

Principio della fiducia, valutazione delle cause di esclusione e divieto di sindacato sostitutivo

di Eleonora Liberali

Data di pubblicazione: 9-5-2025

Va precisato che il **compito del giudice** non è quello di stabilire se l'operatore economico abbia ragione o torto nel merito delle singole vicende (se così facesse questo Collegio si sostituirebbe ai giudici investiti delle singole controversie), ma è di **valutare se l'insieme del contegno tenuto dall'operatore economico sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale la cui valutazione**, ai fini dell'esclusione dalla gara, come si è detto, è **interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante** (Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10438).

Ne consegue che il **sindacato** che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere **mantenuto sul piano della 'non pretestuosità'** della valutazione degli elementi di fatto compiuta dall'amministrazione e **non** può in alcun modo pervenire ad evidenziare una **mera 'non condivisibilità' della valutazione stessa** (Cass. civ. SS.UU. 17 febbraio 2012, n. 2312).

Guida alla lettura

La sentenza n. **3537** del 24 aprile **2025** della Quinta sezione del Consiglio di Stato affronta il tema della **valutazione delle cause di esclusione** da parte della stazione appaltante e del **tipo di sindacato** che il **G.A.** può compiere su tale apprezzamento, **alla luce del principio della fiducia** positivizzato dal nuovo codice dei contratti pubblici.

La vicenda trae origine dal ricorso presentato dal RTI, secondo classificato, avverso l'aggiudicazione disposta in favore della vincitrice, con cui denunciava, dinanzi al TAR Veneto, il **difetto di istruttoria e di motivazione in ordine alla mancata esclusione dell'aggiudicataria per la causa ostativa di cui all'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016**. Con la sentenza n. 1265/2023, il TAR Veneto accoglieva il ricorso e imponeva alla stazione appaltante di effettuare una nuova istruttoria.

In sede di **riedizione del potere**, l'amministrazione, all'esito dell'istruttoria, aggiudicava nuovamente l'appalto in favore della medesima società, ritenendo – anche questa volta – insussistente la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, d.lgs., cit..

Il RTI proponeva, quindi, un secondo ricorso, impugnando il nuovo provvedimento. Il **TAR Veneto**, con la sentenza n. **1950/2024**, accoglieva anche tale ricorso e, per l'effetto, **annullava anche la "seconda"** aggiudicazione, reputando incompleta l'istruttoria svolta. Peraltro, il Collegio, ritenendo esaurito – in applicazione del principio del c.d. *one shot temperato* – il potere amministrativo di motivazione in ordine alla mancata esclusione,

disponeva direttamente l'esclusione della vincitrice dalla gara, con conseguente aggiudicazione in favore del RTI ricorrente.

La **società esclusa proponeva**, quindi, **appello** avverso tale pronuncia, chiedendone l'integrale riforma, per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016.

Con la sentenza in commento, il **Consiglio di Stato** ha ritenuto **fondate le censure mosse dalla appellante**.

Questo *l'iter* logico seguito.

Anzitutto, il Collegio chiarisce che la questione sottoposta a esame è **se l'amministrazione abbia correttamente operato in sede di riedizione del potere** di valutazione dell'integrità e affidabilità dell'operatore economico – ai sensi dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50, cit. –, secondo i criteri indicati dal TAR Veneto con la sentenza n. 1265 del 2023.

Sul punto, i Giudici rammentano che la **valutazione in ordine all'incidenza delle circostanze** indicate dalla citata disposizione ai fini della configurabilità di una causa di esclusione è rimessa **esclusivamente alla stazione appaltante**, che deve operare un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione oggetto di affidamento.

In particolare, quello riconosciuto all'amministrazione è un **potere espressione di ampia discrezionalità tecnica**, trattandosi dell'**interpretazione** del c.d. **concetto giuridico indeterminato** di "*grave illecito professionale*", che va rapportato al singolo, concreto, appalto di riferimento, e la cui ricorrenza deve essere appurata sulla base di un giudizio espresso in chiave "fiduciaria".

È proprio all'interno di questa attività valutativa che viene, quindi, in rilievo il **principio della fiducia**, recentemente codificato dall'**art. 2 d.lgs. n. 36/2023**, ma che il Consiglio di Stato ha ritenuto, in più occasioni (cfr. Cons. Stato n. 7571 del 2024), **immanente nel sistema** e, pertanto, applicabile anche a fattispecie disciplinate, *ratione temporis*, dal previgente d.lgs. n. 50/2016 (come nel caso di specie).

In estrema sintesi, la pubblica amministrazione deve potersi fidare del futuro contraente, tanto che l'art. 2 d.lgs. n. 36, cit. oggi accorda **piena autonomia decisionale ai funzionari pubblici**, con il **solo obbligo** di svolgimento di una **adeguata istruttoria** e di redazione di una **adeguata motivazione**.

Dalla declinazione, nei termini che precedono, dell'ambito operativo riservato alla stazione appaltante, discende **l'intensità e la tipologia di sindacato demandato al G.A. sull'operato dell'amministrazione** che eserciti il proprio potere discrezionale nella valutazione della integrità e dell'affidabilità del partecipante alla gara.

E invero, proprio perché l'interpretazione della nozione di "*grave illecito professionale*" è interamente rimessa alla P.A., il **sindacato** che il **giudice amministrativo** è chiamato a

compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere **mantenuto sul piano della “non pretestuosità” della valutazione degli elementi di fatto** compiuta dall'amministrazione, senza poter in alcun modo pervenire a evidenziare una (mera) “non condivisibilità” della valutazione stessa (cfr. Cass. civ. SS.UU. 17 febbraio 2012, n. 2312).

In applicazione di tale principio, nel caso di specie i Giudici di Palazzo Spada – diversamente da quanto sostenuto dal TAR – non hanno riscontrato **alcuna omissione o incompletezza nell'istruttoria** espletata dall'amministrazione, la quale ha altresì **dato adeguatamente conto della valutazione di tutti gli elementi di fatto esaminati**, e del perché questi non abbiano condotto all'esclusione dell'aggiudicataria, **all'interno della motivazione del provvedimento** di aggiudicazione, senza incorrere in vizi di illogicità o incongruenza o addirittura di ‘pretestuosità’ della relativa motivazione.

In ultima analisi, **dinanzi a una congrua motivazione esplicitata dalla P.A., il sindacato del G.A. deve arrestarsi, senza poter operare un sindacato di tipo sostitutivo** delle valutazioni affidate alla stazione appaltante e alla stessa riservate: *“il compito del giudice è solo quello di ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale la logicità e la coerenza dell'iter logico seguito, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato”* (par. 11 sent. in commento).

Nel caso in esame, i Giudici hanno invece riscontrato un caso di sostituzione del giudice di prime cure alle valutazioni (**correttamente effettuate, pur presentando fisiologici margini di opinabilità**) compiute dalla stazione appaltante.

Per tali ragioni, il Consiglio di Stato ha quindi accolto l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR Veneto, ha respinto il ricorso introduttivo proposto in primo grado dal RTI secondo classificato.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7489 del 2024, proposto da

-OMISSIS- s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9541084F94, rappresentata e difesa dall'avvocato Laura Fioravanti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS- s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI misto con le mandanti -OMISSIS- s.r.l. e -OMISSIS- s.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Nicola Creuso, Stefania Lago e Paolo Sansone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale OO.PP. Veneto-Trentino-Friuli, non costituito in giudizio;

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Agenzia delle Entrate, Agenzia del Demanio, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

-OMISSIS- s.r.l., -OMISSIS- s.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Nicola Creuso, Stefania Lago e Paolo Sansone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda) n. 1950/2024, resa tra le parti;

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato dalla -OMISSIS- s.r.l.:

per la riforma della sentenza non definitiva del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda) n. 561/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti l'appello incidentale della -OMISSIS- s.r.l. in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTI misto con le mandanti -OMISSIS- s.r.l. e -OMISSIS- s.r.l., e gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, dell'Agenzia delle Entrate, dell'Agenzia del Demanio, e della -OMISSIS- s.r.l. e della -OMISSIS- s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Viste le memorie delle parti;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2025 il Consigliere Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati Paolo Sansone e Laura Fioravanti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società -OMISSIS- s.p.a. partecipava alla gara per l'affidamento dei lavori di adeguamento e di ristrutturazione della ex caserma Riva di Villasanta con demolizione e nuova costruzione di alcuni edifici in via Da Vico, angolo via Torretta, nel Comune di Verona (con importo a base di gara di euro 22. 086.307,41, di cui euro 418.999,99 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d'asta).

2. All'esito delle operazioni di gara, risultava aggiudicataria la società -OMISSIS- s.p.a. con il punteggio di 99.463 punti su 100, seguita dal costituendo RTI misto con mandataria -OMISSIS- s.r.l. e mandanti -OMISSIS- s.r.l. e -OMISSIS- s.r.l. (in seguito anche solo RTI -OMISSIS-), con il punteggio di 56,37 punti.

Con ricorso R.G. 772/2023, presentato dinanzi al T.AR. per il Veneto, il RTI -OMISSIS- impugnava il suddetto decreto di aggiudicazione e gli atti di gara ritenendoli affetti da vizi di eccesso di potere, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, violazione e falsa applicazione dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016; in particolare, la ricorrente lamentava un difetto di istruttoria e di motivazione in ordine alla causa ostativa di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016, poiché a carico dei soggetti che avevano assunto cariche societarie in seno all'aggiudicataria risultavano pendenti alcuni processi e/o procedimenti penali per reati contro la p.a. e la fede pubblica (art. 353 c.p.: art. 479 c.p.) e contro la persona (lesioni colpose cagionate con violazione degli obblighi in materia di sicurezza sul lavoro), rispetto ai quali la stazione appaltante non aveva svolto alcun approfondimento istruttorio ai fini della verifica dell'integrità o affidabilità del contraente.

Con sentenza n. 1265 del 2023, il T.A.R. per il Veneto annullava 'per difetto di istruttoria' l'aggiudicazione della gara di appalto, osservando che: "Dalla documentazione dimessa dalla controinteressata, su specifica richiesta del Collegio, emerge che, in data 20.4.2021, l'Ing. -OMISSIS- -OMISSIS-, Legale rappresentante e Direttore Tecnico della -OMISSIS- s.p.a., a far data dal 01/10/2022, è stato rinviato a giudizio dal GIP presso il Tribunale di L'Aquila per i reati di cui agli artt. 110, 353 e 479 c.p. poiché, agendo in concorso con il legale rappresentante di altra società aggregata in ATI e con due funzionari pubblici, componenti della commissione di gara indetta dal MIBCT per l'aggiudicazione dei lavori delle Mure Civiche di L'Aquila, avrebbe turbato la regolarità della gara, inserendo nell'offerta dell'ATI il dato relativo alla percentuale di ribasso (30,125), successivamente alla consegna della busta contenente l'offerta economica da parte della medesima offerente e prima dell'aggiudicazione provvisoria, risultata in favore dell'ATI. Orbene, dall'esame degli atti di causa, non risulta che la stazione appaltante – dopo aver appreso, dalle dichiarazioni rese dai concorrenti in sede di gara, della pendenza dei suddetti processi/procedimenti penali a carico dei vertici dell'aggiudicataria – abbia mai preso effettiva contezza dei fatti materiali storici che hanno condotto il GIP a disporre il rinvio a giudizio dell'Ing. -OMISSIS- -OMISSIS- per i reati di

cui agli artt. 110, 353 e 479 c.p. Il decreto che dispone il giudizio non risulta acquisito agli atti del procedimento di gara né è stato prodotto in giudizio dalla P.A., che si è limitata a svolgere difese in diritto senza alcun accenno ai fatti materiali storici che hanno portato alla formulazione dell'imputazione: circostanze queste che inducono il Tribunale a ritenere che la stazione appaltante abbia ammesso in gara la controinteressata senza neanche aver preso materiale cognizione dei fatti storici oggetto dell'imputazione elevata a carico dell'Ing. E.P. La stazione appaltante avrebbe dovuto acquisire gli atti di formulazione dell'imputazione, verificare gli sviluppi del processo penale ed accertare i fatti concreti che vi avevano dato origine, al fine di verificarne la loro eventuale rilevanza nell'ambito delle valutazioni sull'integrità e affidabilità del concorrente. Sono mancati, dunque, prima ancora che una specifica motivazione sulle ragioni dell'irrelevanza delle imputazioni formulate a carico dei vertici dell'aggiudicataria, quegli approfondimenti istruttori che l'ordinaria diligenza – a fronte di reati ipotizzati con riferimento all'affidamento di appalti pubblici – imporrebbe a qualsiasi committente prima di affidare l'esecuzione dei lavori”.

Il T.A.R per il Veneto, in accoglimento del ricorso, annullava l'aggiudicazione e imponeva alla stazione appaltante di svolgere una ulteriore istruttoria, motivando l'ammissione al confronto concorrenziale della società -OMISSIS- s.p.a. alla luce dei precedenti dichiarati in gara dalla medesima, ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016.

Dopo la sentenza del T.A.R., passata in giudicato, in sede di riedizione del potere, la stazione appaltante aggiudicava nuovamente l'appalto alla società -OMISSIS- s.p.a., ritenendo di non doverla escludere dalla gara, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 50 del 2016, tenuto conto che la Commissione, coadiuvata dal RUP, aveva espresso la seguente motivazione: “prende atto che dalla documentazione processuale trasmessa risulta che lo stesso (l'ing. -OMISSIS- -OMISSIS-) non è stato mai destinatario di provvedimenti cautelari, non è mai stato oggetto di intercettazioni telefoniche e non sono state mai richieste intercettazioni, telefoniche e/o ambientali, né sono mai state richieste attività di monitoraggio dei suoi spostamenti (quali richieste di geolocalizzazione et similia). Inoltre, il decreto di citazione a giudizio ed ogni ulteriore atto processuale non contiene alcuna descrizione di quale sarebbe stata la condotta dell'ing. -OMISSIS- -OMISSIS-, né alcuna specifica e circostanziata contestazione e che il nominativo in questione figura unicamente nella rubrica della contestazione”.

Il RTI -OMISSIS- proponeva un secondo ricorso, impugnando il nuovo provvedimento di aggiudicazione, e domandando altresì l'ottemperanza alla precedente sentenza n. 1265 del 2023, deducendo la nullità, la violazione o elusione del giudicato.

Nelle more del giudizio, la stazione appaltante, in data 4.1.2024, revocava il precedente RUP e nominava un nuovo RUP in persona dell'ing. Baldrocco, il quale effettuava una relazione integrativa sui fatti di causa, all'esito della quale il Provveditorato, in data 7.1.2024, assumeva un provvedimento di convalida degli atti impugnati, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 21 nonies, comma 2, della legge n. 241 del 1990.

Avverso detto provvedimento di convalida insorgeva l'odierna ricorrente, con motivi aggiunti (anch'essi contenenti il cumulo dell'azione di ottemperanza e dell'azione di annullamento), deducendone la nullità, per violazione o elusione del giudicato, e in subordine l'annullabilità

per violazione di legge ed eccesso di potere.

Con sentenza non definitiva n. 561 del 2024, il T.A.R. per il Veneto respingeva l'azione di ottemperanza, ritenendo che l'Amministrazione avesse riesercitato il potere muovendosi nei residui spazi bianchi lasciati dalla sentenza di annullamento, e disponeva il mutamento del rito – ai sensi dell'art. 32, comma 2, c.p.a. – per l'esame dell'azione di annullamento dei provvedimenti impugnati, proposta dal RTI -OMISSIS- con ricorso principale e motivi aggiunti. In particolare, il Collegio di prima istanza evidenziava che l'Amministrazione a mezzo di una nuova motivazione aveva mirato ad esplicitare le ragioni per le quali “gli elementi probatori acquisiti nei processi/procedimenti penali pendenti a carico dell'Ing. -OMISSIS- -OMISSIS- e dell'ing. V. -OMISSIS- non forniscono allo stato, elementi tali da condurre all'esclusione della controinteressata”.

3. Il Tribunale amministrativo per il Veneto, con la sentenza n. 1950 del 2024, in sede di deliberazione della domanda di annullamento della ‘seconda aggiudicazione’, definitivamente pronunciando sul ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, lo accoglieva.

Il Collegio riteneva inadeguata, parziale e incompleta l'istruttoria svolta dal Provveditorato a supporto del nuovo provvedimento di aggiudicazione, avendo la stazione appaltante focalizzato “l'attenzione su circostanze secondarie o di contorno”.

Il Collegio rilevava che l'ing. -OMISSIS- -OMISSIS-, legale rappresentante e Direttore Tecnico della -OMISSIS- s.p.a., era stato rinviato a giudizio dal GIP presso il Tribunale di L'Aquila per i reati di cui agli artt. 110, 353 e 479 c.p., poiché, agendo in concorso con il legale rappresentante di altra società aggregata in ATI e con due funzionari pubblici, componenti della commissione di gara indetta dal MIBACT per l'aggiudicazione dei lavori delle Mura Civiche di L'Aquila, aveva turbato la regolarità della gara, inserendo nell'offerta dell'ATI il dato relativo alla percentuale di ribasso (30,125), successivamente alla consegna della busta contenente l'offerta economica da parte della medesima offerente e prima dell'aggiudicazione provvisoria, disposta in favore dell'ATI.

Il Collegio riteneva esauriti, in applicazione del principio del c.d. ‘on shot temperato’, gli ‘shot’ a disposizione dell'Amministrazione per motivare la mancata esclusione dell'aggiudicatario, pertanto disponeva l'esclusione della società -OMISSIS- s.p.a. e la riaggiudicazione della gara al RTI -OMISSIS-.

4. Con ricorso in appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, la società -OMISSIS- s.p.a. ha impugnato la suddetta pronuncia, chiedendone l'integrale riforma, sollevando le seguenti censure: “I. Error in giudicando – Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 97 cost. – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016”.

5. Il RTI -OMISSIS- si è costituito in resistenza, spiegando appello incidentale avverso la sentenza non definitiva n. 561 del 2024, con la quale il T.A.R. per il Veneto ha respinto l'azione di ottemperanza al giudicato di cui alla sentenza T.A.R. n. 1265 del 2023, dallo stesso proposta.

L'appellante incidentale ha articolato doglianze: "Sull'erroneità della sentenza appellata, laddove ha individuato i vincoli derivanti dalla sentenza di annullamento del T.A.R. Veneto n. 1265 del 2023. Sulla violazione e/o elusione dei reali vincoli derivanti dalla medesima sentenza e sulla conseguente nullità della nuova aggiudicazione a -OMISSIS- e del successivo atto di convalida".

In particolare, l'appellante ha denunciato che il Collegio di prima istanza non avrebbe adeguatamente individuato i vincoli derivanti dalla sentenza di annullamento del T.A.R. Veneto n. 1265 del 2023, tra i quali vi sarebbe quello di appurare i fatti emergenti dai procedimenti penali anche nell'ambito della motivazione del provvedimento, non essendo affatto completa la documentazione trasmessa dall'ing. -OMISSIS- al Provveditorato. In questo modo, la stazione appaltante si sarebbe disinteressata dei fatti, recependo del tutto acriticamente la tesi difensiva dallo stesso sostenuta.

Anche il provvedimento del 7.1.2024, in uno con la sottesa relazione del 6.1.2024, confliggerebbero con il giudicato, in quanto in grave contrasto con gli elementi di fatto desumibili dalla stessa documentazione ostesa dalla società -OMISSIS- s.p.a., con la conclusione che la riaggiudicazione della gara del 2023 e il provvedimento di convalida del gennaio 2024 sarebbero elusivi del giudicato.

Il RTI -OMISSIS- ha, pertanto, chiesto la riforma "della sentenza non definitiva del T.A.R. Veneto n. 561 del 2024, accogliendo l'azione di ottemperanza proposta da -OMISSIS- in primo grado, con conseguente dichiarazione di nullità degli atti impugnati dal RTI -OMISSIS- col ricorso al TAR Veneto n. 1423/2023 reg. ric. e i relativi motivi aggiunti, in quanto assunti in violazione e/o elusione degli obblighi derivanti dal giudicato di cui alla sentenza del TAR Veneto n. 1265/2023".

Il RTI -OMISSIS-, con memoria, ha riproposto nel presente giudizio, ai sensi dell'art. 101 c.p.a., i motivi declinati con il ricorso introduttivo dichiarati assorbiti dal Tribunale di prima istanza, assumendo il difetto di istruttoria e di motivazione dei provvedimenti impugnati in relazione ai quattro procedimenti penali a carico dell'ing. -OMISSIS- -OMISSIS- per violazione di norme sulla sicurezza del lavoro. La stazione appaltante avrebbe ignorato gli specifici addebiti che hanno condotto all'avvio dei processi penali per dare credito alle tesi difensive della parte. Pertanto, ad avviso del RTI -OMISSIS-, anche in relazione alle violazioni in tema di sicurezza sul lavoro, la decisione del Provveditorato sarebbe palesemente elusiva del giudicato.

L'esponente ripropone, inoltre, nel presente giudizio la denuncia di difetto di istruttoria e di motivazione sotto il profilo dello sviamento di potere, tenuto conto che la valutazione operata dal Ministero sarebbe, a suo dire, assolutamente superficiale, inadeguata, carente, errata e parziale. Spiega, altresì, le critiche già introdotte nel giudizio di primo grado con il ricorso per motivi aggiunti, con le quali ha contestato la violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7, 9 e 10 della legge n. 241 del 1990, per violazione dei diritti procedurali, che gli sarebbero spettati in sede di ottemperanza alla sentenza n. 1265 del 2023.

Infine il RTI -OMISSIS-, sempre ai sensi dell'art. 101 c.p.a., evidenzia l'illegittimità dell'atto di

convalida, per il contrasto con il giudicato formatosi sulla sentenza n. 1265 del 2023, assumendo la violazione dell'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990, in quanto potrebbe essere oggetto di convalida solo l'atto annullabile ma non l'atto nullo.

6. Si sono costituiti in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, l'Agenzia delle Entrate e l'Agenzia del Demanio, chiedendo di essere sentiti in camera di consiglio ai sensi dell'art. 55, comma 7, d.lgs. n. 104 del 2010.

7. Con ordinanza n. 4010 del 2024, questo Consiglio di Stato ha respinto la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza presentata in via incidentale dall'appellante principale.

8. All'udienza del 30 gennaio 2025, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

9. L'esame del merito va preceduto dalla delibazione delle eccezioni di inammissibilità spiegate dalle parti, con esclusivo riferimento a quelle pregiudiziali di rito.

Invero, il Collegio ritiene di soprassedere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità della produzione documentale per il tardivo deposito della sentenza di assoluzione dell'ing. -OMISSIS- dai reati ascrittigli per intervenuta prescrizione, essendo tale pronuncia, per le ragioni di seguito illustrate, ininfluyente ai fini della decisione.

Parimenti, stante l'infondatezza dell'appello incidentale nel merito, si ometterà l'esame delle questioni inerenti all'inammissibilità della predetta impugnazione per tardività.

Va, invece, esaminata l'eccezione di improcedibilità/inammissibilità dell'impugnazione allegata dal RTI -OMISSIS- per il mancato deposito nei termini della sentenza impugnata da parte dell'appellante principale.

L'appellante incidentale ha dedotto, infatti, che la sentenza di primo grado è stata depositata dalla società -OMISSIS- s.p.a., in data 24 ottobre 2024, tardivamente rispetto al termine di quindici giorni di cui al combinato disposto degli artt. 94 e 119 comma 2, c.p.a.

9.1. L'eccezione è infondata.

Il Collegio osserva che la questione dell'omesso deposito della sentenza impugnata nel termine fissato dall'art. 94 c.p.a. è stata recentemente risolta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza del 27 marzo 2025, n. 5, la quale ha statuito che il mancato deposito della sentenza impugnata, nel termine fissato dall'art. 94 c.p.a., non produce la conseguenza dell'inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione.

Con la pronuncia, è stato precisato che va anche escluso che la parte ricorrente sia onerata, a pena di improcedibilità, ad espletare l'incombente in un momento successivo allo spirare del termine legale e che, comunque, il mancato deposito della sentenza di primo grado costituisca

una causa impeditiva della spedizione della causa in decisione.

Il giudice può leggere la sentenza impugnata, che non sia stata depositata, senza necessità di compiere atti processuali formali, sicché non vi è alcunché da sanare e non va differita la decisione della causa. In conclusione, in risposta al quesito posto dalla Sezione remittente, l'Adunanza Plenaria ha formulato il seguente principio di diritto:

“L'art. 94, comma 1, del codice del processo amministrativo non dispone l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'impugnazione, nel caso di mancato deposito della sentenza impugnata” (Negli stessi termini si segnala la contestuale sentenza n. 4 del 27 marzo 2025).

10. Passando all'esame delle critiche illustrate con l'appello principale, la società -OMISSIS- s.p.a., con un unico articolato mezzo, censura la sentenza impugnata nella parte in cui il T.A.R. afferma: “all'esito del riesercizio del potere, la P.A. ha svolto l'istruttoria, ma lo ha fatto in modo parziale e incompleto, accontentandosi per così dire della versione dei fatti prospettata dall'imputato e della documentazione dallo stesso offerta, obliterando la valutazione degli elementi favorevoli all'accusa (es. consulenza grafica, intercettazioni di Piccinini Lionello), senza richiedere alcun chiarimento e approfondimento alla Procura della Repubblica e senza svolgere alcun autonomo accertamento in ordine alle concrete dinamiche dell'accaduto e alla condotta tenuta dal -OMISSIS-”. L'appellante contesta altresì la statuizione secondo cui “i provvedimenti impugnati – nuova aggiudicazione al -OMISSIS- e relativa convalida – focalizzano, infatti, l'attenzione su circostanze secondarie o ‘di contorno’ relative alla vicenda scrutinata ...senza cercare di capire ‘come sono andate le cose’ e senza valutare ‘in concreto’ i fatti materiali storici posti a base dell'imputazione”. In particolare, denuncia l'erroneità dell'affermazione “mentre prima l'istruttoria era sostanzialmente mancata, ora è stata svolta, ma in modo incompleto e inadeguato. Ciò che è mancata, è stata l'acquisizione e la presa in considerazione dei fatti storici oggetto dell'imputazione (“come sono andate le cose”, “quale condotta è stata contestata al -OMISSIS-”) che la stazione appaltante si è di fatto rifiutata di comprendere nella loro materialità, trincerandosi dietro presunte carenze dell'imputazione e motivando la mancata esclusione dell'aggiudicataria sulla base di considerazioni di contorno”.

L'appellante lamenta che, diversamente da quanto sostenuto dal T.A.R., all'ing. -OMISSIS- non è stata ascritta alcuna specifica condotta materiale nel decreto che dispone il giudizio, non sussistendo pertanto alcun mezzo di prova adeguato, secondo i criteri indicati dalle Linee Guida ANAC n. 6 del 2016, perché possa essere disposta una sanzione escludente. Ciò in quanto, nei confronti dell'Ing. -OMISSIS- non sarebbero state disposte misure cautelari, né intercettazioni telefoniche, né provvedimenti di perquisizione, a differenza degli altri imputati.

Pertanto, ad avviso della società ricorrente, sarebbe erronea la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto imparziale e incompleta la valutazione eseguita dal Provveditorato che, al contrario, ha tenuto in debito conto tutti gli elementi emergenti dall'indagine penale, e quindi la radicale assenza di indici precisi e concordanti per ritenere la responsabilità dell'ing. -OMISSIS- -OMISSIS-.

L'appellante sostiene, altresì, l'erronea valutazione operata dal Collegio di prima istanza degli

elementi emersi nel corso dell'indagine penale, a tale fine descrivendo la procedura di gara, e illustrando le ragioni per le quali non si potrebbe considerare sussistente la contestata turbativa d'asta. Il T.A.R. non avrebbe considerato che agli atti del procedimento penale non vi sarebbe alcuna evidenza della avvenuta manomissione delle buste presentate dagli altri operatori economici partecipanti alla gara, ma solo una consulenza grafica che non avrebbe esaminato le grafie delle offerte economiche inserite dalle ditte partecipanti alla gara, ma le grafie delle offerte presentate in altre gare.

La società -OMISSIS- s.p.a. deduce che non corrisponderebbe al vero che il Provveditorato non si sia fatto 'carico di accertare e prima ancora di comprendere nella sua concreta materialità e che avrebbe dovuto, senz'altro, approfondire prima di affidare la commessa pubblica per cui è causa', dal momento che il decreto di convalida conterrebbe su tali temi una diffusa e circostanziata motivazione dalla quale si evincerebbe come la stazione appaltante abbia passato al vaglio ogni singolo elemento utile per uno scrutinio esaustivo e adeguato della vicenda.

I precedenti penali, come correttamente valutato dall'amministrazione, non avrebbero rilevanza sulla affidabilità professionale della ricorrente, perché non contengono statuizioni definitive di accertamento di responsabilità penale in quanto opposte o estinte (i due decreti penali di condanna), senza adozione di misure cautelari (due rinvii a giudizio), oltre al fatto che sarebbero superati dalla stabile presenza della ricorrente nel mercato dei lavori pubblici con decine di commesse in corso di esecuzione.

10.1. Le critiche sono fondate.

Il Collegio premette che, per ragioni di chiarezza espositiva, le denunce del ricorso principale e del ricorso incidentale, nonché dei motivi riproposti ex art. 101 c.p.a. dal RTI -OMISSIS- nel presente giudizio, come nella parte in fatto sintetizzati, verranno esaminati congiuntamente, essendo attinenti a profili connessi; inoltre, precisa che le critiche non espressamente esaminate si devono intendere assorbite, trattandosi all'evidenza di denunce contrastanti con l'esito interpretativo della decisione e, in definitiva, implicitamente respinte, atteso che l'eventuale esame delle stesse non determinerebbe una soluzione di segno contrario essendo fondate su presupposti logici antitetici (cd. assorbimento improprio).

10.2. Ciò premesso, come noto, la sentenza di annullamento del giudice amministrativo, oltre al c.d. effetto caducatorio o demolitorio, consistente nella eliminazione dell'atto impugnato, produce anche un effetto conformativo in ordine alle regole alle quali la pubblica amministrazione si dovrà attenere nell'attività futura e, dunque, istituisce un vincolo sostanziale per i successivi ed eventuali segmenti di azione amministrativa (Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2021, n. 6875).

Con sentenza n. 1265 del 2023, il T.A.R. per il Veneto ha annullato 'per difetto di istruttoria' l'aggiudicazione della gara, rilevando che 'la stazione appaltante avrebbe dovuto acquisire gli atti di formulazione dell'imputazione, verificare gli sviluppi del processo penale ed accertare i fatti concreti che vi avevano dato origine, al fine di verificarne la loro eventuale rilevanza nell'ambito delle valutazioni sull'integrità e affidabilità del concorrente'. Il Collegio ha

precisato: 'Dunque, una volta venuta a conoscenza delle pregresse vicende professionali, la stazione appaltante è tenuta a valutare se essa porti a dubitare dell'integrità dell'operatore economico e della sua affidabilità quanto all'esecuzione del contratto di appalto'. E ha concluso, stabilendo l'onere: 'per la stazione appaltante di eseguire gli approfondimenti istruttori indicati in parte motiva, rideterminandosi in merito al possesso dei requisiti di ordine generale della controinteressata, con specifico riguardo alla sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 80, comma 5, lett. c)'.

La questione all'esame del Collegio è se la stazione appaltante abbia correttamente operato in sede di riedizione del potere di valutazione dell'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, secondo i criteri indicati dal T.A.R. per il Veneto con la sentenza n. 1265 del 2023.

Con la suddetta pronuncia, il Tribunale ha in sintesi disposto che l'Amministrazione avrebbe dovuto: a) esaminare gli atti di formulazione dell'imputazione; b) verificare gli sviluppi del processo penale; c) accertare i fatti concreti che hanno dato origine ai procedimenti penali.

Tutto al fine di valutare la loro eventuale rilevanza nell'ambito dello scrutinio dell'integrità dell'operatore economico.

10.3. L'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 disciplina le fattispecie del grave illecito professionale, sulle quali l'ANAC, come noto, ha adottato le Linee Guida n. 6, secondo cui: 'L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato'.

La rilevanza delle situazioni accertate, ai fini dell'esclusione, deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità, assicurando che: 1. Le determinazioni adottate dalla stazione appaltante perseguano l'obiettivo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità; 2. L'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare; 3. L'esclusione sia disposta all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata.

La valutazione in ordine all'incidenza delle circostanze indicate dalla suddetta disposizione ai fini della configurabilità di una causa di esclusione, è rimessa alla stazione appaltante affinché operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione oggetto di affidamento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2020, n. 5732; C.G.A.R.S. 19 luglio 2021, n. 720).

Invero, diversamente da quanto sostiene RTI -OMISSIS- (in sede di riproposizione delle denunce introdotte nel giudizio di primo grado ex art. 101 c.p.a.), il suddetto sub – procedimento prescritto dall'art. 57, par. 6 della direttiva 2014/24 ai fini della valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico, ha profili di specialità tali da non richiedere la formale attivazione delle garanzie procedurali della legge n. 241 del 1990 (Cons. Stato, sez. V, n. 489 del 2021), neppure a favore del terzo controinteressato. Né si può predicare

che, in sede di ottemperanza al giudicato, nell'ambito dell'attività 'discrezionale' di rivalutazione del giudizio di affidabilità ed integrità dell'operatore economico da parte dell'amministrazione, avrebbe dovuto essere coinvolto il RTI -OMISSIS-, non essendo evidente (in quanto non adeguatamente allegato) quale sarebbe stato l'apporto partecipativo del terzo controinteressato in una funzione di esecuzione della decisione di giustizia, atteso che il giudizio di ottemperanza è limitato alla stretta esecuzione del giudicato ed esula dal suo ambito la cognizione di qualsiasi altra istanza del privato, comunque correlata al giudicato stesso.

Inoltre, va rammentato che la giurisprudenza di settore ritiene che l'amministrazione 'nell'apprezzare tale fatto è chiamata a svolgere un sillogismo giuridico complesso che si articola su due livelli, dalla cui integrazione discende la complessiva verifica del grave illecito professionale a effetto escludente: da un lato occorre che il comportamento pregresso assuma la qualificazione oggettiva di comportamento in grado d'incrinare l'affidabilità e integrità dell'operatore nei rapporti con l'amministrazione; dall'altro, il fatto così qualificato va messo in relazione con il contratto oggetto dell'affidamento, così da poter declinare in termini relativi e concreti la nozione di affidabilità e assenza d'integrità, ai fini della specifica procedura di gara interessata' (Cons. Stato, n. 489 del 2022 cit.).

La valutazione di affidabilità dell'operatore economico deve essere necessariamente apprezzata al lume della specifica procedura, dell'oggetto, delle condizioni e del luogo di esecuzione della commessa, pertanto è possibile che un medesimo episodio venga diversamente valutato a seconda del contesto di riferimento.

E' stato altresì chiarito che 'l'apprezzamento della ricorrenza del grave illecito professionale è connotato da un importante contenuto fiduciario, da intendersi nel senso che assume particolare rilevanza la condotta dell'operatore rispetto allo specifico contratto stipulando e alla posizione della singola stazione appaltante: l'amministrazione, nell'esercizio dell'ampio potere tecnico – discrezionale attribuitole dal Codice degli appalti pubblici, può utilizzare ogni tipo di elemento idoneo e mezzi adeguati a desumere l'affidabilità e l'integrità del concorrente, potendo evincere il compimento di gravi illeciti professionali da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata, dell'attività professionale dell'operatore economico di cui sia stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa (...), secondo un giudizio espresso non in chiave sanzionatoria, ma piuttosto fiduciaria' (Cons. Stato, n. 2801 del 2023; id. n. 10448 del 2023), potendo ben accadere che 'due stazioni appaltanti, chiamate a valutare le medesime pregresse vicende professionali di uno stesso operatore economico, diano giudizi opposti, l'una dicendo affidabile quel che l'altra ritenga non affidabile, senza che si possa sol per questo dire l'uno o l'altro provvedimento viziato da eccesso di potere' (Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 2022, n. 5569).

In definitiva, l'inaffidabilità escludente va rapportata al singolo, concreto, appalto di riferimento, e soprattutto deve essere condotta secondo un giudizio espresso in chiave 'fiduciaria'.

All'interno di questa attività valutativa viene, quindi, in rilievo il principio della 'fiducia' recentemente codificato dal d.lgs. n. 36 del 2023, ma immanente nel sistema (cfr. Cons. Stato n. 7571 del 2024, quindi applicabile anche alla fattispecie in esame disciplinata dal d.lgs. n. 50

del 2016), il quale è strettamente connesso al concetto di affidabilità dell'operatore economico.

La pubblica amministrazione deve potersi fidare del futuro contraente, tanto che l'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023 oggi accorda piena autonomia decisionale ai funzionari pubblici, con il solo obbligo di svolgimento di una adeguata istruttoria e di redazione di una adeguata motivazione.

Una volta decretata la qualificazione negativa dell'operatore sulla base della condotta pregressa, la stazione appaltante deve verificare se tale giudizio negativo sia predicabile, a livello prognostico, anche in merito alla procedura di gara in questione.

La discrezionalità in ordine al giudizio di integrità dell'operatore economico è quindi ampia, essendo evidente che rinvia il proprio limite, nonché il parametro di giudizio della legittimità del relativo esercizio, nella previsione che la stazione appaltante dimostri la sussistenza del grave illecito professionale, idoneo a compromettere il rapporto fiduciario con l'operatore economico, avvalendosi di mezzi adeguati (Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2022, n. 4362).

10.4. Così declinato l'ambito operativo della stazione appaltante, va determinato il ruolo del giudice investito del sindacato sull'operato dell'amministrazione che eserciti il proprio potere discrezionale nella valutazione della integrità e dell'affidabilità del partecipante alla gara.

Il ruolo del giudice, nella specie, assume caratteri peculiari, in ragione dei criteri introdotti dal giudicato di cui alla sentenza del T.A.R. Veneto n. 1265 del 2023.

Orbene, a tale riguardo, va precisato che il compito del giudice non è quello di stabilire se l'operatore economico abbia ragione o torto nel merito delle singole vicende (se così facesse questo Collegio si sostituirebbe ai giudici investiti delle singole controversie), ma è di valutare se l'insieme del contegno tenuto dall'operatore economico sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale la cui valutazione, ai fini dell'esclusione dalla gara, come si è detto, è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante (Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10438).

Ne consegue che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della 'non pretestuosità' della valutazione degli elementi di fatto compiuta dall'amministrazione e non può in alcun modo pervenire ad evidenziare una mera 'non condivisibilità' della valutazione stessa (Cass. civ. SS.UU. 17 febbraio 2012, n. 2312).

10.5. Nel caso in esame, diversamente da quanto sostenuto dal T.A.R., la stazione appaltante ha dato ampiamente conto, sia della evoluzione della complessa vicenda, sia del motivo per il quale non è stata ritenuta alcuna valida ragione per ritenere inaffidabile l'operatore economico, facendo buon governo dei principi e criteri declinati nella sentenza ottemperanda.

Nessuna omessa valutazione può essere riscontrata, avendo l'amministrazione esaminato le circostanze di fatto rilevate nel decreto che dispone il giudizio e negli atti processuali, con la

conseguenza che la riedizione del potere si è conformata ai principi enunciati dal T.A.R. con la sentenza n. 1265 del 2023, senza incorrere in vizi di illogicità o incongruenza o addirittura di 'pretestuosità' della relativa motivazione.

Infatti, il provvedimento di riedizione del potere, in ottemperanza ai criteri indicati dal giudice del merito con la sentenza n. 1265 del 2023, risulta assistito da un'ampia e analitica illustrazione delle circostanze di fatto, con il quale la stazione appaltante ha dato conto del proprio giudizio discrezionale circa l'incidenza in concreto delle pregresse vicende giudiziarie sulla affidabilità professionale della società -OMISSIS- s.p.a., in relazione allo specifico appalto.

Le denunce di omessa valutazione di documentazione relativa ai procedimenti penali in corso e le dissertazioni difensive del RTI -OMISSIS- su elementi di prova che attesterebbero la responsabilità penale del Ing. -OMISSIS- tendono a spostare l'oggetto dell'analisi di questo Giudice su ambiti che attengono alle competenze proprie della giurisdizione penale, quindi fuori dai profili di valutazione propri della giurisdizione amministrativa, come sopra ampiamente precisati.

Oltre al fatto che con riferimento alle doglianze prospettate dall'appellante incidentale circa il vizio di motivazione del provvedimento impugnato, va rammentato che la giurisprudenza formatasi sotto la vigenza dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 ha ritenuto che, ove la stazione appaltante non ritenga che il denunciato illecito professionale non possa essere considerato determinante al fine di escludere l'affidabilità dell'operatore economico, non vi è l'obbligo di esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicita o per 'facta concludentia', ossia a seguito dell'ammissione alla gara dell'impresa (Cons. Stato, n. 2580 del 2020; Cons. Stato n. 8081 del 2021).

Portato alle estreme conseguenze, tale principio giurisprudenziale ha implicato che la stazione appaltante dovesse motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni (Cons. Stato, n. 10607 del 2022; Cons. Stato n. 1500 del 2021).

Con i temperamenti precisati dalla giurisprudenza amministrativa, e tenuto conto del contenuto dei provvedimenti impugnati, il Collegio ritiene che, a tale onere procedimentale, la stazione appaltante abbia adeguatamente ottemperato, facendo buon governo dei criteri indicati dalla sentenza n. 1265 del 2023, ossia eseguendo gli approfondimenti istruttori e di motivazione richiesti dal Tribunale, appurando i fatti come emergenti dagli atti processuali.

In particolare, il RUP ha provveduto ad esaminare la documentazione ritenuta necessaria per i suddetti approfondimenti istruttori, ritenendo all'esito di condividere le proprie valutazioni con la Commissione giudicatrice.

Infatti, dal verbale del 3.11.2023 risulta che il RUP e la Commissione hanno esaminato il decreto di rinvio a giudizio, gli atti di formulazione dell'imputazione, la relazione riportante gli sviluppi del processo e dei processi penali pendenti.

All'esito dell'istruttoria, a mezzo di una motivazione, sintetica ma priva di vizi logici, la Commissione e il RUP hanno concluso che: 'Relativamente alla posizione dell'ing. -OMISSIS- -OMISSIS- la Commissione prende atto che dalla documentazione processuale trasmessa risulta che lo stesso non è stato mai destinatario di provvedimenti cautelari, non è stato mai oggetto di intercettazioni telefoniche e non sono state mai richieste intercettazioni, telefoniche e/o ambientali, né sono mai state richieste attività di monitoraggio dei suoi spostamenti (quali richieste di geocalizzazione ed similia). Inoltre, il decreto di citazione a giudizio ed ogni ulteriore atto processuale non contiene alcuna descrizione di quale sarebbe stata la condotta dell'ing. -OMISSIS- -OMISSIS-, né alcuna specifica e circostanziata contestazione e che il nominativo in questione figura unicamente nella rubrica della contestazione'.

10.6. Ne consegue che le denunce illustrate con i motivi riproposti ex art. 101 c.p.a. dal RTI -OMISSIS- nel presente giudizio, relative al difetto di istruttoria sui precedenti penali dell'ing. -OMISSIS- per infortuni sul lavoro, vanno respinte, tenuto conto che la stazione appaltante, anche con riferimento a tale specifico profilo, ha precisato: 'Con riferimento invece ai reati ascritti all'ing. -OMISSIS- -OMISSIS-, dalla documentazione esaminata si evince che i CSE dei tre cantieri oggetto di infortunio non hanno mai verbalizzato contestazioni sulle modalità esecutive, né sugli apprestamenti installati. Inoltre, si ritiene che gli illeciti in questione possano ritenersi 'occasionalmente' e 'fortuiti' essendosi registrati solo due infortuni, in circa tre anni di attività, in costanza di 15 cantieri attivi'.

La valutazione di rinnovata 'fiducia' dell'amministrazione, sulla base dei rilievi espressi, non può essere sindacata da questo Giudice, in quanto correttamente motivata in relazione alle circostanze del caso concreto e allo specifico appalto per cui si procede; sicché, in disparte gli aspetti inerenti ad eventuali responsabilità penali e civili dell'ing. -OMISSIS-, l'esame contestuale del profilo temporale (tre anni di attività) e del luogo ampio degli accadimenti (quindici cantieri) è stato adeguatamente declinato dall'amministrazione, secondo un ragionamento ispirato a ragionevolezza che ha portato a ritenere logicamente 'occasionalmente' gli infortuni sul lavoro che si sono verificati in un ampio arco temporale e, quindi, ad escludere qualsiasi collegamento tra gli infortuni ed eventuali problemi dell'organizzazione aziendale.

Infatti, la stazione appaltante conclude che: "A seguito di disamina collegiale tali illeciti vengono ritenuti non idonei e insufficienti per integrare i tratti di sistematicità di violazioni della normativa antinfortunistica, a torto prospettati, come causa strutturale e perdurante e non occasionale. Per le sopra esposte ragioni si considerano assenti i collegamenti causali tra gli infortuni e l'organizzazione aziendale, con insussistenza di profili di sistematicità".

11. Si deve pertanto ritenere che il Tribunale di prima istanza abbia operato un sindacato di tipo sostitutivo delle valutazioni affidate alla stazione appaltante, non facendo buon governo dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità, e finendo per surrogarsi all'amministrazione nelle valutazioni alla stessa riservate. Non appare convincente la tesi sostenuta dal Tribunale di prima istanza secondo cui i provvedimenti impugnati, nuova aggiudicazione e relativa convalida, concentrerebbero l'attenzione su circostanze secondarie e di 'contorno' relative alla vicenda scrutinata, atteso che, al contrario, l'amministrazione ha qualificato le condotte e i fatti materiali storici, concludendo, anche in ragione di quelli che il

T.A.R. definisce elementi di 'contorno' (mancata applicazione di misure cautelari, intercettazioni, misure di geolocalizzazione, ecc.), che il giudizio di affidabilità della società -OMISSIS- s.p.a. debba essere confermato.

Il compito del giudice è solo quello di ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale la logicità e la coerenza dell'iter logico seguito, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato.

Il Collegio osserva che, nella specie, si riscontra invece un caso di sostituzione del giudice alle valutazioni che spettano alla stazione appaltante, valutazioni che invece sono state effettuate, pur presentando fisiologici margini di opinabilità, senza distorsioni e senza che sia ravvisabile un omesso accertamento dei fatti, concretizzandosi all'esito in una rinnovata 'fiducia' verso la società -OMISSIS- s.p.a. scelta per l'aggiudicazione della gara.

11.1. Tanto si evince dal provvedimento di convalida in autotutela prot. n. 43478 del 17.11.2023, reso dal Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche del Veneto – Trentino Alto Adige – Friuli Venezia Giulia in data 7.1.2024.

Va subito chiarito che le denunce introdotte dal RTI -OMISSIS- nel giudizio di primo grado, e riproposte ai sensi dell'art. 101 c.p.a. nel presente giudizio, con riferimento al suddetto provvedimento di convalida vanno disattese, stante la legittimità dell'atto che si è inteso convalidare.

Il provvedimento del 7.1.2024 diventa, invece, un ulteriore argomento decisivo per confutare tutte le critiche prospettate con l'appello incidentale finalizzate ad evidenziare, come si è detto, il difetto di istruttoria dell'amministrazione in sede di riedizione del potere, consentendo a questo Collegio di respingere l'assunta violazione del giudicato.

11.2. Come noto, l'amministrazione è riconosciuta come titolare non solo di poteri di autotutela caducatori, cioè volti ad eliminare una previa statuizione (secondo i limiti previsti dagli artt. 21 quinquies e nonies, primo comma della l. 241/1990, dedicati l'uno alla revoca, l'altro all'annullamento ufficioso), ma anche di potestà di autotutela conservativa o manutentiva, finalizzate cioè a salvaguardare la precedente attività da una possibile invalidazione. Questa ultima forma di potere di secondo grado trova una base normativa espressa nell'art. 21 nonies della l. n. 241 del 1990 dedicato alla convalida, strumento con il quale la legge abilita l'amministrazione competente ad emendare i propri atti afflitti da un vizio di legittimità, evitandone così l'annullamento, attraverso una postuma manifestazione di volontà, avente efficacia ex tunc e volta proprio a conservare la deliberazione prodotta. Ne scaturisce una fattispecie complessa, per cui al provvedimento viziato, che rimane tale, essendo stato già emanato, si salda una successiva manifestazione di volontà della p.a. da cui scaturisce una 'sintesi effettuale autonoma' immune da vizi.

L'atto di convalida, nella specie, è stato legittimamente emesso, atteso che il Provveditorato ha inteso condividere, integrando la motivazione, le conclusioni a cui sono giunti il RUP e la Commissione valutatrice, con un atto che, per i rilievi espressi, non è affetto da nullità, o da vizi di irragionevolezza.

Come emerge all'evidenza dalla piana lettura del provvedimento, il Provveditorato osserva che 'il decreto che dispone il giudizio rileva che l'ing. -OMISSIS- ricopre una posizione del tutto marginale', e analizza i singoli capi di imputazione al fine di concludere che 'allo stato attuale, pertanto, in assenza di compiuta dimostrazione dell'ipotesi di reato, gli elementi a disposizione non consentono di ritenere integrato il motivo di esclusione dell'operatore economico aggiudicatario ex art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 50/2016, poiché non può darsi peso a una imputazione penale generica fino a escludere l'operatore economico, in assenza di robusti elementi accusatori e in presenza di una prescrizione del reato che risulta già maturata'.

Parimenti, il Provveditorato studia le contestazioni penali riguardanti gli infortuni sul lavoro, giungendo a condividere le conclusioni rassegnate dal RUP e dalla Commissione di gara con verbale del 3.11.2023. Nella specie, il provvedimento di convalida ha inteso integrare una non completa rappresentazione della parte motiva del suddetto verbale, ovvero un sintetico riepilogo della medesima, in questo modo eliminando un eventuale vizio formale dell'atto.

Ne consegue che nessun rilievo può essere espresso nei confronti della motivazione del giudizio di affidabilità della società -OMISSIS- s.p.a., effettuato dalla stazione appaltante secondo i criteri declinati dal T.A.R. per il Veneto con la sentenza n. 1265 del 2023 e in linea con i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità e dalle Linee Guida ANAC n. 6, sicché non possono trovare condivisione neppure le altre denunce spiegate dal RTI -OMISSIS-, con memoria ex art. 101, c.p.a., in ordine all'asserito sviamento di potere.

12. In definitiva, l'appello principale va accolto, mentre va respinto l'appello incidentale spiegato dal RTI -OMISSIS- avverso la sentenza non definitiva del T.A.R. Veneto n. 561 del 2024, non potendosi configurare alcuna violazione o elusione del giudicato portato dalla sentenza n. 1265 del 2023, ed essendo condivisibili le conclusioni rese dal Collegio di prima istanza, secondo cui non solo dalla sentenza ottemperanda non deriva l'obbligo assolutamente puntuale e vincolato di escludere la controinteressata dalla gara, ma soprattutto che il denunciato difetto di istruttoria e di motivazione, per le argomentazioni sopra ampiamente illustrate, non risulta configurabile.

Stante l'accoglimento dell'appello principale, la sentenza impugnata va riformata, con conseguente rigetto del ricorso introduttivo, integrato da motivi aggiunti, presentato dal RTI -OMISSIS- avverso gli atti impugnati.

13. La complessità, anche fattuale, delle questioni trattate e le ragioni della decisione inducono a disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello principale e rigetta l'appello incidentale, e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso introduttivo, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla società -OMISSIS- s.r.l., -OMISSIS- s.r.l. e

-OMISSIS- s.r.l.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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

Vista la richiesta dell'interessato e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, comma 1, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte interessata.

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore