., Sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10936; Id., 21 ottobre 2022, n. 9002; Id., 10 novembre 2021, n. 7482). Come osservato, infatti, *“(…) in mancanza di motivazione sulle ragioni dell'ammissione, pur in presenza di pregressa vicenda professionale che, ictu oculi, appaia di particolare rilevanza, il sindacato del giudice amministrativo, legittimamente azionato dal ricorso di altro concorrente, corre il rischio di trasformarsi in una non consentita sostituzione dell'autorità giudiziaria alla stazione appaltante”* (Cons. Stato, n. 10607 del 2022, cit.). E ciò in quanto *“(…) il giudice, tanto se condivide la decisione della stazione appaltante, quanto se l'avversi, finirebbe per esporre lui stesso e per la prima volta in sentenza, le ragioni rispettivamente dell'ammissione o dell'esclusione dell'impresa dalla procedura”* (Cons. Stato n. 10936 del 2022, cit.; Id., n. 10607 del 2022; Id. n. 1500 del 2021, cit.).

Più in generale, va condivisa anche l'affermazione secondo la quale, a fronte del giudizio di ammissione del concorrente *“(…) la questione della sufficienza della relativa motivazione va apprezzata tenendo conto non del suo esito, bensì della completezza dell'esame di tutti gli elementi, di ordine fattuale e giuridico che, nella concreta fattispecie, risultino rilevanti in quanto potenzialmente incidenti sull'integrità e dell'affidabilità dell'operatore economico, nonché della tenuta logica delle argomentazioni con cui l'amministrazione li ha trattati”* (Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2022, n. 845). Laddove nel procedimento siano emersi elementi di tale rilievo, pertanto, l'Amministrazione non può esimersi dall'esprimersi al riguardo (cfr., oltre ai precedenti già richiamati, anche: Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2021, n. 2577; Id., Sez. IV, 25 maggio 2020, n. 3276).

17.5. Nel caso oggetto della presente controversia, -OMISSIS- e la consorziata esecutrice Authentica hanno dichiarato in sede di gara una pluralità di circostanze potenzialmente incidenti sulla valutazione di affidabilità e integrità del concorrente-OMISSIS-.

Si tratta, infatti, di una molteplicità di vicende, che includono: (i) provvedimenti sanzionatori comminati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) concernenti intese restrittive della concorrenza; (ii) provvedimenti di risoluzione contrattuale, di esclusione dalle procedure di gara e di applicazione di penali contrattuali adottati da altre Stazioni appaltanti; (iii) procedimenti penali a carico di soggetti rientranti tra quelli indicati dall'articolo 98, comma 3, del Codice, anche per reati rispetto ai quali un'eventuale condanna definitiva comporterebbe l'esclusione automatica dalla gara; (iv) omissioni di pagamenti tributari, dichiarate, in particolare, da Authentica in sede di verifica dei requisiti.

17.6. Le ragioni per le quali il Seggio di gara ha ritenuto tutte tali circostanze inidonee a determinare l'esclusione del concorrente non sono state esposte, neppure sinteticamente, negli atti della procedura.

17.6.1. Secondo quanto risulta dal verbale del Centro unico contrattuale del –OMISSIS- rep. n. 12.013 del 17 ottobre 2023, nella fase di esame della documentazione amministrativa presentata dagli operatori economici offerenti è stata riscontrata “(...) *la conformità, per tutti, alle prescrizioni del bando e del relativo disciplinare di gara (...)*”, a eccezione di un concorrente che non è parte del presente contenzioso, rispetto al quale è stato attivato il soccorso istruttorio al fine della regolarizzazione del patto di integrità relativo a un'impresa ausiliaria.

Nella predetta seduta del 17 ottobre 2023, esaminata la documentazione prodotta dall'operatore interessato e ritenutala adeguata, l'Amministrazione si è quindi limitata a dichiarare “*ammessi, pertanto, tutti gli operatori economici offerenti al prosieguo della gara (...)*”.

17.6.2. A fronte delle numerose circostanze risultanti dalle dichiarazioni rese da -OMISSIS- e da –OMISSIS-, la Stazione appaltante non ha quindi ritenuto di svolgere alcun approfondimento istruttorio, al fine di accertare la sussistenza di una delle circostanze indicate all'articolo 95 del Codice, come sarebbe stata sua facoltà ai sensi del paragrafo 5 del disciplinare di gara.

Inoltre, l'Amministrazione non ha enunciato in alcun modo le ragioni per le quali tutte le vicende dichiarate dal-OMISSIS- siano state ritenute irrilevanti ai fini del giudizio sull'affidabilità e l'integrità del concorrente.

Di conseguenza, non è dato neppure stabilire se di tali dichiarazioni il Seggio di gara abbia effettivamente preso visione.

17.7. Emerge, pertanto, in modo manifesto il difetto di istruttoria e di motivazione lamentato dalla ricorrente, atteso che l'ammissione alla gara del-OMISSIS- è avvenuta senza menzionare i fatti potenzialmente rilevanti al fine di far emergere illeciti professionali del concorrente e senza spiegare perché quei fatti sarebbero inidonei a comprometterne l'affidabilità o l'integrità.

Come anticipato, la valutazione delle predette vicende non può essere compiuta per la prima volta nella presente sede giurisdizionale, atteso che “*Trattandosi di valutazione ampiamente discrezionale, alla sua mancanza non può ovviare il giudice amministrativo, il quale, in applicazione del divieto di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati ex art. 34, comma 4, Cod. proc. amm. e in considerazione dell'eccezionalità della giurisdizione di merito, ammessa nelle sole ipotesi tassativamente previste dalla legge, non può sostituirsi alla stazione appaltante nella valutazione di affidabilità professionale dell'operatore economico. Spetta infatti soltanto alla stazione appaltante valutare gli illeciti professionali, la loro incidenza sull'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a comprometterla, anche in relazione alle misure di self cleaning nelle more eventualmente*



adottate da quest'ultimo, avuto riguardo al tempo della loro adozione e alla loro concreta ed effettiva idoneità e rilevanza rispetto alla partecipazione alla gara" (Cons. Stato n. 10607 del 2022, cit.). Di conseguenza, il Collegio è tenuto a esimersi dallo scrutinio nel merito della rilevanza delle singole vicende dedotte.

17.8. Il secondo motivo del ricorso introduttivo deve essere, pertanto, accolto, nei sensi e nei termini sopra esposti.

18. Può quindi passarsi all'esame dell'unico mezzo articolato nel ricorso per motivi aggiunti, con il quale -OMISSIS- lamenta l'attribuzione, in favore del-OMISSIS-, del punteggio massimo di 5 per il criterio di valutazione delle offerte n. 2, denominato "Attestazione di impiego di persone con disabilità in quota eccedente l'obbligo minimo di legge". Secondo la ricorrente, tale punteggio non avrebbe potuto essere riconosciuto al -OMISSIS- controinteressato, in quanto sia -OMISSIS- che la consorziata esecutrice -OMISSIS- non sono in possesso dell'attestazione richiesta.

18.1. L'esame delle doglianze richiede la previa ricostruzione del quadro giuridico e fattuale di riferimento.

18.1.1. Il paragrafo 18.1. del disciplinare di gara ha previsto l'attribuzione del punteggio riferito all'offerta tecnica sulla base dei criteri di valutazione elencati nel documento denominato "Criteri per la valutazione delle offerte tecniche ed economiche", utilizzando il metodo del c.d. confronto a coppie.

Tale criterio è stato, quindi, previsto anche per la valutazione relativa alla "Attestazione di impiego di persone con disabilità in quota eccedente l'obbligo minimo di legge", come ribadito anche dall'Amministrazione in sede di chiarimenti.

Più in dettaglio, il Centro unico contrattuale del -OMISSIS- ha ricevuto una richiesta di chiarimenti, con la quale si evidenziava che alcuni criteri di valutazione, tra cui quello in esame, "(...) siano di natura tabellare "ON/OFF" e che, pertanto, per rispondere il concorrente debba presentare all'interno della relazione tecnica la dichiarazione/attestazione/certificazione recante l'impegno o meno ad aderire alle richieste ovvero il possesso del requisito". A fronte di tale quesito, la Stazione appaltante ha ribadito che "In base a quanto stabilito dal disciplinare di gara ai punti 16 e 18, la Commissione giudicatrice esprimerà la propria valutazione in relazione a quanto offerto dal concorrente; detta valutazione avverrà tramite il metodo del confronto a coppie" (v. avviso di chiarimento n. 6).

18.1.2. Quanto alle modalità di valutazione, la Stazione appaltante, riferendosi sia alla certificazione circa il rispetto della parità di genere (criterio n. 1), sia all'attestazione dell'impiego di persone con disabilità in quota eccedente il minimo di legge (criterio n. 2), ha ripetutamente affermato in sede di chiarimenti quanto segue: "Si precisa che, al pari di tutte le certificazioni, anche quelle relative all'impiego di persone con disabilità in quota eccedente l'obbligo minimo di legge dovrà essere valutata in base alla fase dell'appalto da svolgere (pulizie locali, manutenzione attrezzature, preparazione dei pasti, ecc.)" (v. avvisi di chiarimento n. 5, n. 6 e n. 7).

In particolare, tale affermazione è stata ribadita anche a fronte di richieste volte a ottenere conferma del fatto che: (i) in caso di partecipazione da parte di un -OMISSIS-, per l'ottenimento del punteggio massimo il titolo dovesse "(...) essere posseduto dall'-OMISSIS- nel complesso e pertanto in capo a una impresa qualsiasi del -OMISSIS-"; (ii) che, in caso di partecipazione di un consorzio di cui all'articolo 65, comma 2, lett. b), del decreto legislativo n. 36 del 2023, il titolo potesse essere in capo al Consorzio (v. avviso di chiarimento n. 6).

18.1.3. Secondo quanto risulta agli atti di causa, il-OMISSIS- ha dichiarato nella propria relazione tecnica che *"In caso di aggiudicazione dell'appalto, -OMISSIS- affiderà, per la quota di propria spettanza, la gestione operativa del servizio alle seguenti proprie consorziate: -OMISSIS- (...) [ora -OMISSIS-] si occuperà della gestione di tutte le attività connesse ai servizi di ristorazione. (...) - -OMISSIS- cooperativa di Tipo A e B: si occuperà dell'assunzione e in generale delle operazioni di gestione delle persone con disabilità"* (v. doc. 22 prodotto da -OMISSIS- il 9 maggio 2024, p. 2).

Il medesimo -OMISSIS- ha, inoltre, inserito nella propria relazione l'attestazione circa l'impiego di persone disabili da parte di -OMISSIS-, l'altra partecipante al raggruppamento, nella quota dell'8,5 per cento, e quindi in misura superiore dell'1,5 per cento al limite di legge, pari al 7 per cento (v. doc. 22 di -OMISSIS-, p. 20).

L'operatore ha, quindi, dichiarato di superare complessivamente la quota minima di personale disabile o appartenente alle categorie protette prevista dalla legge *"(...) nelle seguenti misure: • -OMISSIS- attraverso la propria consorzata -OMISSIS-, con una percentuale pari al 40% (...); • -OMISSIS- con una percentuale pari al 8.5% (...)"* (v. doc. 22 di -OMISSIS-, p. 21). Nel prosieguo della propria offerta tecnica, il-OMISSIS- ha illustrato le modalità di inserimento delle persone disabili da attuare, in caso di aggiudicazione della gara, attraverso la cooperativa -OMISSIS-, consorzata di -OMISSIS- (v. ancora doc. 22 di -OMISSIS-, pp. 21-23).

Quanto agli altri operatori partecipanti, risulta agli atti di causa che:

- -OMISSIS- ha inserito nella propria relazione tecnica l'attestazione del Presidente del Consiglio di amministrazione circa il fatto che la società *"(...) impiega persone con disabilità in quota eccedente l'obbligo minimo di legge"* (v. doc. 14 depositato da -OMISSIS- il 19 giugno 2024, p. 10);

- gli altri tre operatori ammessi hanno dichiarato il possesso della sola quota minima di legge nell'impiego di persone con disabilità (v. memoria dell'Avvocatura dello Stato del 20 maggio 2024, p. 8).

18.1.4. In questo contesto, risulta dal verbale n. 3 del 9 gennaio 2024 che la Commissione giudicatrice, composta da cinque membri, ha operato il confronto a coppie, prevedendo l'attribuzione, da parte di ciascun commissario:

- del punteggio 1 a entrambe le offerte confrontate in caso di parità;

- di punteggi da 2 a 6 all'offerta ritenuta preferibile (e, quindi, del punteggio 0 all'altra offerta

posta a confronto), dove 2 era il punteggio da assegnare in caso di “preferenza minima” di un’offerta rispetto all’altra e 6 era il punteggio da assegnare per valorizzare una “preferenza massima” in favore di una delle due offerte.

In concreto, nel valutare le offerte relativamente al criterio n. 2, tutti i commissari hanno ritenuto di:

- accordare una “preferenza minima”, con il punteggio di 2, all’offerta del-OMISSIS- rispetto a ciascuno dei tre operatori che non avevano dimostrato una quota di personale disabile superiore al minimo di legge;
- riconoscere parimenti il punteggio 2 a -OMISSIS- rispetto ai medesimi tre operatori;
- ravvisare una parità tra l’offerta del-OMISSIS- e quella di -OMISSIS-, conseguentemente attribuendo a entrambi gli operatori il punteggio 1;
- ritenere la parità, nei confronti a coppie, degli altri tre operatori tra loro, con conseguente attribuzione del punteggio 1 nei confronti diretti tra di essi.

Conseguentemente, sia il-OMISSIS- che -OMISSIS- hanno ottenuto 7 punti da ciascun commissario (nei quattro confronti a coppie previsti tra i cinque concorrenti, entrambe hanno, infatti, riportato i punteggi 2+2+2+1), e quindi il punteggio complessivo di 35 (7 moltiplicato per 5 commissari).

Il predetto punteggio, essendo risultato quello più alto riportato nel confronto a coppie, ha determinato l’attribuzione, per il criterio n. 2, del punteggio massimo finale di 5, che è stato, quindi, riconosciuto sia a -OMISSIS- che al-OMISSIS-.

Le offerte degli altri tre operatori hanno ottenuto tutte il punteggio di 10 nel confronto a coppie (1+1+0+0, per un totale di 2 punti, da ciascun commissario, moltiplicato per 5 commissari) e, quindi, in proporzione rispetto al punteggio massimo registrato nel confronto a coppie di 35, le medesime si sono viste riconoscere il punteggio finale di 1,43 per il criterio di valutazione n. 2.

18.2. Alla luce del quadro ora illustrato, le contestazioni articolate da -OMISSIS- nel ricorso per motivi aggiunti, come evidenziato dalle controparti, risultano formulate omettendo di considerare che:

- l’attestazione circa l’impiego di personale disabile in misura superiore all’obbligo di legge non è stata prevista quale requisito di partecipazione alla gara, bensì quale criterio premiale per l’attribuzione del punteggio;
- il criterio di valutazione n. 2 non è un criterio tabellare c.d. di tipo ON/OFF, atteso che l’attribuzione del punteggio, fino a un massimo di 5, è stata demandata all’esito di un confronto a coppie tra le offerte tecniche.

Quanto a quest’ultimo profilo, deve rimarcarsi che la legge di gara non ha stabilito, ai fini del

criterio di valutazione n. 2, l'alternativa – per così dire “secca” – tra l'attribuzione del punteggio 0 (in caso di mancanza dell'attestazione o di possesso di un'attestazione ritenuta per qualche ragione inadeguata o parziale) e il riconoscimento del punteggio di 5 (in caso di possesso di adeguata attestazione). È stato, invece, rimesso alla Commissione il compito di valutare nel merito quanto attestato dai concorrenti, operando un confronto a coppie tra le offerte in relazione alla capacità di assicurare un risultato utile in termini di impiego di persone disabili oltre i limiti di legge e attribuendo conclusivamente ai partecipanti un punteggio *fino a un massimo di 5*.

Il non corretto inquadramento da parte della ricorrente dei profili ora indicati emerge dalle sue stesse difese.

Come meglio si dirà più oltre, infatti, -OMISSIS- richiama la risposta a un quesito riportato nell'avviso di chiarimento n. 2, concernente, tuttavia, il possesso dei requisiti di partecipazione e non attinente, invece, ai criteri di valutazione delle offerte (v. ricorso per motivi aggiunti, p. 8).

La ricorrente afferma espressamente, inoltre, che il metodo del confronto a coppie “(...) *potrebbe peraltro trovare applicazione esclusivamente laddove i criteri in parola si considerassero discrezionali e non già tabellari, quali invece sono*” (v. memoria di -OMISSIS- del 24 giugno 2024, pp. 19 s.). Non è stata questa, tuttavia, la scelta operata dalla *lex specialis* della procedura, né risulta l'impugnazione degli atti di gara sul punto.

18.3. Ciò posto, deve osservarsi anzitutto che, come evidenziato da -OMISSIS-, è quanto meno dubbio l'interesse di -OMISSIS- alle censure articolate nel ricorso per motivi aggiunti. E ciò in quanto, anche laddove si pervenisse a ritenere che l'offerta tecnica del-OMISSIS- dovesse essere necessariamente valutata dalla Commissione come inferiore a quella di -OMISSIS- nel confronto a coppie – esito che, come si vedrà, non risulta in verità supportato dagli elementi acquisiti agli atti di causa – dovrebbe comunque tenersi presente quanto segue.

La “*preferenza minima*”, con punteggio 2, riconosciuta dalla Commissione al-OMISSIS- rispetto agli altri tre concorrenti in gara, che non sono parti di questo contenzioso, non può ritenersi scalfita dalle allegazioni della ricorrente. Tali operatori si sono limitati, infatti, ad attestare il rispetto della quota minima di legge nell'assunzione di persone disabili, mentre il-OMISSIS- ha comunque dimostrato il superamento in qualche misura di tale quota, stante – quanto meno – l'incontestato possesso dell'attestazione da parte di -OMISSIS-.

Conseguentemente, come rappresentato da -OMISSIS-, anche laddove a -OMISSIS- fosse riconosciuto, nel confronto a coppie, il punteggio massimo di 6 rispetto al-OMISSIS- e, quindi, quest'ultimo operatore ottenesse il punteggio 0 nel confronto con -OMISSIS-, in ogni caso ciò non condurrebbe all'aggiudicazione della gara in favore della ricorrente.

In questo scenario, infatti, fermo restando il punteggio di 10 degli altri tre operatori, -OMISSIS- otterrebbe nel confronto a coppie 60 punti (2+2+2+6, per un totale di 12, moltiplicato per 5 commissari) invece di 35, mentre il-OMISSIS- otterrebbe 30 punti (2+2+2+0, per un totale di 6, moltiplicato per 5 commissari) invece di 35.

Di conseguenza, -OMISSIS- conseguirebbe il punteggio massimo di 5 per il criterio di valutazione n. 2, mentre il-OMISSIS-, in proporzione, otterrebbe 2,5 punti.

Tale minor punteggio non sarebbe sufficiente a modificare la graduatoria, atteso che il-OMISSIS- otterrebbe comunque il punteggio complessivo finale di 79,90, mentre -OMISSIS-, mantenendo il punteggio complessivo di 79,62, si collocherebbe ancora al secondo posto.

18.4. A prescindere da queste considerazioni, come anche dallo scrutinio degli ulteriori profili di inammissibilità eccepiti da -OMISSIS-, in ogni caso le doglianze articolate da -OMISSIS- nel ricorso per motivi aggiunti sono infondate nel merito, per le ragioni che si espongono di seguito.

18.5. Come detto, l'operazione richiesta alla Commissione giudicatrice dalla disciplina di gara consisteva nel prendere in esame le attestazioni prodotte dagli operatori, apprezzarle *"in base alla fase dell'appalto da svolgere"* (secondo quanto evidenziato in sede di chiarimenti) e valutare ciascun operatore mediante l'attribuzione, da parte di ogni commissario, di un punteggio da 0 a 6 nel confronto a coppie con ciascuno degli altri concorrenti.

Come ben evidenziato dal Consorzio controinteressato, il grado di preferenza accordato a ciascuna offerta avrebbe quindi potuto basarsi anche sulla misura del superamento del limite di legge da parte del concorrente o sul gradimento nei confronti del progetto di inserimento delle persone disabili eventualmente elaborato dall'operatore.

Ciò posto, non emergono elementi che possano indurre a ritenere irragionevole o arbitraria la valutazione operata dalla Commissione giudicatrice.

Come sopra detto, sia l'offerta del-OMISSIS-, sia quella di -OMISSIS- hanno riportato, da parte di tutti e cinque i commissari, una valutazione di:

- *"preferenza minima"* rispetto alle offerte degli altri tre operatori, i quali si sono limitati a dichiarare il rispetto della percentuale di persone disabili stabilita dalla legge;
- parità nel confronto diretto.

L'attribuzione del punteggio massimo di 5 per il criterio di valutazione n. 2 non è dipesa, quindi, da un particolare apprezzamento della Commissione nei confronti delle offerte del-OMISSIS- e di -OMISSIS-, bensì soltanto dalla circostanza che il punteggio ottenuto dai predetti concorrenti all'esito del confronto a coppie è risultato quello più alto.

Tale valutazione non appare manifestamente arbitraria o irragionevole, tenuto conto del fatto che:

- -OMISSIS- si è limitata a dichiarare nella propria relazione tecnica il superamento del minimo di legge, senza indicare la misura di tale superamento, né illustrare specificamente le modalità di inserimento e di impiego delle persone disabili;

- il-OMISSIS- ha dimostrato il superamento del minimo di legge da parte di entrambi i propri componenti, -OMISSIS- e –OMISSIS-, nei termini sopra illustrati, facendo riferimento alla specifica esperienza nell’inserimento lavorativo delle persone disabili della consorziata -OMISSIS-.

18.6. In senso contrario, non coglie nel segno l’affermazione secondo la quale l’attestazione circa l’impiego delle persone disabili avrebbe dovuto essere posseduta anche dal Consorzio e dall’esecutrice –OMISSIS-.

-OMISSIS- richiama, sul punto, le risposte della Stazione appaltante alle richieste di chiarimenti e, in particolare, il riscontro fornito nell’avviso di chiarimento n. 2, nel quale si afferma che “(...) *i quesiti formulati trovano risposta nel para 6.3 del disciplinare di gara*”, ove si prevede che “*Le certificazioni sopra elencate dovranno essere possedute, pena l’esclusione dalla gara: (...) dalle imprese indicate quali concorrenti in caso di consorzi di cui all’art. 65, comma 2, lett. b), c) e d) del D. Lgs. n. 36/2023. Tale requisito dovrà essere posseduto anche dalle imprese ausiliarie, nel caso le stesse siano chiamate, per la fase a cui compete la relativa esecuzione*”.

Al riguardo, deve osservarsi che:

- come correttamente evidenziato dall’Avvocatura dello Stato, l’aggiudicatario della gara è un -OMISSIS- composto da -OMISSIS- e da –OMISSIS-, e non il solo Consorzio in quanto tale;

- il chiarimento riportato nel ricorso per motivi aggiunti si riferisce a un quesito concernente il possesso di un requisito di capacità tecnica e professionale richiesto ai fini dell’ammissione alla gara, mentre l’attestazione circa il superamento del minimo di legge nell’assunzione di persone disabili è stata prevista non già quale requisito di partecipazione, bensì come criterio per l’attribuzione di un punteggio premiale nella valutazione dell’offerta tecnica.

Il richiamo operato dalla ricorrente risulta, pertanto, inconferente, dovendo rilevarsi che, quando si faccia questione non già di un requisito di partecipazione, bensì di un criterio per l’attribuzione di un punteggio premiale, occorre prendere in considerazione la disciplina dettata dalla *lex specialis* della procedura ai fini dell’attribuzione di tale punteggio.

Al riguardo, deve osservarsi che il disciplinare non risulta aver dettato previsioni specifiche al riguardo: non è stato, quindi, prescritto da alcuna disposizione il necessario possesso dell’attestazione da parte di tutte le imprese facenti parte di un -OMISSIS- e di tutte le consorziate esecutrici di un consorzio di cooperative. In coerenza con l’assenza di prescrizioni di tale tenore, l’Amministrazione si è limitata a precisare in sede di chiarimenti che, ai fini dell’attribuzione del punteggio premiale in relazione al criterio n. 2, l’attestazione relativa all’impiego di persone con disabilità in quota eccedente l’obbligo minimo di legge “(...) *dovrà essere valutata in base alla fase dell’appalto da svolgere (pulizie locali, manutenzione attrezzature, preparazione dei pasti, ecc.)*” (v. avvisi di chiarimento n. 5, n. 6 e n. 7).

Nel caso in esame, effettivamente la Commissione giudicatrice ha potuto constatare il superamento della predetta quota minima del 7 per cento da parte del -OMISSIS- composto da

-OMISSIS- e –OMISSIS-nel suo complesso. Come sopra detto, infatti:

- -OMISSIS- ha affermato che, in aggiunta al personale assunto nel limite di legge – di cui è incontestato il rispetto da parte dello stesso Consorzio e della consorziata –OMISSIS- - l'assunzione e l'inserimento di ulteriori persone disabili sarebbe stato svolto dalla cooperativa consorziata -OMISSIS-;

- -OMISSIS- ha comprovato l'impiego di persone disabili o appartenenti alle categorie protette nella misura dell'8,5 per cento.

Risulta, quindi, effettivamente dimostrato che il minimo di legge venga superato sia per la quota parte della commessa di pertinenza del Consorzio, sia per quella di –OMISSIS-.

18.7. Non può invece accedersi alla tesi, sostenuta da -OMISSIS-, secondo la quale l'unica effettiva esecutrice, per il Consorzio, sarebbe –OMISSIS-, mentre l'attività di assunzione e di inserimento lavorativo delle persone disabili non corrisponderebbe ad alcuna delle fasi dell'appalto individuate all'articolo 2 del capitolato tecnico.

Al contrario, deve osservarsi che nessuna previsione di legge, né della disciplina di gara ha richiesto il possesso dell'attestazione in esame da parte di tutte le consorziate esecutrici e che, coerentemente con l'assenza di prescrizioni di segno diverso sul punto, la Stazione appaltante si è limitata a evidenziare che, ai fini dell'attribuzione del punteggio, sarebbe stato *valutato* il superamento della percentuale minima di assunzione di persone disabili in relazione alle singole fasi della commessa.

In questa prospettiva, non è rinvenibile alcuna previsione che osti all'affidamento, nell'ambito del Consorzio, del reclutamento e dell'inserimento lavorativo di tale personale, aggiuntivo rispetto al limite di legge, a una specifica cooperativa, anch'essa indicata come esecutrice.

D'altro canto, non è rilevabile alcun profilo di illegittimità dei chiarimenti resi dalla Stazione appaltante, i quali, come detto, non si pongono in contrasto con alcuna previsione normativa e sono in linea con il tenore della *lex specialis* di gara.

18.8. Non può neppure trovare accoglimento l'ulteriore contestazione di -OMISSIS-, la quale lamenta una contraddittorietà nel *modus operandi* della Commissione giudicatrice, atteso che, per il criterio n. 1, concernente la valutazione della certificazione relativa al rispetto della parità di genere, il punteggio massimo di 5 sarebbe stato attribuito a fronte del possesso di tale certificazione da parte di tutte le imprese del -OMISSIS-.

La circostanza che, per il criterio n. 1, la certificazione sia stata prodotta, in concreto, da tutte le imprese del -OMISSIS- non dimostra affatto che ciò fosse necessario ai fini dell'attribuzione del punteggio massimo per il criterio n. 2.

Si tratta, infatti, di criteri che si riferiscono a fattispecie ontologicamente diverse e, inoltre, la circostanza che soltanto per il criterio n. 2 il Consorzio abbia fatto riferimento a una specifica consorziata al fine dell'inserimento delle persone disabili è dipeso da una scelta organizzativa

dell'operatore, nei termini sopra detti.

Deve, semmai, evidenziarsi che il punteggio massimo di 5 per il criterio n. 1 è stato ottenuto dal-OMISSIS- all'esito di un confronto a coppie, nell'ambito del quale tutti i concorrenti hanno dimostrato il possesso della certificazione e tutti i confronti a due sono stati giudicati pari dalla Commissione, con conseguente attribuzione del predetto punteggio massimo a tutti i partecipanti alla gara (come sottolineato nella memoria dell'Avvocatura dello Stato del 20 maggio 2024, p. 9).

18.9. Alla luce di quanto sin qui esposto, le doglianze articolate nell'unico motivo del ricorso per motivi aggiunti devono essere respinte.

19. In conclusione:

- l'impugnazione proposta con il ricorso introduttivo del giudizio deve essere accolta, nei sensi sopra esposti e, per l'effetto, deve essere disposto l'annullamento del provvedimento di ammissione del-OMISSIS- e della conseguente aggiudicazione della gara in favore del medesimo concorrente;
- la domanda di annullamento proposta con il ricorso per motivi aggiunti deve essere respinta.

In conseguenza dell'esito del giudizio, la Stazione appaltante dovrà, dunque, rinnovare l'istruttoria in relazione al possesso dei requisiti di onorabilità professionale in capo al -OMISSIS- aggiudicatario e pronunciarsi al riguardo con un provvedimento espresso.

Stante l'incertezza del risultato della riedizione del potere da parte dell'Amministrazione, vanno respinte sia la domanda di reintegrazione in forma specifica, sia quella di risarcimento del danno per equivalente, proposte con il ricorso introduttivo e reiterate con il ricorso per motivi aggiunti.

20. In considerazione dell'esito del giudizio, che vede la ricorrente vittoriosa solo quanto al ricorso introduttivo, nonché in ragione della complessità delle questioni affrontate, le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, vanno poste a carico dei soccombenti, in solido tra loro, nella misura della metà del relativo importo e compensate tra le parti per la rimanente metà.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- accoglie l'impugnazione proposta con il ricorso introduttivo del giudizio, nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, dispone l'annullamento del provvedimento di ammissione del-OMISSIS- e della conseguente aggiudicazione della gara in favore del medesimo concorrente;



- respinge la domanda di annullamento proposta con il ricorso per motivi aggiunti;
- respinge le domande di reintegrazione in forma specifica e di risarcimento del danno per equivalente.

Condanna il –OMISSIS- e -OMISSIS-, in solido tra loro, al pagamento delle spese del giudizio, nella misura della metà del relativo importo, che si liquida per l'intero in euro 10.000,00 (diecimila/00), oltre rimborso delle spese generali nella misura del 15 per cento, IVA e CPA. Compensa le spese tra le parti per la rimanente metà.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti e della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo a identificare le parti del giudizio e gli operatori economici menzionati.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Floriana Venera Di Mauro, Consigliere, Estensore

Claudio Vallorani, Consigliere

## Guida alla lettura

L'esegesi in rassegna del giudice amministrativo capitolino di *prime cure* riposa sulla valorizzazione dei principi di **risultato** e di **fiducia** introdotti nell'ordinamento giuridico domestico dal terzo codice dei contratti pubblici, con un'impostazione, che declina anche il limite d'intensità del **sindacato giurisdizionale di legittimità del portato motivazionale del provvedimento amministrativo**.

Prima d'intrattenersi, comunque, sul merito della vicenda processuale in illustrazione, si rileva l'opportunità di condividere con l'acuto lettore delle brevi riflessioni sul possibile significato da attribuire ai principi ed alle regole, in omaggio alla tecnica di stesura di un testo normativo da parte del legislatore nazionale del terzo millennio.

Il dilemma in esame, apparentemente spinoso, è quello delle troppe regole rispetto ai principi fondamentali, che assiologicamente vanno contemperati per consentire al giudicante di risolvere il caso concreto pena il suo disorientamento.

D'altra parte, la problematica in trattazione potrebbe essere risolta attraendo alla categoria dei principi il dato letterale indeterminato di una normativa di riferimento; ma, al contempo, con un carattere fondamentale, nella misura in cui la stessa normativa di riferimento obbliga l'interprete proprio al confronto assiologico, con altrettanti valori tutelati da ulteriori disposizioni legislative nazionali, euro-unitarie ed internazionali.

Sicché, il principio potrebbe essere identificato nella *ratio legis* e la regola con la condotta imposta dall'autorità (a cui è attribuita la potestà legislativa) o dalla prassi e potrebbe coincidere con la/e norma/e in sé considerata/e.

Ed invero, atteso che le regole (*rectius* l'insieme delle norme giuridiche) sono oramai tante, per sostenere una tesi e/o addivenire ad una decisione, anche giurisdizionale, occorre giustificare la prevalenza di una regola sull'altra proprio attraverso il ricorso ai principi, in ragione di un approccio rigido oppure flessibile.

Alla luce di tale premessa apparentemente eccentrica, allora, si osserva che nella materia dei contratti pubblici è indubbio che i **principi hanno assunto un peso rafforzato**.

Difatti, quelli di risultato, di fiducia e di accesso al mercato aprono le porte del terzo codice dei contratti pubblici (artt. 1, 2 e 3 del d.lgs. n. 36/2023) alla massima concorrenza e competitività nel mercato interno dell'Unione europea, in un contesto di *cross boarding competition* e *harmful legislation*, tutelando le norme fondamentali (speciali) di guisa che assurgono a criterio interpretativo ed applicativo (art. 4 sempre del d.lgs. n. 36/2023).

Ritornando, pertanto e per motivi di sinteticità, al merito della giurisprudenza in commento è di pregnante evidenza l'importanza dell'interpretazione giurisdizionale offerta dal giudice amministrativo di primo grado.

In particolare, ci si riferisce al capo della sentenza in cui il collegio giudicante assiologicamente contempera l'eventuale disvalore dei dati contenuti nella dichiarazione (DGUE) e quelli di fiducia e di affidabilità dell'operatore economico come presidio del principio di risultato.

Del resto, il punto nodale viene risolto proprio per il tramite del contemperamento delle regole con i principi che impongono (da una parte) l'estromissione del concorrente dalla gara, se si accede ad una esegesi rigida delle disposizioni di legge sulla legittimità della dichiarazione dell'operatore economico, in tema d'illecito professionale (art. 98 del d.lgs. 36/2023); e (dall'altra) l'interpretazione in ossequio all'ermeneutica del Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, maturata sulle dichiarazioni rese dai privati sul possesso dei requisiti di partecipazione e che ha avuto il pregio di distinguersi dalla rigidità quando ha perimetrato la diversa fattispecie della dichiarazione omessa, da quella reticente o completamente falsa; nonché l'eventuale condivisione dell'ulteriore approdo giurisdizionale della piena discrezionalità amministrativa della pubblica amministrazione di apprezzare il punto di rottura dell'affidamento nelle valutazioni di attendibilità e di rilevanza delle informazioni dichiarate dal privato e sulla sua capacità di essere affidabile, perché non è stato reciso il rapporto di fiducia con l'autorità pubblica.

Nel caso in commento, d'altronde, il giudice amministrativo ha condiviso e privilegiato proprio la surriferita impostazione nomofilattica del giudice amministrativo di ultima istanza dello Stato italiano ed ha respinto la doglianza del ricorrente, poiché ha ritenuto la soluzione della fattispecie delibata coerente con il principio del risultato. Cosicché, non è stato accertato, in sede giurisdizionale, nessuna sintomatica anomalia nella dichiarazione resa nelle modalità contestate e rispetto ai principi di buon andamento, legalità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa; e non per ultimo per le modalità formali dell'inesattezza materialmente non riscontata ed attinente al possesso di alcuni requisiti poi chiariti contestualmente nelle note del DGUE, con le ulteriori circostanze del caso.

Va da sé che il principio di risultato in tema di contratti pubblici, indipendentemente dalla sua attuale collocazione nell'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, potrebbe essere opinato come **valore già conosciuto dalla stessa materia contrattuale pubblicistica**, in omaggio ad un'altra autorevole giurisprudenza sempre del giudice amministrativo, che si è già interrogata sul principio di derivazione euro-unitario di proporzionalità (art. 5 TUE ed art. 1, co. 1, della legge n. 241/1990) come rafforzato da diritto amministrativo sostanziale nazionale pure nel caso di non annullabilità del provvedimento ex art. 21-*octies*, co. 2, della legge n. 241/1990.

Tuttavia, in disparte ogni ulteriore approfondimenti e riflessione su questo ultimo aspetto aperto di dibattito (*id est* il **principio del risultato è il principio di proporzionalità o una sua peculiare declinazione per la materia dei contratti pubblici?**), si stima, a margine della trattazione, imprescindibile soffermarsi altresì sul motivo di accoglimento del ricorso concernente i difetti di istruttoria e di motivazione accertati, stante la sua particolare importanza sulla tenuta della motivazione rispetto al sindacato giurisdizionale amministrativo.

A tale riguardo, è noto che è soggetta a motivi di possibile impugnazione innanzi alla Corte Suprema di cassazione, per vizi inerenti alla giurisdizione esterna da invasione/straripamento (art. 111, co. 8, Cost.), la sentenza del Consiglio di Stato che si pronuncia sul merito della scelta adottata in sede amministrativa salvo le particolari materie indicate dalla legge (art. 103, co. 1, Cost.).

Senonché, da questa premessa e nell'osservare che in tema di controllo dei requisiti posseduti dai concorrenti partecipanti ad una gara di appalto pubblico, l'attività amministrativa è retta da discrezionalità tecnica, non si può sottacere che dall'esegesi in commento emerge come la stessa omette, nel suo dato grafico testuale, un diretto riferimento all'opinabilità dell'attività amministrativa; ciononostante, si contrassegna per avere evidenziato l'illegittimità non del merito (opportunità), quando muove dal portato motivazionale che dagli atti di gara non era possibile comprendere quale fosse stato l'iter (si aggiunge logico ragionato e motivo) seguito dal seggio di gara nel non avere dato conto, in atti, delle peculiari circostanze, che lo avevano condotto a ritenere non idonee le criticità contenute nelle informazioni del DGUE da determinare l'esclusione del concorrente.

In conclusione, pertanto, il TAR Lazio Roma nel rilevare la non consumazione del potere amministrativo, come vincolo ostativo ad una sua diversa pronuncia rispetto a quella effettivamente adottata (art. 34, co. 2, c.p.a.), si è limitato ad accogliere il ricorso introduttivo del giudizio (e non i motivi aggiunti), per la sola domanda di cognizione di annullando di

ammissione e di aggiudicazione della gara in favore del concorrente aggiudicatario, con la condanna in solido delle parti parzialmente soccombenti; dando atto, però ed in motivazione, del discendente obbligo di conformazione dell'amministrazione appaltante al rinnovo dell'istruttoria, in ordine al possesso dei requisiti di onorabilità professionale dell'operatore economico aggiudicatario stesso da pronunciarsi con un provvedimento espresso.