

L'articolo 2 del codice degli appalti consente alla stazione appaltante di valutare i gravi illeciti professionali dell'operatore economico non in chiave sanzionatoria ma fiduciaria

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 26-6-2025

Il principio della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, esalta l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma che ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare. Quindi, l'amministrazione non può compiere scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero tendere al suo miglior soddisfacimento. In tal modo, non solo nel rispetto della legalità formale, ma anche nell'ottica della selezione che è finalizzata al compimento di un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) il più rispondente agli interessi della collettività. Pertanto, la citata norma di cui all'art. 2 del d.lgs. 36/2023 amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile.

Il giudice non deve decidere se l'operatore economico abbia ragione o torto nel merito delle singole vicende, bensì valutare se la condotta dello stesso operatore sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale. La valutazione di tale illecito, al fine dell'esclusione dalla gara del soggetto privato, è totalmente attribuita alla discrezionalità della stazione appaltante.

Pertanto, anche in base a quanto disposto dall'art. 4 del codice degli appalti, il quale afferma che "le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3", non può che concludersi nel senso che esce rafforzata l'autonomia decisionale dell'ente. In particolare, in relazione all'esercizio del potere di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità che urta, inevitabilmente, proprio contro il rapporto di fiducia che deve necessariamente essere presente tra stazione appaltante e appaltatore.

Guida alla lettura

Il **raggiungimento del risultato**, come affermato dall'articolo 1 del decreto legislativo 31

marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'[articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78](#), recante delega al Governo in materia di contratti pubblici, integrato e modificato dal [decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209](#)), per soggetto pubblico e privato, **può essere garantito solo con un'azione, di entrambi gli intervenienti, caratterizzata da un clima di reciproca fiducia** (art. 2 del d.lgs. 36/2023).

Tale fiducia può essere tuttavia **violata nei casi in cui l'operatore economico abbia compiuto illeciti professionali caratterizzati da gravità che possono determinare la caducazione di tutta la procedura**.

Su tale tematica si segnala la sentenza del [Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2025 n. 4635](#).

Sul punto il Collegio evidenzia che **solo la stazione appaltante può valutare i rischi cui potrebbe essere esposta, aggiudicando l'appalto ad un concorrente la cui integrità o affidabilità sia dubbia**.

In tale situazione **il giudice non deve sostituirsi all'amministrazione, ma lo stesso deve verificare se l'insieme del contegno tenuto dall'operatore economico sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale**.

Tale gravità è decisa dalla stazione appaltante, la quale, nel compimento dell'**attività discrezionale**, è tenuta a fornire **adeguata motivazione**. Quindi, a seguito di approfondita istruttoria, è disposta l'esclusione dell'operatore economico.

Come detto, se è vero che il magistrato può analizzare se quanto stabilito dall'amministrazione corrisponda al rispetto di **criteri logici e coerenti**, lo stesso **non può sostituirsi**, come sopra ricordato, **all'amministrazione**.

Quanto evidenziato dal Supremo Organo di Giustizia amministrativa è rafforzato, anche e principalmente, con l'introduzione dei suddetti *super principi* della *fiducia* e del *risultato*, codificati dal nuovo codice dei contratti pubblici, sebbene già presenti (sia pure in via "silente") nel sistema.

Ciò detto, la Sezione ricorda che l'esclusione del soggetto privato dalla gara debba essere effettuata nel rispetto dei seguenti parametri:

- le determinazioni adottate dalla stazione appaltante devono garantire che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità;
- l'esclusione deve essere disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico;
- l'esclusione deve essere decisa al termine di una valutazione che giudichi il candidato con riferimento alla specifica prestazione affidata.

Quindi i giudici puntualizzano che **l'apprezzamento della ricorrenza del grave illecito professionale è connotato da un importante contenuto fiduciario**. In particolare,

l'amministrazione, nell'esercizio dell'ampio potere tecnico – discrezionale attribuitole dal succitato codice degli appalti pubblici, può dedurre il compimento di gravi illeciti professionali da ogni vicenda pregressa, che abbia violato palesemente disposizioni in materia civile, penale o amministrativa. Tale giudizio, ed è questo il passaggio basilare della pronuncia, deve essere espresso non in chiave sanzionatoria, ma da un punto di vista prettamente fiduciario.

A tal proposito i magistrati puntualizzano che nei casi concreti possa verificarsi che due stazioni appaltanti, nel valutare le pregresse vicende professionali di uno stesso operatore economico, diano giudizi opposti. Infatti, una p.a., in contrapposizione all'altro soggetto pubblico, potrebbe esprimere un parere di inaffidabilità dello stesso operatore economico; in tal modo non si potrebbe affermare quale dei due provvedimenti sia effettivamente viziato da eccesso di potere.

In conclusione, il Consiglio di Stato deduce che **l'inaffidabilità escludente va rapportata al singolo, concreto, appalto di riferimento, e soprattutto deve essere condotta secondo un giudizio espresso, come detto, dal punto di vista "fiduciario".**

Pertanto, **la pubblica amministrazione deve potersi fidare del futuro contraente.** Ciò, come detto, è garantito dal sopra indicato **art. 2 del d.lgs. 36/2023**. Infatti, tale disposizione fa sì che i funzionari pubblici possano decidere in piena autonomia, con il solo obbligo, come sopra rammentato, di svolgimento di una adeguata istruttoria e di redazione di una dettagliata motivazione.

Una volta stabilito che il comportamento del soggetto privato sia da considerarsi negativo, sulla base della condotta pregressa, la stazione appaltante deve compiere un'ulteriore verifica. In pratica, accertare se tale giudizio negativo sia da dichiarare anche in merito alla procedura di gara che si realizza nel caso concreto, come quella oggetto di esame da parte del Consiglio di Stato.

Pubblicato il 28/05/2025

N. 04635/2025REG.PROV.COLL.

N. 07941/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7941 del 2024, proposto da Avr S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 98482286D6, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo n. 101 e domicilio digitale come da Pec dei registri di giustizia;

contro

Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Salsomaggiore Terme e di Fidenza, non costituita in giudizio;
Comune di Fidenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Elena Pontiroli, con domicilio digitale come da Pec dei Registri di giustizia;

nei confronti

-OMISSIS- S.r.l. in proprio e nella sua qualità di mandataria del RTI costituito con il Consorzio Stabile -OMISSIS- (consorzata designata -OMISSIS- S.r.l.), la -OMISSIS- S.r.l., la -OMISSIS- di -OMISSIS-, la -OMISSIS- S.r.l. e la -OMISSIS- e -OMISSIS- S.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Giancarlo Cantelli, con domicilio digitale come da Pec dei Registri di giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna sezione staccata di Parma (Sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Fidenza;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale -OMISSIS- S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2025 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Francesco Vagnucci, Marta Mengozzi su delega dell'avv. Elena Pontiroli e

l'avv. Francesca Giuffré su delega dell'avv. Giancarlo Cantelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Fidenza, per il tramite della Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Salsomaggiore Terme e Fidenza, ha bandito una procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per l'affidamento di un accordo quadro con un singolo operatore per lavori, servizi e forniture, per la manutenzione stradale in relazione alle annualità 2023 –2027.

1.1. Alla procedura hanno partecipato solo due operatori economici, AVR S.p.A. (d'ora in poi AVR), e l'affidatario uscente, RTI -OMISSIS-, che si è aggiudicato l'accordo quadro.

1.2. AVR ha proposto ricorso avverso l'aggiudicazione al RTI -OMISSIS- innanzi al Tar per l'Emilia Romagna, sez. distaccata di Parma, integrato da successivi ricorsi per motivi aggiunti.

1.2.1. Segnatamente il ricorso introduttivo era affidato a motivi inerenti la struttura del RTI aggiudicatario ed il possesso dei requisiti speciali di qualificazione, con particolare riguardo ai contratti di punta, e recava altresì un'istanza di accesso ai certificati del casellario giudiziale prodotti dalle imprese raggruppate nel RTI -OMISSIS-, in versione integrale, senza "*omissis*".

In relazione all'istanza di accesso, AVR ha notificato anche un primo ricorso per motivi aggiunti.

1.2.2. A seguito della lettura delle argomentazioni difensive del Comune di Fidenza e della controinteressata, AVR avanzava un'ulteriore istanza di accesso, con la quale chiedeva di ottenere copia della documentazione inerente il precedente affidamento dell'analogo servizio all'attuale aggiudicataria, posto che lo stesso integrava i contratti di punta spesi dal RTI -OMISSIS- per partecipare alla gara oggetto dell'attuale controversia.

1.3. Il Comune di Fidenza consegnava la documentazione oggetto della seconda istanza di accesso (mentre attendeva la decisione del Tar in merito ai certificati del casellario) e, sulla base della documentazione ricevuta, AVR notificava un secondo ricorso per motivi aggiunti, insistendo per il mancato possesso del requisito inerente i contratti di punta in capo all'aggiudicataria.

1.4. Nelle more, il giudice di *prime cure*, con ordinanza 9 febbraio 2024, n. 27, affermava il diritto di AVR all'ostensione integrale dei certificati del casellario giudiziale ed il Comune di Fidenza ottemperava a detta ordinanza, consegnando i certificati.

2. La -OMISSIS- S.r.l. (d'ora in poi -OMISSIS-) mandataria del RTI controinteressato, a sua volta proponeva ricorso incidentale, sulla base del rilievo che alla ricorrente AVR il Comune di Fidenza avesse concesso di partecipare alla procedura selettiva nonostante non fosse in possesso di una sede collocata a meno di 10 km. dalla sede municipale, secondo quanto

prescritto dalla *lex specialis* di gara, modificando illegittimamente la correlativa prescrizione del disciplinare a mezzo chiarimenti.

3. A seguito della consultazione dei certificati del casellario giudiziale in versione integrale, AVR, ritenendo che il RTI aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso, non solo per le ragioni oggetto dei motivi di ricorso già avanzati, ma anche a causa della condanna subita dal sig. -OMISSIS-, ex rappresentante legale e socio di maggioranza della -OMISSIS-, formalizzava un'istanza di annullamento dell'aggiudicazione in autotutela.

3.1. Peraltro, ancora prima che l'Amministrazione esitasse l'istanza di autotutela, notificava un terzo ricorso per motivi aggiunti, con il quale sosteneva che il RTI aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso, non solo per le ragioni già esposte nell'istanza di annullamento in autotutela, ma altresì a causa di un'altra condanna, subita dal sig. -OMISSIS- direttore tecnico di una delle mandanti, ovvero la -OMISSIS- S.r.l., e per l'omissione dichiarativa relativamente a tale condanna.

3.2. AVR infine notificava un quarto ricorso per motivi aggiunti, con il quale impugnava gli atti con i quali il Comune di Fidenza, concludendo il procedimento avviato a seguito dell'istanza di annullamento in autotutela, riteneva che il raggruppamento aggiudicatario non difettesse dei requisiti di moralità.

4. Il Tar adito, con sentenza -OMISSIS-, ha respinto, in quanto infondati, sia il ricorso principale che i ricorsi per motivi aggiunti proposti da AVR ed ha dichiarato pertanto improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso incidentale proposto da -OMISSIS-.

5. AVR, pur rinunciando al primo motivo del ricorso introduttivo di primo grado, con il quale sosteneva che il RTI -OMISSIS- fosse un raggruppamento misto che non aveva correttamente dichiarato le parti di lavori, servizi e forniture che ciascuna impresa raggruppata avrebbe eseguito – censura disattesa dal primo giudice, che ha ritenuto si fosse in presenza di un raggruppamento di tipo orizzontale - con il presente atto di appello, onde criticare i passaggi motivazionali della sentenza di *prime cure*, laddove ha respinto gli altri motivi di ricorso, ha articolato le seguenti censure:

I) *Error in iudicando*: sull'erroneità della sentenza di I grado per avere rigettato il I motivo del III ricorso per motivi aggiunti e il IV ricorso per motivi aggiunti. Omessa pronuncia;

II) *Error in iudicando*: sull'erroneità della sentenza di I grado per avere rigettato il II motivo del III ricorso per motivi aggiunti;

III) *Error in iudicando*: sull'erroneità della sentenza di I grado per avere rigettato il II motivo del ricorso introduttivo, nonché il I e il II ricorso per motivi aggiunti.

L'appellante ha quindi insistito per l'accoglimento dell'appello, dichiarandosi disponibile a subentrare nel contratto nelle more stipulato, previa declaratoria di inefficacia, riservandosi in ogni caso di proporre separato giudizio per il risarcimento dei danni.

6. -OMISSIS-, dal canto suo, nel costituirsi nella presente fase, oltre a difendersi rispetto all'avverso appello e all'eccepire l'irricevibilità delle censure sollevate *in prime cure* con il terzo e il quarto ricorso per motivi aggiunti, nella parte riferita alla mancata esclusione per la condanna subita dal sig. -OMISSIS-, socio di maggioranza della -OMISSIS-, ha proposto appello incidentale avverso le statuizioni che hanno dichiarato improcedibile il suo ricorso incidentale, articolando, in un unico motivo, le seguenti censure:

“Violazione di legge per violazione della lex specialis di gara, in relazione al requisito di disponibilità di una sede operativa e di uno o più depositi di macchinari e attrezzature, per come interpretato con la risposta ai chiarimenti; violazione di legge ed eccesso di potere per violazione del principio di par condicio e di concorrenza; Eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta”.

6.1. Si è del pari costituito il Comune di Fidenza, instando per il rigetto tanto dell'appello principale quanto dell'appello incidentale e richiedendo, in ipotesi di accoglimento dell'appello principale, l'accoglimento della (sola) richiesta di risarcimento in forma specifica, integralmente conseguibile mediante l'affidamento a parte appellante dell'Accordo Quadro, per un periodo di tempo pari a quello originariamente previsto.

7. In vista dell'udienza pubblica le parti hanno prodotto articolate memorie di discussione e di replica, insistendo nei rispettivi assunti.

DIRITTO

8. Viene in decisione l'appello avverso la sentenza in epigrafe indicata con cui il Tar per l'Emilia Romagna, sez. distaccata di Parma, ha respinto il ricorso principale nonché i quattro successivi ricorsi per motivi aggiunti con cui AVR ha impugnato l'aggiudicazione al controinteressato RTI -OMISSIS- della gara indetta dal comune di Fidenza per l'affidamento di un accordo quadro con un singolo operatore per lavori, servizi e forniture, per la manutenzione stradale in relazione alle annualità 2023 – 2027 e conseguentemente dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto da -OMISSIS-.

9. Con il primo motivo di appello AVR critica la sentenza di *prime cure* per avere rigettato il I motivo del III ricorso per motivi aggiunti e il IV ricorso per motivi aggiunti, riferiti all'asserita necessità di esclusione del RTI aggiudicatario per la condanna subita dal sig. -OMISSIS-, ex amministratore cessato dalla carica, oltre un anno prima dall'indizione della gara *de qua* e socio di maggioranza della -OMISSIS-.

9.1. Segnatamente con il I motivo del III ricorso per motivi aggiunti, AVR assumeva:

- il sig. -OMISSIS- era stato destinatario di una sentenza di applicazione della pena ex artt. 444 e 445 C.p.p. dell'11.11.2022, divenuta irrevocabile in data 2.1.2023, per il reato di cui agli artt. 318 e 321 C.p. commesso nel mese di novembre 2020, con condanna a 7 mesi e 10 giorni di reclusione e applicazione delle pene accessorie della interdizione dai pubblici uffici per 5 anni e della incapacità a contrattare con la pubblica Amministrazione per 5 anni (pene poi oggetto di sospensione condizionale);

- la posizione di socio tiranno (in ragione delle quote possedute e dell'essere comunque membro del C.d.A.) e il sospetto aumento dei soci, ritenuto preordinato ad evitare l'automatica esclusione, era significativa rispetto all'ipotesi immediatamente espulsiva di cui all'art. 80, commi 1 e 3 del Codice dei contratti;

- i *“reati potenzialmente incidenti sulla moralità ed affidabilità professionale dell'impresa”* rilevarebbero, ove commessi da qualunque soggetto che rivesta *“un ruolo dominante all'interno della compagine societaria”*; ciò tanto a prescindere dalla *“quota posseduta”* e a maggior ragione al cospetto di una partecipazione del 90%, ben più che maggioritaria, la quale implicava come tale l'illimitato potere di nomina dei membri del C.d.A. (tra cui figuravano sia lo stesso -OMISSIS- che, come presidente, un soggetto con lo stesso cognome);

- l'art. 80, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016 non era fruibile dal raggruppamento, atteso che al sig. -OMISSIS- era stata applicata anche la pena accessoria dell'interdizione a contrattare con la P.A. per 5 anni, con conseguente operatività del divieto di cui al comma 9 dell'art. 80; inoltre, l'istituto del *self cleaning* non avrebbe sortito lo scopo concreto, dovendo garantire l'effettiva dissociazione dell'operatore economico da ogni soggetto e condotta incidenti sulla sua moralità professionale, dissociazione che sarebbe sconfessata nel caso in esame dal rapporto di controllo di fatto;

- vi sarebbe un illecito dichiarativo perché la dichiarazione per cui la -OMISSIS- non si troverebbe nelle situazioni di cui al comma 1 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 sarebbe falsa, con ogni conseguenza ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis), ma rivelando le relative omissioni anche la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis);

9.2. A fronte di dette doglianze e della correlativa istanza di autotutela presentata da AVR, la stazione appaltante ha provveduto a riesaminare la posizione del RTI -OMISSIS-, confermando la sua affidabilità morale.

9.2.1. Il provvedimento di diniego di autotutela, con rinvio *per relationem* alla valutazione al riguardo effettuata dalla commissione di gara, è motivato in ragione:

- della circostanza che non venisse in rilievo un'ipotesi di esclusione automatica ex art. 80 commi 1 e 3, d.lgs. 50 del 2016, avendo il sig. -OMISSIS- dimesso la carica di amministratore e rappresentante legale oltre l'anno prima dell'indizione della gara e non rivestendo alcun ruolo direttivo, nonostante detenesse il 90 per cento delle azioni, posto che la società era composta da più di quattro soci (ovvero cinque);

- ricorrendo un'ipotesi di esclusione non automatica, ex art. 80 comma 5, d.lgs. 50 del 2016, il fatto (dazione di buoni carburante per un valore di circa euro 500 ad un funzionario di Arpae) era da considerarsi lieve, per come riconosciuto anche nella sentenza di patteggiamento;

- altri soggetti imputati del medesimo reato per vicende analoghe erano stati assolti con la sentenza emessa dal Tribunale di Parma con rito abbreviato n. 691/2022 *“perché il fatto non sussiste”*, riferita al medesimo procedimento principale, in cui peraltro il capo d'imputazione sub 17) ascritto al sig. -OMISSIS- era stato stralciato, per effetto della richiesta avanzata dallo

stesso di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p.;

- la -OMISSIS- aveva assunto provvedimenti di carattere tecnico ed organizzativo volti a prevenire ulteriori illeciti, così come previsto dalla normativa in materia (cd. procedure di *self cleaning*); misure queste valutate positivamente, sebbene marginali e di contenuto generale.

9.3. Con il quarto ricorso per motivi aggiunti pertanto AVR ha impugnato *in prime cure* gli atti riferiti al rigetto dell'istanza di autotutela per difetto di istruttoria e di motivazione, avuto riguardo al ruolo di socio tiranno rivestito dal soggetto condannato per il reato di corruzione e all'elusiva operazione posta in essere per aumentare il numero dei soci, al solo fine di evitare l'esclusione automatica, operazione in tesi della ricorrente incongruamente considerata quale misura di *self cleaning*, nonché per violazione del disposto dell'art. 80, comma 5 lett c) *bis* d.l.gs. 50 del 2016, per avere *"tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante [...] ovvero abbia omissso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione"*.

9.4. Il primo giudice ha disatteso *in parte qua* il III ricorso per motivi aggiunti e il IV ricorso per motivi aggiunti considerando che:

- le misure di *self cleaning* addotte da -OMISSIS- non avevano inciso sul giudizio di affidabilità reso dalla stazione appaltante;

- la posizione del sig. -OMISSIS-, ancorché fosse socio di assoluta maggioranza della -OMISSIS-, esulava dalle previsioni tassative di espulsione automatica dell'art. 80, commi 1 e 3, del d.l.gs. n. 50 del 2016, da interpretarsi restrittivamente;

- l'Amministrazione, ricorrendo una ipotesi di esclusione facoltativa, ex art. 80 comma 5, lett. c), d.l.gs. 50 del 2016, era titolare del potere discrezionale di valutazione della posizione del soggetto, censurabile solo per manifesto vizio logico o irrazionalità evidente, profili di illegittimità nella fattispecie non riscontrabili;

- le doglianze attoree formulate in relazione alle fattispecie di cui alle lett. *c-bis*) e *f-bis*) del comma 5 dell'art. 80 del d.l.gs. n. 50 del 2016, rivolte a sostenere l'applicazione di entrambe le previsioni alla fattispecie relativa al sig. -OMISSIS-, non fossero fondate, in quanto la -OMISSIS-, nel DGUE aveva indicato la condanna riportata dal sig. -OMISSIS-, con ciò escludendo il reclamato illecito dichiarativo in entrambe le declinazioni (*c-bis* e *f-bis*).

10. Ciò posto, AVR con il primo motivo di appello critica l'*iter* logico seguito dal primo giudice.

11. *In limine litis*, prima di passare alla disamina di tale motivo, occorre delibare l'eccezione di irricevibilità riproposta, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., da parte di -OMISSIS-, del primo motivo di cui al terzo ricorso per motivi aggiunti e del motivo di cui al quarto ricorso per motivi aggiunti, oggetto del primo motivo d'appello, fondata sul rilievo che al momento della proposizione del ricorso principale AVR era sicuramente a conoscenza di una condanna ex art. 80, comma 1, lett. b) a carico del sig. -OMISSIS-, indicata espressamente nella parte riferita ai "soggetti di cui all'art. 80, comma 3, del Codice" del DGUE che la stessa depositava

in giudizio con il ricorso iniziale, laddove soltanto con il terzo ricorso per motivi aggiunti, proposto il 15 marzo 2024, AVR aveva sollevato la censura in oggetto, lamentando la sussistenza di una causa di esclusione ex art. 80, commi 1 e 3, pur potendo riscontrare, con l'acquisizione del certificato camerale, la posizione di socio di maggioranza.

11.1. Infatti, come noto, l'esame delle questioni preliminari deve precedere la valutazione del merito della domanda (Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4), salve esigenze eccezionali di semplificazione che possono giustificare l'esame prioritario di altri aspetti della lite, in ossequio al superiore principio di economia dei mezzi processuali (Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5); inoltre l'ordine di esame delle questioni pregiudiziali di rito non rientra nella disponibilità delle parti (Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9). La norma positiva enucleabile dal combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., impone inoltre di risolvere le questioni processuali e di merito secondo l'ordine logico loro proprio, assumendo come prioritaria la definizione di quelle di rito rispetto a quelle di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali (nell'ordine, giurisdizione, competenza, capacità delle parti, *ius postulandi*, ricevibilità, contraddittorio, estinzione), rispetto alle condizioni dell'azione (tale fondamentale canone processuale è stato ribadito anche da Cons. Stato Ad. Plen. 3 giugno 2011, n. 10).

11.2. L'eccezione è destituita di fondamento, dovendo semmai le censure formulate con il primo motivo del terzo ricorso per motivi aggiunti di *prime cure* intendersi improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse; ciò in quanto successivamente la stazione appaltante si è pronunciata con atto di conferma in senso proprio quanto all'ammissione del RTI -OMISSIS-, a seguito di apposita istruttoria e motivazione - avuto riguardo all'istanza di riesame formulata da AVR - oggetto poi del quarto ricorso per motivi aggiunti, ritualmente proposto, che lungi dal riportare pedissequamente le censure del terzo ricorso per motivi aggiunti, ha sottoposto a critica l'iter logico seguito dall'amministrazione nel disattendere la richiesta di riesame.

Dette doglianze sono state poi reiterate con il primo motivo di appello che ha sottoposto a critica la sentenza di *prime cure* nel punto in cui ha ritenuto corretto l'operato della stazione appaltante.

11.3. Alcn rilievo ha pertanto l'eccezione di irricevibilità del motivo formulato con il terzo ricorso per motivi aggiunti, essendosi l'interesse a ricorrere, all'esito dell'adozione da parte dell'Amministrazione del provvedimento reiettivo dell'istanza di riesame, traslato avverso tale ultimo atto, di conferma in senso proprio, ritualmente impugnato.

Per giurisprudenza costante infatti l'atto meramente confermativo differisce dall'atto di conferma: il primo si limita a dichiarare il mero dato dell'esistenza di un precedente provvedimento; il secondo, invece, pur arrivando alle stesse conclusioni ed avendo lo stesso contenuto dell'atto confermato, è pronunciato all'esito di una nuova valutazione degli interessi coinvolti e di una nuova istruttoria (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 maggio 2024, n. 4153; Cons. Stato sez. II, 14/01/2022, n.272; Cons. Stato, Sez. II, 31 maggio 2021, n. 4157; Sez. IV, 29 agosto 2019, n. 5977; Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2172; Sez. IV, 12 settembre 2018, n. 5341; Sez. IV 27 gennaio 2017, n. 357, Sez. VI, 30 giugno 2017, n. 3207 12 ottobre 2016, n. 4214 e 29 febbraio 2016, n. 812).

Nella fattispecie *de qua* è indubbio che, a fronte della valutazione implicita dell'affidabilità professionale del RTI -OMISSIS- contenuta nell'atto di ammissione alla procedura, l'atto di esplicito rigetto dell'istanza di riesame presentata da AVR si connota come atto di conferma in senso proprio, come tale autonomamente impugnabile, con le evidenziate ricadute in termini di improcedibilità del motivo formulato nel terzo ricorso per motivi aggiunti e di ritualità dell'impugnativa di cui al quarto ricorso per motivi aggiunti, oggetto poi del presente motivo di appello.

12. Ciò posto il motivo è solo in parte fondato, secondo quanto di seguito evidenziato.

12.1. Con tale motivo AVR infatti sostiene in sintesi, in via prioritaria che la condanna per corruzione subita dal socio di maggioranza della mandataria del RTI -OMISSIS- avrebbe dovuto rilevare come causa di esclusione automatica, ai sensi del combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 80 d.lgs. 50 del 2016, avuto tra l'altro riguardo alla condotta elusiva posta in essere con l'aumentare surrettiziamente il numero dei soci a cinque; da ciò pertanto l'illegittimità del provvedimento di riesame della posizione del RTI -OMISSIS- e l'erroneità della decisione di *prime cure*.

12.2. In via subordinata sostiene che, anche a ritenere che detta condanna assurgesse a mera ipotesi di esclusione facoltativa, ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett c) del d.lgs. 50 del 2016, la valutazione al riguardo compiuta dalla stazione appaltante fosse irrazionale, al contrario di quanto ritenuto dal primo giudice.

12.3. Sostiene inoltre parte appellante che, del pari erroneamente, il primo giudice aveva ritenuto non ricorresse alcuna falsità o omissione dichiarativa, ex art. 80 comma 5, lett. f) *bis*, o in subordine lett. c) *bis*, nel comportamento del RTI -OMISSIS- che aveva sottaciuto il ruolo svolto dal sig. -OMISSIS- che, sebbene cessato dalle cariche apicali, era rimasto socio di maggioranza e componente del C.d.a..

12.4. Incongrua sarebbe poi la valutazione delle misure di *self cleaning*, considerata positivamente dall'Amministrazione e irragionevolmente ritenuta dal primo giudice ininfluente sul giudizio di moralità dell'operatore economico.

13. La censura formulata in via principale va disattesa, dovendosi sul punto condividere il ragionamento seguito dalla stazione appaltante e dal primo giudice circa il carattere tassativo delle ipotesi di esclusione automatica, quali individuate dal combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016.

13.1. Ed invero a mente del comma 1 di tale disposto normativo “*Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale per uno dei seguenti reati: [...]b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile;[...]* . Secondo il comma 3 “*L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la*

misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero, nei casi di condanna ad una pena accessoria perpetua, quando questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima”.

13.2. Nel senso della lettura restrittiva di tale disposto depone peraltro la costante giurisprudenza che ritiene che le norme di legge e di bando che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione, consacrato dall'art. dall'art. 83 comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione, oltre che dal Trattato dell'Unione Europea (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 11 febbraio 2013, n. 768; nello stesso senso: sez. V, 21 giugno 2016, n. 2722, sez. V, 13 maggio 2014, n. 2448 e sez. V, 21 febbraio 2013, n. 1061).

13.3. Nell'ipotesi di specie non ricorreva pertanto l'ipotesi di esclusione automatica di cui al combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, essendo il sig. -OMISSIS-, condannato per il reato di corruzione (reato considerato dall'art. 80 comma 1, lett b)), cessato dalle cariche apicali oltre l'anno prima dell'indizione della gara e non rilevando ex se la posizione di socio di maggioranza, essendo la società composta da più di quattro soci, ovvero da cinque soci.

13.4. Erroneo appare il riferimento operato da parte appellante, onde avvalorare la ricorrenza di una causa di esclusione automatica, ai sensi del combinato disposto degli artt. 80 commi 1 e 3 del d.lgs. 50 del 2016, alla sentenza di questa sezione, 27 novembre 2020 n. 7471, in quanto riferita ad ipotesi di esclusione facoltativa, ex art. 80 comma 5 lett. c) e c) bis, per la condanna subita dal socio di maggioranza del socio unico persona giuridica, come evincibile *claris verbis* dalla lettura della sentenza “*La stazione appaltante ritenendo sussistenti due distinte cause ostative: innanzitutto, per la motivata valutazione della stazione appaltante, l'omessa dichiarazione della sentenza di condanna penale configura la causa escludente ora tipizzata dall'art. 80, comma 5, lett. c) bis, del d.lgs. n. 50 del 2016, poiché la vicenda penale e soprattutto i fatti ad essa sottesa, avrebbero dovuto essere menzionati nella dichiarazione resa, siccome elementi necessari e strumentali ai fini della valutazione, da parte*

dell'amministrazione, della sussistenza del grave illecito professionale e del vincolo fiduciario; nel contempo, la stazione appaltante, con valutazione discrezionale, ha ritenuto che i gravissimi fatti ritraibili dalla sentenza del Tribunale di Avellino, incidessero negativamente sulla serietà professionale, l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico. Per tale ragione è stata ritenuta sussistente anche l'ulteriore causa d'esclusione ora prevista ex art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici".

13.5. Parimenti non può essere frainteso quanto indicato nella Relazione al nuovo codice dei contratti pubblici, nella parte riferita all'art. 94, laddove opera il riferimento all'amministratore di fatto in senso innovativo rispetto alla previsione dell'art. 80 comma 3 d.lgs. 50 del 2016: *"è stata espunta la disposizione del comma 3 dell'art. 80 in punto di esclusione per fattispecie attingente i soggetti cessati, in quanto non presente nella direttiva; del pari è stato espunto il riferimento del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro; ciò non sembra implicare alcun indebolimento delle esigenze di tutela sociale e di legalità e trasparenza degli affidamenti pubblici, anche laddove si consideri che il comma 3, nel fare riferimento alla formulazione "casistica", contempla (innovativamente rispetto al testo del "corrispondente" comma 3 dell'art. 80) la figura dell'amministratore di fatto" (con ciò recependosi un consolidato quanto avveduto orientamento della giurisprudenza)".*

13.5.1. Peraltro dai pertinenti passaggi della Relazione al codice si evince come la giurisprudenza precedente fosse riferita alla valutazione delle condotte penalmente rilevanti dei soci di maggioranza e degli amministratori di fatto ai fini dell'onere dichiarativo e della valutazione della moralità professionale dell'operatore economico come causa di esclusione facoltativa (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 febbraio 2022, n. 768; Consiglio di Stato, Sez. V, 27 novembre 2020, n. 7471 cit.), ovvero alle ipotesi di esclusione automatica in presenza di condanne subite dal socio di maggioranza, in relazione a società con meno di quattro soci (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 28 gennaio 2013 n. 513; Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975) laddove afferma: *"quanto alla valutazione dell'eventuale mantenimento del c.d. "contagio" con riguardo ai soci di maggioranza: - la dottrina giustifica l'estensione, ad opera del decreto-legge n. 70/2011, del contagio ai soci "per risolvere problemi di controllo" (quindi fa riferimento alla nozione contenuta in direttiva); - "l'obbligo di rendere le dichiarazioni in questione, prima previsto per i soli soci delle società di persone, è stato introdotto con il decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, per evitare che partecipino alle gare società i cui soci con posizione azionaria idonea a influire sulle scelte gestionali abbiano precedenti penali pur non essendo rappresentanti legali delle società" (Consiglio di Stato, sez. VI, 28 gennaio 2013 n. 513); - anche la giurisprudenza ritenne a suo tempo necessaria, per assicurare la compatibilità con la direttiva del 2004, ricomprendervi i soci di maggioranza: "questa è l'unica esegesi compatibile con il diritto eurounitario, ed in particolare con il disposto dell'art. 45, dir. 2004/18/CE, laddove è inequivocabilmente precisato che le richieste della dimostrazione dei requisiti di moralità e carenza di pregiudizi penali devono riguardare"... le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi, se del caso, i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente" (Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975). Ma il riferimento espresso all'amministratore "di fatto" sembra in realtà elidere a monte le preoccupazioni sottese a tali considerazioni (non a caso, la giurisprudenza più recente si è saldamente orientata in tal*

senso, con riferimento anche alla figura del “gestore di fatto”, o del “socio sovrano”, cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 febbraio 2022, n. 768; Consiglio di Stato, Sez. V, 27 novembre 2020, n. 7471”).

13.6. Parimenti incongruo è il richiamo operato da parte appellante alla sentenza di questo Consiglio di Stato, sez. IV, 1 marzo 2024, n. 2042, posto che la stessa si è limitata a dichiarare inammissibile la censura formulata avverso la decisione di *prime cure* sulla base del rilievo che “*non risultano formulate compiute critiche alla ratio decidendi che il T.a.r. ha enunciato per respingere la censura, ossia che l’onere dichiarativo riguarda soltanto “le figure soggettive contemplate dall’art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 (titolari di cariche apicali o, in determinati casi, soci), oppure il soggetto che, al di là di un’investitura formale e della quota posseduta, riveste un ruolo dominante all’interno della compagine societaria (c.d. teoria del socio sovrano: cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 27 novembre 2020, n. 7471)”*”, limitandosi, parte appellante, ad evidenziare che l’impiegato sottoposto al procedimento penale poi archiviato “*doveva svolgere ed anzi sta svolgendo l’attività di controllo in loco dei servizi di igiene urbana per conto di -OMISSIS-*”. Pertanto anche questa sentenza, di conferma del *decisum di prime cure*, nel richiamare il precedente della sezione (n. 7471 del 2020 cit.), si muove nel solco di quella giurisprudenza che ha affermato che l’obbligo dichiarativo sussiste anche in riferimento agli illeciti penali compiuti dai “soci sovrani”, ma ai soli fini della valutazione della sussistenza dell’illecito professionale, ex art. 80 comma 5 lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016, non potendo per contro dirsi integrata la causa di esclusione automatica prevista dal combinato disposto dei commi 1 e 3 dell’art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, laddove la società sia composta da un numero di soci superiore a quattro.

14. Pertanto, alla stregua della giurisprudenza innanzi citata, fermo restando l’obbligo dichiarativo nei termini evidenziati, la condanna per il reato di corruzione subita dal sig. -OMISSIS-, rimasto socio di maggioranza anche dopo la dismissione della cariche apicali, poteva rilevare, come ritenuto sia nel provvedimento di riesame che dalla sentenza di *prime cure*, solo come ipotesi di esclusione facoltativa, ex art. 80 comma 5 lett c), d.lgs. n. 50 del 2016, rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, chiamata a valutare la sua incidenza sul rapporto fiduciario con l’operatore economico.

14.1. La giurisprudenza ha ritenuto infatti al riguardo che la nozione di grave illecito professionale, ferma la necessaria valutazione discrezionale della stazione appaltante, ricomprende ogni condotta, collegata all’esercizio dell’attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica di natura civile, penale o amministrativa e non prevede un numero chiuso di illeciti professionali (ex multis Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2024, n. 5450; sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 503; sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6615); ciò avuto riguardo alla formula aperta dell’art. 80 comma 5 lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 (“*la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*”) al contrario della previsione di cui all’art. 98 comma 3 del d.lgs. n. 36 del 2023 che ha provveduto a tipizzare anche l’illecito professionale.

14.2. È indubbio pertanto che la stessa includa senz’altro i fatti di rilevanza penale, in quanto tipicamente suscettibili di incidere (laddove connotati da un adeguato grado di gravità) sulla

“integrità” e sulla “affidabilità” dell’operatore economico, ascrivibili, come nella specie, a soggetti aventi comunque un ruolo decisionale nella società, in quanto soci di maggioranza, chiamati anche alla nomina e alla revoca degli amministratori (in tal senso *ex multis* la richiamata sentenza di questa sezione, 27 novembre 2020, n. 7471).

14.2.1. Se ne trae, comunque, positiva ed espressa conferma dall’art. 80, comma 7 del Codice, che – nel legittimare il concorrente alla allegazione e dimostrazione di comportamenti orientati al ravvedimento operoso, intesi al risarcimento (*de praeterito*) dei danni eventualmente cagionati ed alla programmatica prevenzione (*de futuro*) di analoghe occasioni di illecito, c.d. *self cleaning* – richiama non solo le “situazioni di cui al comma 1” (riferite a specifiche tipologie delittuose, definitivamente accertate a carico dei soggetti “apicali” individuati al comma 3), ma anche, per l’appunto, quelle di cui al “comma 5”, che includono, genericamente, ipotesi di commissione di “reati” (così Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2023, n. 6584).

14.2.2. Come già precisato da Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2023, n. 6584 cit, “*il d.lgs. n. 50/2016, adeguandosi sul punto alle indicazioni della direttiva 2014/24/UE, conferisce rilievo agli illeciti di natura penale secondo due diverse modalità:*

a) quando si tratti (profilo oggettivo) di reati rientranti nel catalogo (da riguardarsi quale tassativo) di cui all’art. 80, comma 1, lettere da a) a g), in quanto commessi (profilo soggettivo) dai soggetti individuati (in guisa parimenti tassativa) dall’art. 80, comma 3 (complessivamente rientranti nel novero dei cc.dd. apicali), l’esclusione è disposta – ferma la possibilità del self cleaning, ove la pena detentiva non superi i 18 mesi o sia stata riconosciuta l’attenuante della collaborazione (cfr. art. 80, comma 7) – in via automatica (cfr. art. 80, comma 1, secondo cui la circostanza “costituisce motivo di esclusione”, senza altra valutazione), ma è subordinata alla definitività dell’accertamento (richiedendosi alternativamente la “condanna con sentenza definitiva”, il “decreto penale di condanna divenuto irrevocabile” ovvero la “sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale”): in tal caso l’interdizione all’accesso alle procedure evidenziali opera, con criterio di gradualità, per il tempo definito all’art. 80, comma 10 e comma 10 bis, primo periodo;

b) in ogni altro caso (che, per quanto chiarito supra, rientra nella fattispecie generale dell’art. 80, comma 5, lettera c) l’esclusione non è recta via ancorata alla pronunzia del giudice penale, ma è il frutto di una autonoma valutazione (ampiamente discrezionale) della stazione appaltante, che “dimostri con mezzi adeguati” (e ciò anche “nel tempo occorrente alla definizione del giudizio”: cfr. art. 80, comma 10 bis, terzo periodo) l’incidenza del fatto (in quanto ritenuto “grave”) sui requisiti di moralità dell’operatore economico che se ne sia reso colpevole, sì da rendere “dubbia la sua integrità o affidabilità).

Appare, perciò, chiaro che il giudicato penale rappresenta elemento (tipizzante) della fattispecie escludente di cui all’art. 80, comma 1, ma non è elemento costitutivo dell’illecito professionale di cui all’art. 80, comma 5, lettera c), sicché tra le due fattispecie non sussiste alcuna sovrapposizione. Nel secondo caso, è piuttosto la (pendenza) di un processo (o di un procedimento) penale ad integrare, nella valorizzata chiave indiziaria, un (rilevante) elemento

di valutazione rimesso alla stazione appaltante.

In definitiva, l'illecito professionale (ancorché, per ipotesi, emerso nell'ambito di un processo penale) costituisce fattispecie del tutto distinta, la quale non presuppone la configurabilità di un reato, né l'accertamento definitivo di una condotta (essendo, di nuovo, sufficiente la dimostrazione "con mezzi adeguati" in sede evidenziale), né un grado di certezza nella valutazione (essendo necessario, ma anche sufficiente che la stazione appaltante "dubiti" dell'affidabilità dell'impresa).

15. Ciò posto può passarsi alla disamina delle ulteriori censure, del pari formulate con il primo motivo, riferite all'irragionevolezza della ritenuta affidabilità del RTI -OMISSIS-, nel ricorrere dell'ipotesi di esclusione facoltativa dell'art. 80 comma 5 lett c), all'erroneità della sentenza di *prime cure* per avere ritenuto non ricorrente né la falsità dell'art. 80 comma 5 lett f) *bis*, né l'omissione dichiarativa di cui alla precedente lett. c *bis*) e per avere ritenuto irrilevanti le misure di *self cleaning*, peraltro valutate positivamente dalla stazione appaltante, nel provvedimento di riesame.

15.1. Parte appellante infatti *in primis* assume, in via subordinata che, anche ad ammettere la sussistenza della discrezionalità della stazione appaltante, a fronte del ricorrere di un'ipotesi di esclusione facoltativa, erroneamente il primo giudice aveva ritenuto come la valutazione dell'affidabilità morale compiuta dall'Amministrazione fosse esente da mende.

15.1.1. Ciò avuto riguardo:

- al titolo di reato (corruzione) per cui era stato condannato il sig. -OMISSIS-;
- alla circostanza che alcun rilievo poteva attribuirsi al fatto che altri soggetti fossero stati assolti dal medesimo reato, posto che nella sentenza di patteggiamento si dava atto che *"dall'esame degli atti processuali non si evidenziano elementi che consentano di suffragare una pronuncia di proscioglimento ex art. 129 c.p.p."* e che senza dubbio la dazione di culatelli, penne, pranzi e prodotti alimentari a un pubblico funzionario, ascritta ai coimputati del sig. -OMISSIS- non era affatto la stessa cosa di una cedola di carburante (fornita invece da -OMISSIS-), implicando quest'ultima la corresponsione non già di un mero bene di consumo, bensì di un'utilità munita di un proprio potere di acquisto;
- ai pervicaci tentativi della mandataria di nascondere il ruolo del proprio socio sovrano e amministratore di fatto; ciò in considerazione del rilievo che l'effettivo ruolo e i poteri di -OMISSIS- non emergevano dal compendio documentale prodotto dal RTI aggiudicatario nella Busta A, ove non v'era traccia delle visure camerali delle imprese raggruppate, e nulla era dato quindi sapere circa l'assetto proprietario della -OMISSIS- (i.e. la titolarità del 90% delle quote societarie in capo al Sig. -OMISSIS-).

Per altro verso, la sentenza avrebbe ommesso di considerare i plurimi e concordanti indizi del preciso disegno della -OMISSIS- di sottrarre artificiosamente il suo *dominus* alle verifiche sui requisiti di ordine generale (ovvero la dimissione di quote irrisorie al fine di addivenire ad una società con cinque soci) sulla base del solo rilievo che il sig. -OMISSIS- era cessato dalle

cariche apicali della società più di un anno prima della pubblicazione del bando, e come tale era fuori dal novero dei soggetti di cui al comma 3 dell'art. 80.

Inoltre, in tesi attorea, non sarebbe stato adeguatamente valutato, dalla stazione appaltante prima e del T.a.r. poi, che la dismissione di una parte minima delle quote societarie era avvenuta nel mese di aprile del 2022, quando era già pendente il procedimento penale; detta dismissione doveva pertanto intendersi preordinata ad evitare l'esclusione automatica; ciò avuto altresì riguardo all'ossequio meramente formale all'art. 80, comma 3, d.lgs. 50 del 2016, giacché nell'ambito del cambio di *governance* il sig. -OMISSIS-, abbandonate due cariche, aveva assunto però quella di consigliere nell'ambito de C.d.A.

15.2. Le censure colgono nel segno, non potendosi sul punto condividere il *decisum di prime cure*, posto che nel provvedimento di riesame la stazione appaltante si è limitata a valutare il carattere lieve della condotta penale posta in essere dal sig. -OMISSIS-, sulla base della sola considerazione di quanto indicato nella sentenza di patteggiamento, nonché la circostanza che altri soggetti imputati di reato analogo erano stati assolti con distinta sentenza, senza considerare che nella sentenza di patteggiamento era precisato come non sussistessero i presupposti per una sentenza di proscioglimento ex art. 129 c.p.a. – da ciò l'irrilevanza delle assoluzioni pronunciate con distinta sentenza in favore di altri soggetti, cui peraltro il reato di corruzione era stato ascritto per dazioni ben diverse – né la tipologia del reato di cui alla sentenza di condanna (corruzione), il cui disvalore è stato considerato dal legislatore come integrante una causa di esclusione automatica qualora commesso dai soggetti di cui all'art. 80 comma 3 d.lgs. n. 50 del 2016.

Solo *ad abundantiam* va rimarcato che la gravità della tipologia del reato, anche laddove non integrante una fattispecie di esclusione automatica, è confermata dal nuovo codice dei contratti pubblici che, nel tipizzare l'illecito professionale, ha previsto, all'art. 98 comma 3, alla lett g) – che rinvia all'art. 94 comma 1 - anche il reato di corruzione, qualora commesso da uno dei soggetti in grado di determinare il contagio.

15.2.1. Pertanto giammai la stazione appaltante avrebbe potuto limitarsi a omologare il suo giudizio a quello reso dal giudice penale, dovendo considerare non già *ex se* il disvalore penale, ma la moralità dell'operatore economico e la sua affidabilità in relazione alla specifica procedura di cui è causa.

Come innanzi evidenziato infatti, a fronte di ipotesi di esclusione facoltativa riconducibili a condotte penalmente rilevanti, non è *ex se* la condanna a rilevare (in tal senso la richiamata sentenza di questa sezione 5 luglio 2023, n. 6584), ma il comportamento posto in essere dai soggetti aventi un ruolo rilevante, tra i quali è dato senza dubbio annoverare il socio di maggioranza, in quanto in grado di incidere sull'affidabilità del soggetto aspirante all'affidamento di una commessa pubblica.

15.3. La stazione appaltante, nel valutare l'affidabilità dell'operatore economico, avrebbe dovuto inoltre considerare il suo comportamento complessivo, ovvero anche la risalenza della condotta delittuosa e se la dismissione di quote irrisorie da parte del sig. -OMISSIS-, poste in essere durante la pendenza del procedimento penale, avendo comportato l'aumento del

numero dei soci a cinque, fosse preordinata a evitare l'esclusione automatica, laddove alcuna considerazione è stata al riguardo compiuta.

16. L'accoglimento della censura negli evidenziati termini, non può peraltro condurre all'esclusione del RTI -OMISSIS-, ma alla sola rinnovazione del procedimento valutativo in capo alla stazione appaltante, non essendo ammissibile un sindacato sostitutivo; ciò in quanto solo la stazione appaltante è chiamata a valutare, con congrua motivazione e istruttoria e alla luce delle coordinate innanzi evidenziate, se la condotta ascrivibile all'operatore economico per effetto del contagio abbia leso il rapporto fiduciario, avuto riguardo al costante orientamento giurisprudenziale in materia che ha fatto seguito all'applicazione dei principi elaborati da Cons. Stato, Ad. Plen. n. 16 del 2020.

Solo la stazione appaltante è infatti nelle condizioni di valutare i rischi cui potrebbe essere esposta aggiudicando l'appalto a un concorrente, la cui integrità o affidabilità sia dubbia, avendo riguardo all'oggetto e alle caratteristiche tecniche dell'affidamento.

In questi casi, compito del giudice non è sostituirsi all'amministrazione, bensì 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 è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante (Consiglio di Stato sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10483), sempre che la stessa sia congruamente motivata e sia supportata da adeguata istruttoria.

Il giudice può infatti ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale la logicità e la coerenza dell'iter logico seguito dall'autorità, senza però potersi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato (Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2024, n. 5354).

Detto orientamento va pertanto qui ribadito, avendo riguardo anche al principio della fiducia e del risultato che, sia pure codificati solo dal nuovo codice dei contratti pubblici, in quanto principi immanenti nel sistema, assumono valenza anche ai fini dell'interpretazione delle disposizioni del codice previgente (ex multis Cons. Stato, sez. V, n. 7875 del 2024).

16.1. Ciò fermo restando che la rilevanza delle situazioni accertate, ai fini dell'esclusione, deve invero essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità (CGUE IX 3 giugno 2021 C-210/20), 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.

Ed invero secondo quanto già affermato da questa sezione *“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.

17. Secondo parte appellante la sentenza di *prime cure* sarebbe inoltre da censurare anche nella parte in cui ha ritenuto che le fittizie misure di *self-cleaning* adottate dalla -OMISSIS- – che lo stesso Tar, aderendo a quanto asserito dalla S.A. in sede di riesame, aveva definito "inconsistenti" – non avrebbero "*formato elemento determinante per la valutazione dell'Amministrazione*".

17.1. Ciò in quanto, in tesi, a fronte della sussunzione del pregiudizio penale nell'alveo del comma 1, le misure di *self-cleaning* andrebbero obbligatoriamente esaminate in quanto unico possibile elemento atto a paralizzare i sicuri effetti escludenti della condanna per corruzione.

17.2. Stesso discorso, a dire di parte appellante, varrebbe ad ammettere che le presunte misure di "*self-cleaning*" adottate dalla mandataria rilevassero nel contesto dell'illegittima valutazione discrezionale per cui aveva optato il Comune, che le aveva definite "*di poco rilievo*" e "*marginali*", salvo poi comunque valutarle "positivamente", laddove alcuna dissociazione dalla posizione del sig. -OMISSIS- era riscontrabile in quanto egli dopo la "cessazione" dagli

incarichi di legale rappresentante e direttore tecnico della -OMISSIS-, ne era rimasto socio di maggioranza al 90% e ne era stato per giunta nominato consigliere di amministrazione. Ciò senza tralasciare di considerare che l'Amministrazione, in sede di riesame, aveva valutato positivamente la misura adottata da -OMISSIS- s.r.l. in merito *“all’incremento del numero dei soci che compongono il Consiglio di Amministrazione”* confondendo una chiara operazione elusiva con una misura di *self-cleaning*.

18. Prima di passare alla disamina di tale censura, va richiamata la recente giurisprudenza secondo la quale il *self cleaning* è adottabile anche in sede di gara e alla stazione appaltante si imponga la valutazione dell'idoneità di dette misure (*ex multis* da ultimo Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2025, n. 157; T.a.r. per la Lombardia, sez. IV, n. 2189 del 2024 riferita a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 36 del 2023, non applicabile *ratione temporis* alla procedura *de qua*, ma con richiamo anche a precedenti giurisprudenziali formatasi nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016; Cons. Stato, sez. III, n. 724 del 2024, quanto al *self cleaning* in corso di gara; sez. III, n. 4111 del 2024, quanto alla doverosità della valutazione della misure di *self cleaning*; sez. V, n. 3858 del 2024; n. 7949 e sez. III n. 5897 del 2023, che hanno evidenziato come la Corte di giustizia, sulla base del tenore letterale dell'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24 e del considerando 102, ha sottolineato come non si stabilisca *“in che modo o in quale fase della procedura d'appalto possa essere fornita la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso”*, cfr. Corte di giustizia UE, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/20 e giurisprudenza ivi richiamata).

18.1. Come noto le misure “di ravvedimento operoso” – come altrimenti denominate – sono disciplinate a livello comunitario dall'art. 57 comma 6 della direttiva 24/2014/UE, che prevede che un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione e se tali prove sono ritenute sufficienti, non è escluso dalla procedura d'appalto.

18.2. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale, idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

Il considerando 102 della direttiva specifica anche che queste misure potrebbero consistere, in particolare, *“in misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento”*, lasciando però agli Stati membri la libertà *“di decidere se consentire alle singole amministrazioni aggiudicatrici di effettuare le pertinenti valutazioni o affidare tale compito ad altre autorità a livello centrale o decentrato”*.

18.3. Il *self cleaning* nell'ambito interno è invece disciplinato, *ratione temporis*, dall'art. 80

comma 7 del d.lgs. n. 50 del 2016, che nel recepire la direttiva precisa: *“Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti”*.

18.4. L'Anac, nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016, applicabile *ratione temporis* alla procedura *de qua*, con le Linee guida n. 6, aggiornate al d.lgs. 56 del 19 aprile 2017, con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017, ha previsto, un elenco di azioni che, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito, possono essere considerate idonee a evitare l'esclusione:

“1) l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative;

2) l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale;

3) la rinnovazione degli organi societari;

4) l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento;

5) la dimostrazione che il fatto è stato commesso eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo.”

19. Ciò posto, ferma restando la non ricorrenza nella fattispecie *de qua* dell'ipotesi di esclusione automatica di cui all'art. 80 commi 1 e 3 del d.lgs. n. 50 del 2016, la censura coglie nel segno, nei termini di seguito precisati, con conseguente obbligo conformativo della stazione appaltante in sede di riesercizio del potere.

Infatti sebbene la stazione appaltante, abbia - con giudizio sindacato negativamente nella presente sede (per difetto di istruttoria e motivazione nei termini evidenziati) - ritenuto non interrotto il rapporto fiduciario con il RTI -OMISSIS-, avuto riguardo al carattere lieve della condotta penalmente rilevante del sig. -OMISSIS-, ha comunque valutato le misure di *self cleaning* per un verso giudicandole minimali – e addirittura ininfluenti secondo il giudice di *prime cure* – e per altro ha considerato positivamente la dismissione di quote minime del capitale sociale, con conseguente aumento del numero dei soci, senza adeguatamente valutare se detto aumento fosse in realtà preordinato ad evitare l'esclusione automatica e senza del pari considerare se fosse evidenziabile una rottura dei rapporti con il sig. -OMISSIS-

cui era ascrivibile il comportamento scorretto.

19.1. Pertanto, in sede di riesercizio del potere la stazione appaltante, dopo avere congruamente valutato se la condanna subita dal socio di maggioranza della -OMISSIS-, sia idonea ex se a integrare un illecito professionale rilevante ai fini dell'esclusione, negli evidenziati termini, avendo riguardo anche al comportamento posto in essere durante in pendenza del procedimento penale, con la dismissione di quote minime di capitale sociale, ferma rimanendo la sua veste di "socio sovrano", dovrà congruamente valutare se la società abbia posto in essere adeguate misure di *self cleaning*, idonee a ripristinare il rapporto fiduciario con l'operatore economico, avendo riguardo alla loro effettività e tempestività e in particolare alle misure organizzative poste in essere e alla loro idoneità ad evitare la commissione di illeciti professionali per il futuro (cfr al riguardo Cons. giust. amm. Sicilia, 11 aprile 2024, n. 942 secondo cui ai fini dell'efficacia delle misure di *self cleaning*, è necessario che esse garantiscano una reale autonomia e una effettiva discontinuità rispetto alla precedente gestione. La mera sostituzione del legale rappresentante, se non accompagnata da altre misure concrete che assicurino una separazione operativa e gestionale dai soggetti coinvolti in illeciti, è considerata insufficiente).

20. Del pari coglie nel segno la censura formulata da parte appellante relativamente all'erroneità della sentenza di *prime cure*, per non avere correttamente considerato la ricorrenza dell'ipotesi di esclusione facoltativa di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) *bis*, d.lgs. n. 50 del 2016.

20.1. Secondo parte appellante erroneo sarebbe il ragionamento del primo giudice che aveva ritenuto di poter "escludere(re) il reclamato illecito dichiarativo in entrambe le declinazioni (c-bis e f-bis)".

Ciò in quanto *in primis* la dichiarazione per cui la -OMISSIS- non si troverebbe nelle situazioni di cui al comma 1 sarebbe oggettivamente falsa, ed in secondo luogo in quanto sarebbe proprio l'intero compendio dichiarativo della mandataria, mirato a far passare in sordina il ruolo di assoluto comando del socio al 90% Sig. -OMISSIS-, ad appalesarsi fuorviante e deceptivo, essendo stato tra l'altro sottaciuto anche il ruolo da egli svolto nell'ambito delle società consortili deputate all'esecuzione della commessa.

20.2. Va al riguardo ricordato che secondo il noto arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 2020, in tema di gravi illeciti professionali, le omissioni dichiarative e le informazioni false e fuorvianti rese dall'operatore economico rilevano ai fini dell'esclusione dalla gara laddove siano dirette e in grado di influenzare le decisioni della stazione appaltante sull'esclusione, sulla selezione o sull'aggiudicazione, così come previsto dall'art. 80, comma 5, lett. c) [oggi, c-bis], a differenza delle ipotesi residuali di falsità dichiarativa o documentale previste dall'art. 80, co. 5, lett. f-bis) del Codice, per le quali si applica, al contrario, l'automatismo espulsivo (ex multis da ultimo Cons Stato, sez. V, 13 gennaio 2025, n. 167).

20.3. Ciò posto, sebbene non ricorresse l'ipotesi di esclusione automatica di cui al comma 5 *f bis*), la stazione appaltante era chiamata a valutare se l'omissione dichiarativa del RTI -OMISSIS- circa il ruolo rivestito dal sig. -OMISSIS-, condannato in via definitiva per corruzione,

potessi integrare l'ipotesi di esclusione facoltativa di cui alla lett c) *bis* del medesimo comma 5.

20.3.1. Detto giudizio spetta invero alla stazione appaltante, la quale sola è chiamata a valutare il punto di rottura del rapporto fiduciario con l'operatore economico, stabilire se l'informazione sia effettivamente falsa o fuorviante; se la stessa o l'omissione dichiarativa sia stata in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico abbia inciso in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità (Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2025, n. 167; Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2024, n. 602; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2023, n. 2726; Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2022, n. 10504; Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8336; Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2022, n. 6697; Cons. Stato, Sez. V, 06 dicembre 2021, n. 8159; Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 28 agosto 2020, n. 16).

20.3.2. Pertanto, correlativamente, gli obblighi dichiarativi imposti ai concorrenti hanno carattere strumentale rispetto alla valutazione di competenza della stazione appaltante sull'integrità ed affidabilità degli stessi e, in quanto tali, si estendono necessariamente ad *"ogni dato o informazione comunque rilevante"* rispetto alla valutazione stessa, con la conseguenza che la violazione degli obblighi dichiarativi è astrattamente idonea ad integrare la fattispecie di grave illecito professionale, ferma restando la valutazione di competenza della stazione appaltante nei termini tracciati dal richiamato arresto dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, 9 maggio 2023, n. 4642).

Come anche di recente sottolineato da questa sezione, *"legittimamente, pertanto, l'esclusione può essere correlata alla pendenza di un procedimento penale idoneo ad evolvere in illecito professionale, alla stregua di una valutazione discrezionale condotta dalla stazione appaltante, che deve essere posta nelle condizioni di compierla grazie ad una dichiarazione completa. Detto in altri termini, l'attività valutativa prescindente dalla condanna definitiva si basa sul fatto emergente dagli atti del procedimento penale, che sono rivalutati dalla stazione appaltante"* (Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2024 n. 5450 che ha inoltre precisato che *"Va detto che l'art. 80, comma 5, lett. c), chiede che la stazione appaltante dimostri "con mezzi adeguati" che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, ma non prevede l'attivazione a fini di conoscenza del fatto con strumenti officiosi, peraltro di dubbia applicabilità (mentre va detto che non è applicabile alla fattispecie l'invocato art. 86 dello stesso d.lgs. n. 50 del 2016). Anzi, affinché la valutazione della stazione appaltante possa essere effettiva, è necessario che essa abbia a disposizione quante più informazioni possibili, della cui fornitura deve farsi carico l'operatore economico (Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5142). Deve altresì ammettersi che l'omessa dichiarazione di informazioni rilevanti costituisca di per sé grave errore professionale che conduce all'espulsione del concorrente ove la stazione appaltante lo reputi idoneo a compromettere l'affidabilità e l'integrità dell'operatore"*).

A fronte di fattispecie idonee a essere configurate come illeciti professionali non è pertanto configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scelta circa i fatti da indicare, sussistendo, al contrario, un principio di doverosa onnicomprensività della dichiarazione tale da consentire alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le opportune valutazioni di sua competenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2018, n.

4532 11 giugno 2018, n. 3592 19 novembre 2018, n. 6530).

20.4. Ciò posto, al contrario di quanto ritenuto dal primo giudice, onde escludere l'omissione dichiarativa, non poteva attribuirsi mero rilievo alla circostanza che nel DGUE fosse stata menzionata la condanna subita dal sig. -OMISSIS-, posto che si era indicato il ruolo di soggetto cessato dalla carica (oltre l'anno di rilevanza) senza peraltro precisare che Egli era anche socio di maggioranza (oltre che membro del c.d.a.), laddove con riferimento ai soci di maggioranza ricorre uno specifico obbligo dichiarativo, a prescindere dalla circostanza che venga in rilievo una società con un numero di soci pari o inferiore a quattro (ex multis Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2020 n. 7471; T.a.r. per la Puglia, 24 marzo 2021 n. 495, riformata da questa sezione, con sentenza 27 gennaio 2022, n. 575 solo sotto l'assorbente rilievo che la condanna subita dal socio di maggioranza era risalente oltre il triennio di rilevanza dall'indizione della gara) considerata la centralità dell'assemblea e delle sue decisioni rispetto alle vicissitudini societarie, per cui la titolarità della quota "sovrana" del capitale sociale risulta tutt'altro che ininfluente.

Ed invero nella fattispecie in esame, come in quelle considerate nei citati precedenti, non viene in rilievo un semplice socio di maggioranza, bensì di un socio di maggioranza che deteneva al momento di indizione della gara ben oltre i 2/3 del capitale sociale, circostanza questa che, in ragione della disciplina dettata dal legislatore sull'assemblea e sui relativi *quorum* costitutivi e deliberativi, risultava in sé più che sufficiente a collocare il sig. -OMISSIS- in una posizione di incontrastato dominio all'interno dell'assemblea e quindi, della società.

21. Con il secondo motivo di appello AVR critica il *decisum* di *prime cure* anche laddove ha disatteso il II motivo del III ricorso per motivi aggiunti, essendovi a suo avviso, altro precedente penale anch'esso anteriore all'indizione della procedura, che rendeva tassativa l'estromissione del RTI -OMISSIS- e che il T.a.r. aveva pretermesso mediante un inconferente riferimento al "*principio di stretta interpretazione*".

21.1. In data 3.11.2020, il Tribunale di Parma aveva infatti emesso una sentenza di condanna a 1 anno e 2 mesi di reclusione, ai sensi degli artt. 444 e 445 c.p.p., per concorso in bancarotta fraudolenta, nei confronti del sig. -OMISSIS-, direttore tecnico della mandante -OMISSIS-S.r.l., divenuta irrevocabile il 29.12.2020.

La condanna, irrogata nel triennio antecedente al bando (30.5.2023) non era mai stata dichiarata dalla mandante (cfr. la domanda di partecipazione, il DGUE e la dichiarazione resa ai sensi dell'art. 80, docc. 8, 10 e 76 – I g.), che avrebbe invece dovuto notiziarne subito la S.A., trattandosi di fattispecie di reato di particolare gravità nel contesto di una pubblica gara.

Tanto che l'ANAC, nelle Linee guida n. 6, al par. II.2 individua la bancarotta fraudolenta quale causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), anche al cospetto di una condanna non definitiva.

E la condanna del direttore tecnico -OMISSIS- era finanche divenuta irrevocabile già in data 29.12.2020, pendente l'esecuzione del precedente A.Q. 2019-2022 da parte del RTI aggiudicatario anche dell'odierna procedura.

Senonché il primo giudice aveva erroneamente ritenuto che la condanna del sig. -OMISSIS- non rilevarebbe quale illecito professionale nel caso concreto in quanto il reato di bancarotta fraudolenta sarebbe stato commesso dal -OMISSIS- nell'interesse di un'altra impresa, estranea a qualsiasi rapporto con la mandante, tesi questa in alcun modo condivisibile dal punto di vista giuridico, essendo i reati ascrivibili in ogni caso alla persona fisica, poi divenuto amministratore della società riuniti nel RTI aggiudicatario.

Secondo parte appellante al sopraindicato illecito professionale si cumulava, come lamentato *in prime cure*, l'omessa dichiarazione della condanna da parte della mandante, determinando a fortiori la doverosa esclusione del RTI -OMISSIS- ai sensi della lett. f-bis) o comunque della lett. c-bis).

22. Anche tali censure colgono nel segno laddove volte ad evidenziare la necessità di valutazione ad opera della stazione appaltante della ricorrenza dell'ipotesi di esclusione di cui agli artt. 80 comma 5 lett c) e c) *bis*, nei termini innanzi evidenziati, rientrando senz'altro il reato di bancarotta fraudolenta fra le fattispecie di reato in grado di integrare, ai sensi della Linee guida Anac n. 6, l'illecito professionale, ove ascrivibili a soggetti in grado di determinare il contagio, non rilevando che il reato sia stato commesso nell'interesse di altro operatore economico, posto che con riferimento alle fattispecie di reato commesse dai soggetti applicati, la valutazione di inaffidabilità morale è effettuata a carico dell'ente in virtù di una *fictio iuris* essendo essa indirizzata, in realtà, verso coloro che ne hanno la direzione o sono capaci di orientarne le scelte (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2023, n. 6067).

Infatti la presenza di eventuali "gravi illeciti professionali" può assumere rilevanza, ai fini dell'esclusione dalla gara, quando gli stessi siano riferiti direttamente all'operatore economico oppure (come nella fattispecie *de qua*) ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, d.lgs. 50 del 2016 (Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2019, n. 2279).

22.1. Da ciò pertanto la sussistenza del correlativo obbligo dichiarativo in capo all'operatore economico.

22.2. Va pertanto disattesa l'interpretazione della norma fatta propria dal primo giudice, che nel richiedere che l'illecito professionale sia posto in essere nell'interesse dell'operatore economico partecipante alla procedura, finisce per il riferire la valutazione della stazione appaltante al solo "operatore economico" partecipante alla gara, escludendo, nel caso in cui si tratti di persona giuridica, la valutabilità di condotte riferibili alle persone fisiche che ne abbiano la rappresentanza o che rivestano posizioni di direzione o controllo.

22.2.1. In proposito, vanno piuttosto ribaditi i principi affermati anche dalle Linee guida dell'Anac n. 6 (adottate con delibera del 16 novembre 2016, n. 1293, ed aggiornate con successiva delibera 11 ottobre 2017, n. 1008), confermati, tra le altre, dalla sentenza di questa sezione con sentenza 4 giugno 2020, n. 3507 (in senso analogo Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2023, n. 6067 cit.).

Rientrano infatti nell'ambito dei gravi illeciti professionali sia le condotte imputabili direttamente all'operatore economico persona giuridica (es. le risoluzioni contrattuali, le

penali, le annotazioni nel casellario informatico) sia i comportamenti posti in essere da persone fisiche ma riferibili all'impresa, ed in particolare le condotte penalmente rilevanti, poiché altrimenti queste ultime non sarebbero mai utili per decidere dell'affidabilità dell'operatore ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici *vigente ratione temporis*, dato che la responsabilità penale riguarda le sole persone fisiche e non anche le imprese; ciò che sarebbe evidentemente contrario alla logica ed alla *ratio* della disposizione, trattandosi di condotte a rilevanza penale che, se realizzate dagli esponenti di cui l'impresa si avvale per operare sul mercato, incidono necessariamente sulla sua affidabilità.

22.2.2. La sentenza n. 3507 del 2020, richiamando il precedente della stessa Sezione V, 3 dicembre 2018, n. 6866, afferma, a sua volta, che la società può essere esclusa da una procedura di gara ex art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per un grave illecito professionale commesso da un suo esponente, ma precisa che *“questo non tanto in virtù del principio di immedesimazione organica – destinato ad operare propriamente nell'ambito negoziale come modalità di imputazione all'ente della volontà manifestata dalla persona fisica cui ne è affidata la rappresentanza – quanto, piuttosto, per altro principio già definito del “contagio” [...]”, secondo cui “se la persona fisica che nella compagine sociale riveste un ruolo influente per le scelte della società, anche al di là di un'investitura formale e, dunque, anche se in via di fatto, è giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito nella pregressa attività professionale, inaffidabile può essere considerata – in virtù appunto del suo potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione – anche la società che dirige o è in grado di orientare con le sue indicazioni”*.

22.3. Detta interpretazione è stata peraltro recepita nel nuovo codice (d.lgs. n. 36 del 2023) che all'art. 98 comma 1 precisa *claris verbis* che *“L'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h)”* che fa riferimento alle fattispecie di reato ascritte ai soggetti di cui all'art. 94 comma 3, in grado di incidere, “per contagio” sull'affidabilità professionale dell'operatore economico, fra le quali figura, mutuando quanto previsto dalle Linee guida dell'Anac n. 6, il reato di bancarotta fraudolenta (art. 98 comma 3 lett. h)), ferma restando la sussistenza di adeguati mezzi di prova (individuati dall'art. 98 comma 6, nella sentenza di condanna definitiva, nel decreto penale di condanna irrevocabile, nella condanna non definitiva, o nei provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale).

22.4. Da ciò pertanto la necessità che la stazione appaltante si pronunci, sia ai fini della rilevanza dell'illecito professionale *ex se*, ex art. 80 comma 5 lett c) che, sull'omissione dichiarativa, ex art. 80 comma 5 lett c *bis*, d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto in grado di influenzare il suo processo decisionale, alla luce delle coordinate ermeneutiche innanzi evidenziate (cfr in particolare parr. 16.1, 20.2 e 20.3.2.) esaminando anche le eventuali misure di *self cleaning* poste in essere, le quali devono essere effettive e tempestive e in grado di garantire una separazione operativa e gestionale dai soggetti coinvolti in illeciti (cfr par. 19.1.).

23. Con il terzo motivo di appello AVR critica la sentenza di *prime cure* anche nel punto in cui aveva disatteso la censura sul radicale difetto, in capo al RTI aggiudicatario, dei requisiti di capacità tecnica e professionale prescritti dall'art. 12 del disciplinare.

23.1. Ed invero i requisiti di punta erano stati dichiarati dalla sola mandataria ed erano peraltro insufficienti alla dimostrazione del possesso dei requisiti, tanto che la stazione appaltante aveva attivato il soccorso istruttorio.

Con tre identici riscontri, la -OMISSIS- aveva dunque trasmesso alla CUC una serie di fatture in asserita ottemperanza alle prescrizioni di cui all'art. 12 del disciplinare, ciascuna riferita all'Accordo quadro o al contratto per il servizio neve di riferimento come da DGUE.

23.2. Con il II motivo del ricorso introduttivo, si era pertanto contestato che, mediante la pluralità di contratti menzionata nel DGUE, la mandataria avesse offerto un'indebita dimostrazione frazionata dei requisiti in parola, in tesi in chiaro spregio alle clausole edittali che, con riferimento sia al servizio neve che all'accordo quadro per la manutenzione stradale, ne individuavano i parametri minimi e inderogabili, vale a dire almeno un contratto del valore non inferiore a € 150.000,00 (servizio neve) e a € 1.500.000,00 (accordo quadro per la manutenzione stradale).

23.3. Senonché, nella memoria depositata in vista dell'udienza cautelare del 34 6.12.2023, il Comune aveva sostenuto l'innovativa tesi secondo cui, per coprire entrambi i requisiti di punta, l'ATI -OMISSIS- si era avvalsa non già della "sommatoria dei contratti di modesto importo elencati nei DGUE" e dimostrati con fatture – peraltro all'uopo richieste ed esaminate dalla S.A. in sede di soccorso istruttorio –, bensì di un unico contratto, vale a dire il precedente A.Q. di manutenzione stradale (edizione 2019-2022) eseguito dal RTI in favore dello stesso Comune di Fidenza, per un importo di circa 3,5 milioni di Euro.

23.4. In tesi di AVR ben diverso sarebbe l'assetto qualificatorio delineato nel DGUE della sola mandataria, che, sommando gli importi ivi indicati per il requisito manutentivo (quantunque indebitamente frazionato), ammonterebbe a € 1.546.291,91 (doc. 18-quater – I g.). Di questa cifra, le somme riconducibili al precedente A.Q. sarebbero in totale € 1.028.335,24, ripartite, nel DGUE, in € 413.404,62 per il 2020, in € 303.286,39 per il 2021 e in € 311.644,23 per il 2022. Non raggiungendo la soglia richiesta (€ 1.500.000,00), la -OMISSIS- aveva altresì presentato un Accordo quadro in favore di -OMISSIS- S.p.A. (€ 377.800,00) e un contratto di subappalto nel contesto dell'Accordo quadro RFI n. 386/2018 (€ 140.156,67), addivenendo al suddetto importo di € 1.546.291,91.

Stante la contraddittorietà tra i contenuti del DGUE, l'attivazione del soccorso istruttorio e le tesi professate in giudizio dall'Ente, AVR aveva richiesto l'accesso alla documentazione contabile del pregresso affidamento.

23.5. A quel punto, l'esame dei SAL emessi dal Comune con riferimento all'A.Q. 2019-2022 (docc. 56-62 – I g.) aveva consentito di appurare che, in verità, gli importi che la mandataria aveva maturato in quel lasso temporale erano molto più bassi di quelli presentati ai fini della qualificazione ex art. 12 del disciplinare, vale a dire non già € 1.028.335,24 bensì € 909.662,55.

23.5.1. Ciò in quanto:

i) di tutti e 7 i SAL dovevano essere considerati i soli importi rilevanti ai sensi dell'art. 12 del disciplinare, ossia quelli riferiti alle annualità 2020, 2021 e 2022 (scomputando quelli relativi al 2019, irrilevanti ai fini di gara);

ii) dovevano essere detratti gli importi relativi al servizio neve (in quanto avulso dalla manutenzione stradale e in effetti oggetto di apposito e separato requisito di punta, nonché dimostrato dalla -OMISSIS- per il tramite di altri contratti);

iii) non dovevano essere conteggiate le migliorie non eseguite dalla -OMISSIS- (che nei SAL sono riportate con il segno '-');

iv) in via del tutto prudenziale, gli importi dedotti nei SAL per il servizio di "Reperibilità strade" potevano essere attribuiti alla -OMISSIS-, ancorché la contabilità dell'appalto non consentiva di evincere a quale delle imprese associate tale servizio fosse concretamente da imputarsi.

In tesi attorea assommando agli € 909.662,55 del precedente A.Q. gli importi indicati per l'Accordo quadro in favore di -OMISSIS- S.p.A. (€ 377.800,00) e per il contratto di subappalto relativo all'Accordo quadro RFI n. 386/2018 (€ 140.156,67), si giungerebbe a un totale di € 1.427.619,22, inferiore agli € 1.500.000,00 richiesti dalla legge di gara.

23.6. Pertanto, secondo parte appellante, avuto riguardo alle doglianze articolate *in prime cure*, del tutto erronea sarebbe la sentenza di appellata che le aveva disattese.

23.6.1. Ciò in primo luogo in considerazione del rilievo che i requisiti di punta erano stati nel DGUE dichiarati e spesi dalla sola mandataria -OMISSIS-, e non dall'intero RTI.

23.6.2. Peraltro la mandataria nel DGUE non aveva affatto speso il precedente A.Q. nella sua interezza, bensì – per quanto concerne la sola manutenzione stradale – nei soli limiti degli importi da essa stessa (a suo dire) maturati nel contesto del precedente affidamento.

Tant'è che, essendo tali importi insufficienti a integrare il valore del requisito (€ 1.500.000,00), la mandataria – conscia di non potere utilmente spendere l'A.Q. 2019-2022 per la parte eseguita dagli altri membri dell'ATI – li aveva integrati con altri due contratti (subappalto RFI e accordo quadro con -OMISSIS-).

23.6.3. Ed invero a dispetto di quanto rilevato dal T.a.r. (cfr. pp. 91-92), l'ATI non sarebbe un autonomo soggetto giuridico e pertanto non poteva maturare, né spendere in proprio requisiti di capacità tecnica e professionale (men che meno se "di punta").

In tesi di parte appellante per un verso, la mancanza di personalità giuridica in capo al RTI escluderebbe categoricamente che lo stesso possa, di per sé, maturare e spendere requisiti, che appartengono invece, eventualmente, alle singole imprese associate. Per altro verso, quel che rileva non è la qualificazione che il concorrente possiede, bensì quella spesa in concreto ai fini della partecipazione a una determinata procedura a evidenza pubblica.

23.6.4. Pertanto sarebbero dunque del tutto irrilevanti sia i poteri di rappresentanza della

mandataria, sia il fatto che i DGUE delle mandanti rinviino, in tema di subappalto, a quello della -OMISSIS- e che l'ATI sarebbe già stata costituita.

23.6.5. In tesi attorea non sarebbe l'astratto possesso del requisito ad assumere rilievo in sé, bensì la concreta spendita di questo da parte del concorrente, non passibile di modifiche successivamente alla presentazione della domanda.

23.6.6. La sentenza sarebbe inoltre da riformare anche laddove, nel rigettare il I atto di motivi aggiunti, aveva approvato la mancata acquisizione da parte dell'Amministrazione dei certificati di regolare esecuzione.

23.6.7. Priva di fondamento sarebbe inoltre anche la convinzione del T.a.r. per cui, rispetto all'importo effettivamente eseguito della mandataria nel precedente A.Q. come calcolato da AVR, il Comune e la -OMISSIS- avrebbero "documentato sia gli errori materiali – e le relative correzioni comunque favorevoli all'aggiudicataria – sia i conteggi emergenti dalle evidenze contabili" (p. 90); ciò in quanto tali "correzioni" erano state ampiamente confutate da AVR già nella memoria di replica del 24.2.2024, cui le controparti non avevano controdedotto.

Ciò anche in considerazione del rilievo che al fine di supportare le suddette "correzioni" il Comune aveva adoperato documentazione depositata unitamente alla memoria di merito del 19.2.2024 e per ciò stesso tardiva ex art. 73 c.p.a., con suo doveroso stralcio, circostanze queste obliterate dal primo giudice.

23.6.8. Inoltre avrebbe errato il primo giudice a ritenere che gli importi del servizio neve eseguito nel contesto del precedente A.Q. fossero utilizzabili per assolvere al requisito della manutenzione strade.

23.6.9. Peraltro, in tesi di parte appellante, a nulla rileverebbe che in giudizio il Comune avesse "documentalmente chiarito" che anche scomputando gli importi del servizio neve l'A.Q. sarebbe stato comunque capiente per la manutenzione strade, ciò in quanto l'A.Q. non era spendibile per intero ma relativamente ai soli importi indicati nel D.G.U.E. della mandataria.

Del resto né la -OMISSIS-, né gli altri membri dell'ATI avevano mai richiamato l'A.Q. 2019-2022 per soddisfare anche il requisito neve. Né, in tesi, l'oggettivo difetto del requisito del servizio neve, ad onta di quanto asserito dal Tar, mai potrebbe essere "salvato" dall'utilizzo alternativo del contratto con -OMISSIS- (triennio 2018-2021) speso dalla mandante -OMISSIS-, in quanto non specificatamente attribuibili alle annualità di interesse.

23.7. Pertanto in conclusione, parte appellante afferma che il RTI -OMISSIS- doveva essere esclusa per difetto dei requisiti di cui all'art. 12 del disciplinare sulla base dei seguenti rilievi:

a) perché avrebbe tentato di dimostrarli per il tramite della sola mandataria, non con uno, ma con più contratti, laddove gli stessi in tesi non sarebbero frazionabili;

b) perché il requisito di punta deve essere posseduto per intero da un singolo componente del raggruppamento (ANAC, Delibera n. 337 del 20.7.2023).

Nel caso di specie ai sensi dell'art. 12 del disciplinare, il requisito andava dunque soddisfatto con un solo contratto eseguito da uno solo dei membri dell'ATI, prescrizione platealmente contravvenuta dall'aggiudicataria.

Pertanto, avendo il RTI -OMISSIS- speso tre contratti per il requisito dell'A.Q. (doc. 18-quater – I g.) e ben 12 contratti per il servizio neve (doc. 18-ter – I g., dato oggettivo e mai contestato ex adverso in I grado) sarebbe del tutto evidente che la -OMISSIS- non potesse ritenersi qualificata in forza della violazione del divieto di frazionamento dei requisiti di punta.

24. Il motivo va disatteso, alla stregua di quanto di seguito precisato.

24.1. Ed invero l'art. 12 del disciplinare di gara (*"Requisiti di idoneità professionale e condizioni minime di carattere economico e tecnico necessarie per la partecipazione"*), nello specifico, richiedeva i seguenti requisiti: *"L'operatore deve dimostrare: - di aver eseguito nell'ultimo triennio (2020-2021-2022) almeno un servizio di sgombero neve e spargimento sale (incluso in un accordo quadro per la manutenzione stradale e/o come servizio – accordo quadro eseguito a parte) per un importo pari, nel triennio, ad almeno € 150.000,00 al netto dell'IVA. Il requisito dovrà essere dimostrato caricando sul FVOE la contabilità o le fatture relative a quanto dichiarato; - di aver eseguito nell'ultimo triennio (2020-2021-2022) almeno un accordo quadro per la manutenzione stradale per un importo minimo di € 1.500.000,00, al netto dell'IVA"*.

24.2. Ciò posto deve considerarsi corretto sul punto l'operato della stazione appaltante che, avendo riguardo all'A.Q. indicato dalla mandataria -OMISSIS- nel proprio D.G.U.E., all'esito del soccorso istruttorio ha ritenuto, in un'ottica sostanzialista, in applicazione del principio del risultato e della fiducia, consacrati dall'attuale codice dei contratti pubblici, ma da intendersi già immanenti nel sistema, secondo quanto di seguito precisato, il precedente A.Q. per gli interi importi riferibili alle annualità di cui all'art. 12 del disciplinare; ciò in considerazione del rilievo che detto A.Q. è del pari riferibile al medesimo Comune di Fidenza e che il RTI -OMISSIS-, affidatario uscente, è un RTI già costituito che si è presentato nella medesima composizione, in RTI orizzontale (secondo quanto ritenuto dal primo giudice con un capo non oggetto di appello) all'esito della cessazione dell'affidamento di cui al precedente A.Q. per partecipare alla procedura *de qua*.

24.2.1. Pertanto, avuto riguardo a tale circostanza, non pertinenti appaiono i richiami giurisprudenziali effettuati da parte appellante, dovendosi sul punto condividere le conclusioni cui è pervenuto il primo giudice, sia con riguardo al ruolo svolto dalla mandataria quale rappresentante del RTI (già costituito) – non rilevando pertanto la circostanza che il RTI non sia configurabile quale persona giuridica – sia, ad onta degli importi dichiarati nel D.G.U.E., della possibilità di spendita da parte della stessa degli interi importi del precedente A.Q., avendo peraltro le mandanti, come evincibile dai D.G.U.E. da essi compilati, omesso per lo più di dichiarare i requisiti *de quibus*, confidando nella spendita degli stessi da parte della mandataria.

Infatti alla mandataria del RTI costituito, come correttamente ravvisato dal primo giudice, spettano i poteri di rappresentanza previsti dall'art. 48, comma 15 del d.lgs. n. 50 del 2016, con poteri che la autorizzano a presentare offerta anche in nome e per conto delle mandanti e

dell'intera compagine, indipendentemente dal fatto che la compagine sia dotata di personalità giuridica.

24.3. Pertanto i rilievi su cui si fonda la prospettazione di parte appellante che si è spesa in calcoli al fine di dimostrare la quota del precedente A.Q. che potesse essere spesa dalla mandataria -OMISSIS-, non colgono nel segno, dovendosi sul punto condividere le conclusioni cui è pervenuto il primo giudice.

24.4. Ed invero il RTI -OMISSIS- è l'operatore uscente ed ha senz'altro maturato il possesso del requisito con l'Amministrazione che bandisce la gara. Eseguendo i lavori, servizi e forniture richiesti nell'ambito dell'Accordo quadro che si era aggiudicato nel triennio precedente, l'operatore uscente aveva maturato il requisito richiesto; l'informazione era certamente già in possesso della Stazione appaltante, per cui al riguardo non vi era nemmeno necessità di espletamento del soccorso istruttorio, posto che avrebbe dovuto essere lo stesso Comune di Fidenza a rilasciare la documentazione necessaria a dimostrare a se stesso il possesso del requisito dichiarato dalla mandataria.

24.5. Deve pertanto ritenersi che il possesso del requisito in capo al raggruppamento uscente non sia stato riconosciuto in virtù della sommatoria dei contratti di modesto importo elencati nei DGUE degli operatori raggruppati, ma in virtù del fatto che il raggruppamento -OMISSIS- aveva, quantomeno, eseguito un contratto di importo sufficiente, sia per la manutenzione strade che per lo sgombero neve, con il Comune di Fidenza e a tale Accordo quadro aveva fatto esplicito riferimento nelle dichiarazioni prodotte in sede di offerta, sia pure per importi inferiori (oltre ad avere documentato un altro contratto "di punta" per lo sgombero neve e spargimento sale di importo pari a € 600.000,00 dei quali, in via prudenziale, almeno a € 150.000,00 potevano essere ascritti alle annualità di riferimento).

24.5.1. In sede di DGUE la mandataria aveva chiaramente indicato, oltre ai contratti di importo insufficiente, al fine di attestare il requisito dei due contratti "di punta", l'Accordo quadro con il Comune di Fidenza. Ciò era di per sé sufficiente a ritenere integrato il possesso del requisito relativo ai due contratti "di punta", posto che il Comune di Fidenza era consapevole della veridicità della dichiarazione, essendo esso stesso in possesso della documentazione atta a comprovarla, posto che ad esso stesso competeva la certificazione.

24.5.2. Ed invero, essendo stato l'Accordo quadro col Comune di Fidenza eseguito da tutte le imprese raggruppate e venendo speso il requisito da una delle imprese in raggruppamento (peraltro orizzontale), il requisito non può che avvantaggiare tutto il raggruppamento: il medesimo Accordo quadro, comunque denominato, aveva ad oggetto, non solo la manutenzione stradale, ma anche lo spargimento sale e lo sgombero neve, il che consentiva la sua spendita per integrare il possesso di entrambi i contratti "di punta".

24.5.3. Correttamente il Seggio di gara ha pertanto ritenuto che, facendo la -OMISSIS- riferimento all'Accordo quadro precedente con il Comune di Fidenza – riguardante peraltro il medesimo raggruppamento di imprese ora aggiudicatario –, abbia speso quel contratto per l'intero Raggruppamento, al fine di integrare il requisito riguardante i contratti "di punta": la mandataria, inoltre, contrariamente a quanto sostenuto da parte appellante, come già

correttamente ritenuto dal primo giudice, non si “è appropriata” di requisiti altrui, non essendosi presentata in proprio alla gara in oggetto, ma nella medesima composizione di cui alla precedente gara, culminata con l’affidamento dell’indicato A.Q..

24.5.4. Deve pertanto condividersi sul punto la prospettazione del Comune di Fidenza – già recepita dal primo giudice - secondo cui irrilevante è la circostanza che -OMISSIS- abbia indicato importi parziali, in quanto il Comune di Fidenza era consapevole che erano state eseguite prestazioni per importi superiori a quelli richiesti per i due contratti “di punta”: solo uno sterile formalismo avrebbe potuto indurre il Comune di Fidenza a considerare non posseduto un requisito che era, comunque, stato dichiarato (manifestando così l’intenzione di avvalersene) ed in relazione al quale era la stessa stazione appaltante ad essere depositaria della documentazione atta a comprovarne il possesso.

24.5.5. L’operato dalla stazione appaltante deve invero ritenersi corretto in quanto improntato al rispetto dei principi del risultato e della fiducia che, sia pure cristallizzati solo dal d.lgs. 36 del 2023, dovevano intendersi già immanenti nel sistema, secondo un orientamento da intendersi ormai consolidato (ex multis Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2024, n. 7875).

Pertanto il risultato può essere adottato dal giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure ad evidenza pubblica non rette dal d.lgs. n. 36 del 2023. L’amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in “difesa” dell’interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura ad evidenza pubblica, trattandosi di un principio considerato quale valore dominante che esclude che l’azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell’obiettivo finale (ex multis Cons. Stato, sez. VI, n. 4996 del 2024, con richiamo a Cons. Stato sez. V, n. 1924 del 2024; sez. III, n. 286 del 2024 e 9812 del 2023).

24.5.6. Come ritenuto dalla giurisprudenza in materia di contratti pubblici, la stazione appaltante è responsabile dello svolgimento della gara ed è tenuta ad assicurare il soddisfacimento degli interessi pubblici, sulla base di un potere discrezionale orientato a conseguire il miglior risultato possibile nell’affidare ed eseguire i contratti, in attuazione dei principi generali del risultato e della fiducia, principi ispiratori dell’attività amministrativa avvinti inestricabilmente. In altri termini, l’ottimo risultato si persegue a mezzo della realizzazione del principio della fiducia, che consente un ampliamento dei poteri valutativi della stazione appaltante; in applicazione di tali principi, si ritiene che l’interpretazione della *lex specialis* deve avvenire secondo criteri sostanziali conformi ai principi enunciati, finalizzati al raggiungimento del massimo risultato e senza tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l’interesse pubblico sotteso alla procedura (Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2024, n. 9510; in senso analogo Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2024, n. 7875; 13 settembre 2024, n. 7571; 27 febbraio 2024, n. 1924; Sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322).

24.6. Va inoltre disattesa la prospettazione di parte appellante secondo la quale non si potrebbe sostenere che l’Accordo quadro col Comune di Fidenza relativo al quadriennio precedente non potesse essere utilizzato per integrare entrambi i contratti “di punta”, pena la duplicazione del requisito, laddove risulta acclarato, dalla contabilità della precedente commessa, che il RTI -OMISSIS- nel suo complesso abbia eseguito, negli anni 2020-2022,

prestazioni di manutenzione stradale per una somma ben superiore a € 1.500.000,00 euro e servizi di sgombero neve e spargimento sale per importi superiori a € 150.000,00 euro: il fatto che tali prestazioni siano state eseguite nell'ambito di un unico Accordo quadro è pertanto assolutamente irrilevante poiché ciò che rileva è che l'aggiudicataria possa vantare un'esperienza dimostrata dall'esecuzione di prestazioni specifiche per importi ben determinati, senza dubbio superiori a quelli indicati nell'art. 12 del disciplinare che peraltro, nel fare riferimento al servizio neve, precisa che lo stesso può essere *"incluso in un accordo quadro per la manutenzione stradale e/o come servizio – accordo quadro eseguito a parte"*; per cui l'operato della stazione appaltante si rileva corretto avendo riguardo sia al dato letterale della prescrizione della *lex specialis* di gara che alla sua *ratio*. Ciò in disparte dalla documentata esecuzione di altro contratto "di punta" per lo sgombero neve e spargimento sale di importo pari a € 600.000,00 dei quali, in via prudenziale, almeno a € 150.000,00 potevano essere ascritti alle annualità di riferimento

24.7. Alla stregua degli indicati rilievi deve ritenersi che il frazionamento della prova del requisito, come già ritenuto dal primo giudice, non costituisca argomento conferente, stante la sufficienza del precedente Accordo quadro alla dimostrazione del possesso dei requisiti per ambedue i servizi.

24.8. Quanto alla lamentata mancata acquisizione da parte dell'Amministrazione dei certificati di regolare esecuzione del precedente Accordo quadro, vi è da evidenziare che stante la circostanza che il precedente Accordo era stato stilato - ed eseguito - tra la stessa Amministrazione e il RTI nella medesima composizione, tale documentazione era già in possesso dell'Amministrazione che ha indetto la gara, come del resto ritenuto dal primo giudice.

24.9. Irrilevanti si appalesano poi le censure riferite alla tardività della documentazione depositata *in prime cure* da parte del Comune di Fidenza al fine di emendare gli errori materiali dei precedenti conteggi, in considerazione del rilievo che l'udienza di discussione del ricorso si è poi tenuta ben oltre i 20 giorni successivi al deposito di tale documentazione, essendo stata più volte rinviata per la presentazione di ulteriori motivi aggiunti, e in considerazione del rilievo che i conteggi sarebbero rilevanti solo laddove si imputasse al RTI -OMISSIS- la sola quota del precedente A.Q. riferibile a -OMISSIS-, laddove, come innanzi osservato, la -OMISSIS- ben poteva spendere la totalità degli importi del precedente A.Q. sia con riferimento al servizio di manutenzione strade che in riferimento al servizio neve, avendo partecipato alla gara non in proprio ma anche in nome e per conto del RTI già costituito.

25. L'accoglimento negli indicati termini dell'appello principale, impone la disamina dell'appello incidentale, con cui -OMISSIS- censura la sentenza di *prime cure* nella parte in cui ha dichiarato, stante il rigetto del ricorso principale, improcedibile il ricorso incidentale da essa presentato, inerente uno dei requisiti di partecipazione previsti dalla *lex specialis* di gara, in tesi insussistente in capo ad AVR, nonché i chiarimenti resi in merito dalla stazione appaltante.

25.1. Nello specifico con il ricorso incidentale la -OMISSIS- ha rappresentato che il disciplinare di gara (con riferimento al doc. 3 *in actis*), ai punti 12 e 13, sotto alla voce *"Requisiti di idoneità professionale e condizioni minime di carattere economico e tecnico necessarie per la"*

partecipazione” prevedeva: “L’operatore economico deve possedere, ai sensi del comma 3 dell’art. 83 e dell’art. 84 del D.Lgs. 50/2016: (...) - la disponibilità della proprietà o di un accordo preventivo di disponibilità sottoscritto dalle parti unitamente a copia della carta di identità del proprietario medesimo di una sede operativa e di uno o più depositi macchinari e attrezzature nel territorio comunale o comunque ad una distanza massima di non più di 10 km (misurati percorrendo strade pubbliche) dalla sede comunale del Comune di Fidenza (giustificata dai tempi di intervento in reperibilità) allegando anche copia della mappa e del certificato catastale dell’immobile della sede operativa proposta”; sulla piattaforma SATER veniva caricato il quesito n. PI185860 con cui si chiedeva di confermare che il requisito sopra richiamato fosse ugualmente soddisfatto dalla “disponibilità di una sede operativa posta a 10 km dal confine del territorio comunale” e a tale quesito la Stazione Appaltante rispondeva che “In relazione agli obiettivi prefissati dall’Amministrazione si ritiene accettata la richiesta effettuata in quanto la stessa non pregiudica i tempi di intervento e di reperibilità” (con riferimento al doc. 35 *in actis*).

La ricorrente incidentale sottolineava che la AVR S.p.A., nella propria domanda di partecipazione, dichiarava di avere la disponibilità a titolo di locazione di un immobile “sito nel Comune di Fiorenzuola D’Arda, in Via F.lli -OMISSIS- nn. 11-12 – CAP 29017 a 9,1 Km dal confine del territorio comunale (cfr. risposta al quesito del 24.06.2023)” (con riferimento al doc. 40 *in actis*).

25.2. La -OMISSIS- con il motivo di ricorso incidentale, riproposto con l’appello incidentale, chiede pertanto che vengano annullati gli atti impugnati nella parte in cui (e soltanto in quella) l’Amministrazione aveva deciso di modificare la portata del requisito relativo alla disponibilità della sede, ampliando il contenuto delle prescrizioni del disciplinare di gara e conseguentemente gli atti con cui si era provveduto ad ammettere AVR alla procedura, non disponendone l’esclusione, ad attribuirle un punteggio e infine collocarla in graduatoria, affermando che con i chiarimenti resi la stazione appaltante aveva modificato in maniera sostanziale la *lex specialis* di gara.

26. Prima di esaminare il motivo dell’appello incidentale giova pertanto richiamare la giurisprudenza in materia di interpretazione della *lex specialis* di gara e di chiarimenti resi dalla stazione appaltante.

26.1. Ed invero, secondo la costante giurisprudenza in materia condivisa da questa Sezione (ex multis Cons. Stato, Sez. V, 31 ottobre 2022, n. 9386; Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2021, n. 2710), nelle gare pubbliche, nell’interpretazione della *lex specialis di gara*, devono trovare applicazione le norme in materia di contratti, e dunque anzitutto i criteri letterale e sistematico previsti dagli artt. 1362 e 1363 cod. civ..

26.1.1. Ciò significa che, ai fini di tale interpretazione, devono essere applicate anche le regole di cui all’art. 1363 cod. civ., con la conseguenza che le clausole previste si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo ad esse il senso che risulta dal complesso dell’atto. Pertanto se un’aporia tra i vari documenti costituenti la *lex specialis* impedisce l’interpretazione in termini strettamente letterali, è proprio la tutela dei principi dell’affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti che conduce all’interpretazione complessiva o sistematica delle varie clausole.

26.1.2. Le preminenti esigenze di certezza, connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti, impongono pertanto in primo luogo di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettivo incertezza del loro significato letterale.

26.1.3. Secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara, aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; sez. V, 15 aprile 2004, n. 2162; 12 settembre 2017, n. 4307).

Deve pertanto reputarsi preferibile, a tutela dell'affidamento dei destinatari e dei canoni di trasparenza e di "par condicio", l'interpretazione letterale delle previsioni contenute nella legge di gara, evitando che in sede interpretativa si possano integrare le regole di gara, palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale (Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3093).

26.2. Per quanto concerne la portata dei chiarimenti va richiamata la costante giurisprudenza in materia secondo la quale i chiarimenti debbono rispettare "il limite del carattere necessariamente non integrativo né modificativo della disposizione di gara oggetto di interpretazione (limite che deriva dai principi di trasparenza, pubblicità e "par condicio" nelle gare di appalto di matrice comunitaria della regolarità delle procedure di affidamento)", che impone che "il chiarimento non possa forzare e andare oltre il possibile ambito semantico della clausola secondo uno dei suoi possibili significati" (Cons. Stato, sez. III, 23 novembre 2022, n. 10301, così anche Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2024 n.1793).

26.3. Nel caso in cui invece al chiarimento sia riconosciuta una portata novativa si deve "dare prevalenza alle clausole della *lex specialis* ed al significato desumibile dal tenore delle stesse, per quello che oggettivamente prescrivono" (Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2021 n. 2260; così anche Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2024 n. 802, che si riferisce allo stesso come "consolidato principio", rispetto al quale si discosta, Cons. Stato, sez. V, 1 settembre 2023 n. 8127). E ciò indipendentemente dall'impugnazione degli stessi, atteso che "i chiarimenti resi nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della *lex specialis*" (Cons. St., sez. V, 7 settembre 2022 n.7793).

26.4. Inoltre occorre considerare che la trasparenza delle regole di gara è strumentale a tutelare l'interesse alla partecipazione dei singoli operatori economici, in modo da consentire agli stessi di presentare un'offerta ammissibile e competitiva (CGUE, sez. IX, 2 giugno 2016, C- 27/15), sicché la trasparenza delle regole di gara, e in particolare delle regole la cui violazione determina l'espulsione dalla gara, è una condizione di competitività della stessa: regole incerte non solo disincentivano la partecipazione ma la impediscono in quanto non mettono le imprese nelle condizioni di presentare un'offerta ammissibile. Se non viene espressa in modo chiaro (sulla base della *lex specialis* e della legge) una regola che impedisce la partecipazione, le esigenze di trasparenza impongono comunque di consentire ai

concorrenti di sanare la propria posizione (CGUE, sez. IX, 2 maggio 2019 n. 309) e di scegliere, fra le varie interpretazioni possibili del bando di gara, quella che più privilegia la partecipazione, così saldando le regole di trasparenza con il principio del *favor participationis*, che impone, quando trattasi di clausole che possono condurre all'esclusione dell'offerta, di preferire, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola contenute in un bando o in un disciplinare di gara, la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti (Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2023 n. 1589).

27. In tale ottica deve ritenersi corretto l'operato della stazione appaltante che anche con il chiarimento reso ha privilegiato l'interpretazione requisito *de quo* avente portata ampliativa delle possibilità di partecipazione alla gara, così fornendo alla platea dei potenziali concorrenti una informazione funzionale alla formulazione di offerte ammissibili, coadiuvando la partecipazione alla gara e l'organizzazione imprenditoriale in attuazione delle regole di trasparenza e a garanzia della parità di trattamento e del *favor participationis* (in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, 02 gennaio 2024 n. 50), non andando peraltro oltre il significato semantico della clausola della *lex specialis* di gara ed analizzando la stessa anche alla luce della sua *ratio*, dovendo entro tali limiti i chiarimenti intendersi legittimi laddove con essi l'Amministrazione chiarisca la propria volontà provvedimentale, in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis* (Cons. Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 341; Cons. Stato, Sez. III, 22 gennaio 2014, n. 290), sicché esse, per quanto non vincolanti, possono orientare i comportamenti degli interessati e non possono essere considerate *tamquam non essent*.

Infatti *“le risposte date dall'Amministrazione contribuiscono a fornire utili indicazioni di carattere*

applicativo in ordine alla ratio sottesa alle procedure e agli atti in corso di esame (Cons. Stato, Sez. I, parere 6812/2020), e, una volta suggerita, attraverso le FAQ, la ratio propria dell'avviso pubblico, all'Amministrazione è consentito discostarsene solo in presenza di elementi decisivi, che il giudice deve sottoporre a uno scrutinio particolarmente severo, per evitare il rischio che la discrezionalità

amministrativa si converta, con il diverso orientamento amministrativo sopravvenuto, in arbitrio o comunque leda l'affidamento creato nei destinatari delle disposizioni (Cons. Stato, I, parere 1275/2021; cfr. anche sez. V 2 marzo 2022, n. 1486).” (Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2023 n. 11198).

27.1. Nell'ipotesi di specie il chiarimento reso oltre a non contrastare con il dato letterale, potendo intendersi per “sede comunale” il territorio del Comune e dovendo pertanto la distanza di 10 km correlarsi ai confini del territorio comunale, è coerente con la *ratio* del requisito medesimo, dovendo i servizi di cui all'A.Q. essere resi con riferimento all'intero territorio comunale, per cui non avrebbe alcun senso l'interpretazione restrittiva fatta propria da -OMISSIS-.

28. In conclusione l'appello principale va accolto, con riferimento al primo e al secondo motivo, ovvero con riferimento alle indicate ipotesi di esclusione non automatica, ex art. 80

comma 5 lett. c) e c) *bis*, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione e del provvedimento di riesame dell'affidabilità professionale del RTI aggiudicatario, e necessità di riesercizio del potere ad opera della stazione appaltante, nell'osservanza del vincolo conformativo discendente dalla presente sentenza.

28.1. La sentenza di annullamento del giudice amministrativo infatti oltre al c.d. effetto caducatorio o demolitorio, consistente nella eliminazione dell'atto impugnato, produce infatti 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).

28.2. Avuto riguardo alla necessità di riesercizio del potere non vi sono pertanto i presupposti per pronunciare la declaratoria di inefficacia dell'A.Q. e disporre il subentro di parte appellante.

29. L'appello incidentale va per contro respinto.

30. Le spese di lite possono essere compensate in considerazione della complessità delle questioni.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto accoglie l'appello principale e, in riforma della sentenza appellata, annulla il provvedimento di aggiudicazione e il provvedimento di riesame dell'affidabilità professionale del RTI -OMISSIS-, ai soli fini della reiterazione di detto giudizio.

Respinge l'appello incidentale.

Compensa le spese di lite.

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 o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare parte appellata e le persone fisiche indicate in sentenza, ivi compreso il numero della sentenza appellata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Maggio, Presidente FF

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore