

Il grave illecito professionale e la discrezionalità della stazione appaltante alla luce dei principi di risultato e fiducia

di Ivan Carino

Data di pubblicazione: 3-12-2025

La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 8661 del 7 novembre 2025, offre uno dei primi e più significativi banchi di prova per i principi cardine del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. n. 36/2023). Attraverso la disamina di una complessa vicenda contenziosa relativa a una **gara ad alto contenuto tecnologico**, i Giudici del Consiglio di Stato tracciano le coordinate interpretative per l'applicazione dei **“super-principi” del risultato e della fiducia**, fornendo al contempo chiarimenti cruciali sulla nozione di **grave illecito professionale** e sulla portata degli **oneri di comprova dei requisiti**. La pronuncia si segnala per il suo approccio pragmatico, volto a valorizzare la **discrezionalità della stazione appaltante** e a **privilegiare la sostanza sulla forma**, in piena coerenza con la nuova filosofia che anima la disciplina dei contratti pubblici.

Guida alla lettura

1. Il quadro normativo di riferimento: i principi del D.Lgs 36/2023

Il D.Lgs. n. 36/2023 ha inaugurato una **nuova stagione per i contratti pubblici**, ponendo a fondamento della materia principi che ne orientano l'intera applicazione. L'**art. 1** codifica il **“principio del risultato”**, inteso come l'interesse pubblico all'affidamento del contratto e alla sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Tale principio non è una mera dichiarazione programmatica, ma assurge a **“criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale”**.

Strettamente connesso è il **“principio della fiducia”**, sancito dall'**art. 2**, che **valorizza l'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione e dei suoi funzionari, ampliandone i poteri valutativi e la discrezionalità in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile**. Come evidenziato dalla stessa sentenza in commento, citando un proprio precedente: *“La declinazione del principio del risultato quale “criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto” si traduce infatti nel dovere degli enti committenti di ispirare le loro scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che a una lettura meramente formale della norma da applicare”*.

In questo contesto si inserisce anche la riscrittura delle **cause di esclusione**, con una netta distinzione tra quelle **automatiche (art. 94)** e **non automatiche (art. 95)**, tra cui spicca il **“grave illecito professionale” (art. 98)**, la cui valutazione è rimessa alla discrezionalità della

stazione appaltante.

2. La vicenda contenziosa affrontata dal giudice di prime cure: l'aggiudicazione dei sistemi di scansione

La controversia trae origine dall'aggiudicazione da parte dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (ADM) di una gara per la fornitura di sei sistemi di scansione mobili alla società Nuctech Warsaw Company Limited SP. Z.OO. La seconda classificata, Smiths Detection Italia S.r.l., impugnava l'aggiudicazione lamentando, in sintesi, tre ordini di vizi:

1. La **violazione degli obblighi dichiarativi** da parte di Nuctech, per aver omesso di segnalare di essere stata esclusa da una procedura analoga in Belgio per ragioni attinenti alla sua affidabilità e ai suoi legami con il governo cinese, integrando così un **grave illecito professionale ai sensi degli artt. 95 e 98 del D.Lgs. n. 36/2023**. La mancata comprova del requisito di capacità tecnico-professionale, poiché Nuctech aveva prodotto fatture non quietanzate, in presunta violazione della *lex specialis*.
2. **L'erronea attribuzione di punteggi all'offerta tecnica**, ritenuta **intrinsecamente contraddittoria** su alcuni parametri prestazionali.

Il T.A.R. per il Lazio respingeva il ricorso, e la sentenza veniva appellata da Smiths dinanzi al Consiglio di Stato.

3. Le statuizioni del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato respinge l'appello fornendo una lettura delle norme del nuovo Codice fortemente orientata dai **principi di risultato e fiducia**.

3.1. L'illecito professionale e l'onere dichiarativo: una lettura nel solco della discrezionalità della S.A.

Sul primo motivo, il Collegio opera una preliminare e fondamentale distinzione. Dichiarò inammissibile, per violazione del divieto di *ius novorum* (art. 104 c.p.a.), la parte della censura con cui l'appellante tentava di estendere l'oggetto del contendere alla violazione del Regolamento UE sulle sovvenzioni estere (FSR), profilo mai dedotto in primo grado.

Nel merito della doglianza originaria – l'omessa dichiarazione della vicenda belga – il Consiglio di Stato nega che essa possa integrare un grave illecito professionale rilevante ai fini dell'esclusione. La motivazione è netta: l'informazione omessa *“afferiva non ad una esclusione da una procedura di gara o a un inadempimento nell'esecuzione di precedenti commesse, ma a un mancato invito a una procedura negoziata, deciso nella sua discrezionalità dalle autorità belghe”*. Si trattava, dunque, **non di un fatto storico di inadempimento, ma di una valutazione discrezionale di un'altra amministrazione, inidonea di per sé a “rendere evidente il ricorrere di una situazione escludente” e a influenzare la decisione della stazione appaltante**.

Il Collegio, inoltre, valorizza la discrezionalità dell'amministrazione, richiamando il consolidato

orientamento secondo cui **la valutazione di affidabilità dell'operatore economico è sindacabile solo per manifesta irragionevolezza e che le ammissioni, a differenza delle esclusioni, non richiedono una motivazione analitica, potendo questa risultare anche per *facta concludentia*.**

3.2. La comprova dei requisiti e il principio del risultato: la prevalenza della sostanza sulla forma

Ancora più emblematica è la reiezione del secondo motivo, relativo alla comprova del fatturato. L'appellante insisteva sul formalismo della *lex specialis*, che richiedeva “*fatture quietanzate*”.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, sposa **la tesi della prevalenza della sostanza**. Rileva, in primo luogo, che la stessa disciplina di gara prevedeva come equipollente la produzione di “*documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse*”.

Nuctech aveva prodotto proprio tale documentazione, consentendo alla stazione appaltante, tramite un incrocio dei dati, di verificare l'effettivo pagamento.

Di fronte all'obiezione che tali documenti fossero in lingua polacca, il Collegio osserva che il riscontro, basato su dati numerici (importi, riferimenti delle fatture), non necessitava di alcuna traduzione giurata, essendo *ictu oculi* comprensibile.

È qui che la sentenza invoca esplicitamente i nuovi principi: “*L'operato di ADM [è] conforme al principio del risultato e della ?ducia, costituenti super-principi nel nuovo codice dei contratti pubblici, dovendosi ritenere comprovato in sede procedimentale, con la produzione della documentazione bancaria, il pagamento delle tre fatture in contestazione, sebbene non quietanziate*”.

La decisione della stazione appaltante di **ritenere soddisfatto il requisito, privilegiando la prova effettiva del pagamento rispetto a un formalismo non essenziale, viene quindi letta come una corretta applicazione dei principi che impongono di mirare al risultato sostanziale**: l'ammissione del concorrente migliore che possiede i requisiti, e non la sua esclusione per vizi meramente formali.

3.3. La valutazione dell'offerta tecnica e il rinvio al collaudo: la centralità della *lex specialis*

Infine, anche le censure sulla valutazione dell'offerta tecnica vengono respinte. L'appellante lamentava presunte contraddizioni nelle tabelle tecniche di Nuctech. Il Consiglio di Stato, confermando la decisione del T.A.R. Lazio, fonda il suo ragionamento su una stretta interpretazione della *lex specialis*.

Veniva richiamato l'art. 3.1 del Capitolato Tecnico, il quale, infatti, stabiliva chiaramente che la valutazione si sarebbe basata su quanto “*esplicitamente dichiarato*” nell'offerta, rinviando la

“*verifica di conformità*” alla fase successiva del collaudo, con la previsione della revoca dell'aggiudicazione in caso di difformità.

Il Collegio ribadisce il principio secondo cui **le clausole del bando sono di stretta interpretazione e che, in assenza di obiettiva incertezza, deve prevalere il dato letterale a tutela dell'affidamento e della *par condicio***. La stazione appaltante, pertanto, si è correttamente attenuta a un meccanismo di valutazione che la stessa *lex specialis* aveva predeterminato, senza che vi fosse spazio per un'istruttoria discrezionale in quella fase.

4. Implicazioni e prospettive: la bussola del risultato e della fiducia

La sentenza n. 8661/2025 del Consiglio di Stato si candida a diventare un punto di riferimento nell'interpretazione del nuovo codice dei contratti pubblici. Essa dimostra come **i principi del risultato e della fiducia non siano vuoti significanti, ma strumenti ermeneutici potenti, capaci di orientare le decisioni della P.A. e del giudice amministrativo verso un approccio antiformalistico e pragmatico.**

La pronuncia rafforza la discrezionalità delle stazioni appaltanti, soprattutto nella valutazione di elementi complessi come l'affidabilità professionale, e le incoraggia a superare le mere irregolarità formali quando la sostanza dei requisiti sia comunque accertabile. Questo approccio, se da un lato **mira a garantire l'efficienza dell'azione amministrativa e l'individuazione del miglior contraente**, dall'altro, **richiede agli operatori economici e ai loro difensori un cambio di prospettiva**: le censure basate su formalismi esasperati, slegati da un'effettiva lesione della concorrenza o da una concreta carenza dei requisiti, sembrano destinate a trovare sempre meno accoglimento.

La fiducia nell'azione dell'amministrazione, consacrata dall'art. 2 del D.Lgs 36/2023, diventa così il perno di un sistema che, pur **nel rigoroso rispetto della legalità**, intende privilegiare il raggiungimento del risultato finale, ovvero la corretta e tempestiva esecuzione del contratto nell'interesse della collettività.

Publicato il 07/11/2025

N. 08661/2025REG.PROV.COLL.

N. 01443/2025 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1443 del 2025, proposto da

Smiths Detection Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, in relazione alla procedura CIG B07F41C1CE, rappresentata e

difesa dagli avvocati Flavio Iacovone, Francesco Sciaudone, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, in persona del legale

rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura

Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Nuctech Warsaw Company Limited Sp. Z O.O., in persona del legale

rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfredo

Lucente, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Paraguay 5;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. II, n. 01312/2025, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Agenzia delle Dogane e dei Monopoli Agenzia delle Dogane e di Nuctech Warsaw Company Limited Sp. Z O.O.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2025 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Flavio Iacovone, Alfredo Lucente e l'avvocato dello Stato Fabio Tortora;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Smiths Detection Italia S.r.l. (di seguito Smiths) ha interposto appello avverso la sentenza del T.a.r. per il Lazio, sez. II, 22 gennaio 2025, n. 1312, che ha respinto il ricorso proposto dalla medesima società avverso il provvedimento prot. n. 576434/RU del 17 settembre 2024, con il quale l'Agencia delle Dogane e dei Monopoli (d'ora in poi per brevità anche ADM) ha aggiudicato alla controinteressata Nuctech Warsaw Company Limited SP. Z.OO (di seguito Nuctech) la gara per l'acquisto di sei sistemi di scansione mobili su ruota – a funzionalità autonoma, senza necessità di allaccio alla rete elettrica e senza alcuna infrastruttura – per la scansione radiografica di container, autotreni e altri mezzi di trasporto, dotati di motrice e con sala di comando integrata a bordo del veicolo, da installare presso gli uffici doganali di Livorno, Civitavecchia, Palermo, Trieste, Venezia e Siracusa S.O.T. Augusta (CIG: B07F41C1CE), disponendo l'esecuzione anticipata del contratto, ed avverso i relativi atti presupposti, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra Nuctech e ADM, e per la condanna della Stazione Appaltante al risarcimento del danno patito, in forma specifica, tramite subentro nel contratto eventualmente stipulato o, in subordine, per equivalente.

2. La gara

de qua, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa, vedeva, all'esito delle operazioni di

valutazione delle offerte, la collocazione al primo posto della graduatoria

della società controinteressata, con un punteggio complessivo di 99,06 (di

cui 80 all'offerta tecnica e 19,06 a quella economica) mentre la ricorrente si

collocava in seconda posizione, con un punteggio complessivo di 96,50 (di

cui 76,50 punti per l'offerta tecnica e 20 per quella economica).

Nella graduatoria, a seguito di esclusioni *medio tempore* disposte, non

risultavano collocati ulteriori soggetti.

3. Il gravame di *prime cure* veniva affidato a tre motivi di ricorso.

Segnatamente, con il primo motivo veniva lamentata la violazione dell'art. 2 e degli artt. 95 e 98, comma 3, lett. c) d.lgs. n. 36/2023, nella misura in cui la controinteressata aveva omesso di dichiarare un precedente

professionale che la stazione appaltante aveva interesse a conoscere, onde verificare se ammettere la società al prosieguo della competizione.

Nello specifico, la contestazione si riferiva al fatto che la società era stata esclusa da una gara per fornitura di scanner indetta dall'autorità doganale del Belgio e tale esclusione era stata poi confermata dal Consiglio di Stato belga, adito in via d'urgenza dall'operatore economico. In relazione all'episodio in questione, la ricorrente riteneva che tale circostanza comprovasse l'inaffidabilità dell'aggiudicataria, e concretizzasse comunque la causa di esclusione di cui agli artt. 95 e 98, comma 3, lett. c), del d.lgs. n. 36/2023, che qualificano in termini di grave illecito professionale l'aver fornito informazioni false e/o la condotta reticente.

Con il secondo motivo veniva dedotta la violazione degli artt. 100 e 101 d.lgs. n. 36/2023 nonché dell'art. 6.3. a) del disciplinare (e travisamento dei fatti), atteso che, in sede di comprova del possesso dei requisiti, talune fatture trasmesse da Nuctech non erano quietanzate, come previsto

dalla *lex specialis*, non recando fra l'altro gli estremi bancari dell'avvenuto

pagamento delle fatture dichiarate dall'operatore economico, al fine di

comprovare il possesso del requisito di fatturato, comprovante la capacità

tecnico-professionale da soddisfare per l'accesso alla gara.

Con il terzo motivo si contestava l'erronea attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica presentata da Nuctech con riguardo a diversi sottocriteri: a)

velocità di scansione del sistema di *imaging* (voce n.15); b) capacità di

risoluzione spaziale del sistema di *imaging* (voce n.12); capacità di

penetrazione di manufatti (voce n.9).

4. L'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli si costituiva in giudizio, per il tramite dell'Avvocatura Generale dello Stato, per resistere al ricorso.

Successivamente, si costituiva in giudizio anche la società controinteressata, parimenti per avversare le ragioni del ricorso.

4.1. Seguiva la presentazione, a cura delle parti, di ampia documentazione e articolate memorie difensive, anche in replica.

5. Il primo giudice ha ritenuto destituiti di fondamento tutti i motivi di ricorso.

6. Avverso la decisione di

prime cure Smiths ha formulato, in tre motivi di

appello, le seguenti censure:

I) Violazione del principio del risultato e della fiducia ex artt. 1 e 2 d.lgs. n. 36/2023. Violazione e falsa applicazione degli artt. 95 e 98, comma 3 d.lgs. n. 36/2023. Violazione e/o elusione dell'art. 29, parr. 7 e 8 Regolamento FSR. Violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c. Travisamento dei contenuti della censura. Erroneità e ingiustizia manifesta;

II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 100 e 101 del d.lgs. n. 36/2023 e dell'art. 6.3.a) del Disciplinare. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1199 c.c. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Erroneità e ingiustizia manifesta;

III) Violazione e falsa applicazione degli artt. 107 e 108 del d.lgs. n. 36/2023 – Eccesso di potere per inosservanza degli artt. 3.1.2, 3.1.3, 3.2.3 e 3.2.4 del capitolato tecnico - Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

7. Si sono costituiti in giudizio, al fine di resistere al gravame, ADM, per il tramite dell'Avvocatura erariale e Nuctech, eccependo preliminarmente l'inammissibilità di gran parte del primo motivo di appello, in quanto fondato su una prospettazione completamente diversa rispetto a quella su cui era

fondato il ricorso di *prime cure*.

8. L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza 7 marzo 2025, n. 869,

sulla base dei seguenti rilievi: "*Ritenuto che:*

- in disparte dalla prospettata inammissibilità di gran parte del primo motivo di appello, per violazione del divieto di ius novorum, in quanto calibrato su una illegittimità del tutto diversa da quelle fatta valere in primo grado, ovvero la violazione della normativa FSR in materia di sovvenzioni da parte di Stati terzi e del relativo effetto distorsivo della concorrenza, laddove in prime cure l'asserito controllo da parte del governo cinese era stato addotto solo con riferimento al pericolo per la sicurezza, invocando un'ordinanza del Consiglio di Stato del Belgio di cui la stazione appaltante

non sarebbe stata edotta, con conseguente violazione dell'obbligo informativo, i motivi di appello meritino un adeguato approfondimento nella sede di merito, la cui udienza è già stata fissata per la data del 5 giugno

2025;

- nel contemperamento degli opposti interessi debba privilegiarsi quello all'esecuzione dell'affidamento di cui è causa, posto che la documentazione di gara fin dall'inizio fissava quale requisito necessario il rispetto del termine di consegna e messa in esercizio delle prime tre apparecchiature entro il termine perentorio non successivo al 31/3/2024 ai sensi del Grant Agreement sottoscritto dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (per brevità "ADM") nell'ambito del progetto comunitario CCEI-2021-IT-BCROSS-101079029. L'esito di gara è in linea e permette il rispetto di tale requisito in quanto ADM ha emesso l'ordine di esecuzione anticipato unitamente al provvedimento di aggiudicazione ed è stato altresì

sottoscritto il contratto".

8.1. In vista dell'udienza pubblica parte appellante ha prodotto documenti e diffuse memorie di discussione e di replica.

8.2. In particolare ha replicato in ordine all'eccepita inammissibilità del primo motivo di appello, richiamando l'orientamento giurisprudenziale citato da questa sezione nella sentenza 27 gennaio 2016, n. 267 ed insistendo nel merito per l'accoglimento di tutti i motivi e per il risarcimento del danno in forma specifica, con subentro nel contratto, previa declaratoria di inefficacia, ovvero, ove impossibile, stante lo stadio avanzato della fornitura, per il risarcimento del danno per equivalente, parametrato al mancato utile, pari in tesi a euro 831.000,00, oltre al danno curriculare, censurando anche le operazioni di collaudo effettuate dalla stazione appaltante.

Con la memoria di replica ha fatto inoltre riferimento al DPCM Cybersicurezza pubblicato sulla G.U. del 5 maggio 2025 adottato ai sensi dell'art. 14 della legge n. 90 del 2024, insistendo ulteriormente nell'accoglimento dell'appello, sulla base del rilievo che dagli accertamenti eseguiti da ADM in fase di collaudo non sarebbe emerso che le apparecchiature fornite da Nuctech erano atte a soddisfare i requisiti introdotti da detta normativa sopravvenuta.

8.3. Nuctech dal canto suo, con la memoria di discussione e di replica, ha insistito nei propri assunti, quanto alla parziale inammissibilità dell'appello e comunque quanto alla sua infondatezza.

8.4. Del pari ADM ha insistito, con la memoria di replica, nei rilievi già formulati in sede cautelare.

9. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 5 giugno 2025.

DIRITTO

10. Viene in decisione l'appello avverso la sentenza in epigrafe indicata, con la quale il T.a.r. per il Lazio ha respinto il ricorso proposto dall'odierna appellante avverso il provvedimento con cui l'Agenzia delle Dogane e dei

Monopoli (ADM) ha aggiudicato alla controinteressata Nuctech Warsaw Company Limited SP. Z.OO (di seguito Nuctech) la gara per l'acquisto di sei sistemi di scansione mobili su ruota, per la scansione radiografica

di *container*, autotreni e altri mezzi di trasporto, dotati di motrice e con sala

di comando integrata a bordo del veicolo, da installare presso diversi uffici

doganali, chiedendo altresì il risarcimento in forma specifica, con subentro

nel contratto, previa sua declaratoria di inefficacia.

11. In *limine litis* occorre delibare l'eccezione di inammissibilità del primo

motivo di appello, formulata tanto da ADM, quanto da Nuctech, per

violazione del divieto di *ius novorum* di cui all'art. 104 comma 1 c.p.a..

Infatti, come ricordato di recente da questa sezione (sent. 25 agosto 2025, n. 7102), l'esame delle questioni preliminari di rito 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, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c., impone infatti 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).

12. Al fine di delibare tale eccezione occorre precisare che in *prime cure* la

parte aveva censurato il provvedimento di aggiudicazione sulla base del

solo rilievo che Nuctech avesse omesso di dichiarare un precedente

professionale, in tesi idoneo a fondare la sua esclusione, in quanto in grado

di provare la sua inaffidabilità.

Questi *expressis verbis* i motivi della censura rubricata “*illegittimità*”

dell'aggiudicazione in favore di Nuctech per aver fornito ad ADM un quadro

informativo fuorviante al momento della manifestazione di interesse –

Violazione del principio della fiducia di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023 –

Violazione e falsa applicazione degli artt. 95 e 98, comma 3, lett. c) del

d.lgs. n. 36/2023: “L’aggiudicazione della Gara in favore di Nuctech è

illegittima anzitutto perché, nel momento in cui ha presentato la sua

manifestazione di interesse, la Prima Classificata ha taciuto ad ADM un suo

precedente professionale che la Stazione Appaltante avrebbe avuto tutto il

diritto di conoscere, per valutare se ammettere o meno l'Aggiudicataria alla

Gara e, in ogni caso, se invitarla o meno a formulare la sua offerta. Si fa

riferimento, in particolare, alla circostanza che Nuctech è stata

recentemente esclusa dalla gara per la fornitura di scanner per le ispezioni

veicoli e container in favore dell'autorità doganale del Belgio

(Administration générale des Douanes et Accises in francese e in

fiammingo Algemene Administratie van de Douane en Accijnzen) e il ricorso

in via d'urgenza proposto dalla stessa Nuctech avverso tale provvedimento

è stato respinto dal Consiglio di Stato belga. A tale riguardo, è importante

sottolineare fin da subito come Nuctech non sia stata esclusa per un

pregiudizio politico nei confronti suoi o della Cina (paese di origine del

gruppo), ma perché è stata giudicata una controparte non affidabile, per

come si comporta nell'esecuzione dei contratti che le sono affidati: infatti,

come si legge nella decisione resa in sede cautelare dal Consiglio di Stato

belga, “Nuctech è soggetta all’applicazione delle legge cinese del 27

giugno 2017 sull'Intelligence nazionale, che le impone di prendere parte

alle attività nazionali di intelligence, di mantenere tali attività segrete e

riservare posti in organico per gli ufficiali dell'Intelligence cinese. Queste

circostanze (...) hanno indotto la resistente [l'amministrazione belga, n.d.r.]

a ritenere che la ricorrente [Nuctech, n.d.r.] non sia un operatore di mercato

affidabile. Al Consiglio di Stato, gli elementi citati appaiono essere

sufficientemente specifici e credibili” (traduzione in italiano di pag. 44 del

testo originale in fiammingo della decisione del Consiglio di Stato belga,

prodotto come doc. 18 – cfr. anche la traduzione “automatica” in inglese

depositata come doc. 19, sempre a pag. 44). Non risulta che, a seguito

della pronuncia del Consiglio di Stato belga, Nuctech abbia ulteriormente

coltivato il contenzioso e abbia ottenuto una qualche sentenza che

riconoscesse la fondatezza delle sue ragioni. Di tale precedente

l'Aggiudicataria non ha fatto alcuna menzione né nel suo D.G.U.E., né

nella dichiarazione integrativa prodotta come doc. 17 e in questo modo ha

fornito alla Stazione Appaltante un quadro informativo fuorviante, in

violazione non soltanto del principio della fiducia di cui all'art. 2 del d.lgs. n.

36/2023, ma anche di quanto previsto dagli artt. 95 e 98, comma 3, lett. c),

del d.lgs. n. 36/2023 [che qualificano come grave illecito professionale la

“condotta dell'operatore economico che (...) abbia fornito, anche per

negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le

decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione”]. È infatti del tutto

logico ritenere che ADM, se fosse stata messa a conoscenza del fatto che a

marzo 2022 le autorità belghe hanno scelto di non contrattare nemmeno

con Nuctech per un affidamento analogo a quello oggetto di Gara,

l'avrebbe esclusa e comunque non l'avrebbe certamente invitata a

presentare la sua offerta nella seconda fase della procedura. Tale

omissione dichiarativa rappresenta il primo vizio di legittimità

dell'aggiudicazione disposta in favore della Prima Classificata, che invece

– pur avendo presentato manifestazione di interesse – non avrebbe

neppure dovuto essere ammessa al prosieguo della Gara”.

12.1. Il primo giudice ha respinto il motivo in quanto:

a) l’art. 95, comma 1, lett. e) d.lgs. n. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici) richiede che il grave illecito professionale del soggetto, come tassativamente declinato all’art. 98 del Codice, abbia reso dubbia la sua integrità o affidabilità, mentre l’art.98, comma 2 d.lgs.n.36/2023 detta le condizioni perché si possa configurare il grave illecito professionale (comma 2), ossia: l’integrazione della fattispecie tassativamente delineata dal comma 3; l’idoneità a incidere sull’affidabilità e sull’integrità dell’operatore economico; la sussistenza di mezzi di prova adeguati (disciplinati dal comma 6), consistenti nella

“presenza di indizi gravi, precisi

e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente

”.
;

b) dal predetto quadro normativo si evincerebbe che il contegno informativo, per essere rilevante, ossia per integrare il grave illecito professionale, suscettibile di essere apprezzato dalla stazione appaltante (giammai trattandosi peraltro di sanzione espulsiva automatica), deve essere tale da mettere in dubbio l'affidabilità (ovvero la capacità professionale del soggetto e quindi l'attitudine a realizzare correttamente la commessa) e/o l'integrità (la sua attitudine alla probità ed al rispetto delle regole);

c) il fatto non segnalato all'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli non poteva assurgere a reticenza rilevante quale potenziale grave illecito professionale ex art. 98, comma 3, lett. b) d.lgs. n. 36/2023, giacché non rappresentava né una pregressa esclusione da una pubblica gara (ma unicamente un mancato invito ad una procedura negoziata), né un episodio concretizzante un illecito commesso dall'operatore o comunque ascrivibile

a suoi qualificati esponenti, nè una negligente esecuzione di una precedente commessa, non essendo il fatto in questione ascrivibile ad un comportamento dell'operatore economico, bensì (unicamente) alla decisione di un'amministrazione pubblica estera di non invitare la società alla procedura negoziata per ragioni che, a torto o a ragione, impingevano nella discrezionalità dell'ente e nella salvaguardia degli interessi nazionali di quel paese;

d) tale assunto era stato condiviso negli arresti della giurisprudenza amministrativa, concernenti analoghe doglianze sollevate nei confronti dell'odierna controinteressata.

12.2. Con il primo motivo di appello rubricato “*Violazione del principio del*

risultato e della fiducia ex artt. 1 e 2 d.lgs. n. 36/2023. Violazione e falsa

applicazione degli artt. 95 e 98, co. 3 d.lgs. n. 36/2023. Violazione e/o

elusione dell'art. 29, parr. 7 e 8 Regolamento FSR. Violazione e falsa

applicazione dell'art. 112 c.p.c. Travisamento dei contenuti della censura.

Erroneità e ingiustizia manifesta, nel criticare la decisione di prime cure,

Smiths assume che le informazioni che Nuctech non aveva dichiarato ad

ADM erano essenziali per valutare il possesso da parte della

controinteressata dei requisiti di ordine generale e, al contempo, di valutare

le condizioni per l'esercizio del potere-dovere di comunicazione nei

confronti della Commissione UE, previsto dall'art. 29, par. 7 del

Regolamento FSR, secondo cui *“qualora l’amministrazione aggiudicatrice*

[...] nell'esame delle offerte sospetti la presenza di sovvenzione estere,

sebbene sia stata presentata una dichiarazione, comunica tali sospetti alla

Commissione senza indugio”.

In tesi di parte appellante la sentenza sarebbe erronea in quanto il T.a.r. aveva completamente travisato il contenuto della censura formulata, svuotando di rilievo le disposizioni di cui agli artt. 1, 2 e 95, comma 1, lett. e) e 98, d.lgs. n. 36/2023.

Proprio tali norme, infatti, in tesi attorea, assumerebbero essenziale rilievo per garantire che le disposizioni di cui al Regolamento FSR possano trovare adeguata attuazione.

Le condotte reticenti, omissive, equivocate, imprecise e false costituirebbero al riguardo, in tesi attorea, una limitazione grave all’efficacia della legislazione europea e nazionale in materia di appalti pubblici e controllo dei finanziamenti pubblici dei paesi terzi. Pertanto, l’orientamento interpretativo del primo giudice finirebbe per costituire

ex se una condotta

amministrativa nazionale potenzialmente censurabile a livello europeo, dal

momento che potrebbe impedire/vanificare l'efficacia della citata

legislazione.

Il T.a.r., in tesi di parte appellante, aveva quindi erroneamente ritenuto che l'oggetto della contestata omissione dichiarativa di Nuctech fosse la decisione del Consiglio di Stato belga e, più in generale, la vicenda amministrativa dalla quale essa era originata, laddove, in tesi ciò che si lamentava era che Nuctech aveva artatamente omesso di dichiarare i suoi rapporti con il Governo cinese e la sua soggezione alla legge cinese del 27 giugno 2017 sull'intelligence nazionale, in base alla quale la controinteressata era obbligata a prendere parte alle attività nazionali di

intelligence, a tenere segrete talune sue attività e a riservare posti in

organico ad ufficiali dei servizi segreti cinesi, oltre a beneficiare di evidenti

finanziamenti pubblici per lo svolgimento di tali attività che all'evidenza

rientrerebbero nel campo di applicazione del Regolamento FSR.

In tesi di parte appellante, proprio alla luce del peculiare rapporto che lega Nuctech al Governo cinese (evidenziato dalla decisione del Consiglio di Stato belga), l'omissione dichiarativa assumerebbe specifica portata escludente anche sotto un distinto profilo, collegato alla violazione della disciplina di cui al Regolamento FSR, che introduce una serie di regole volte a garantire condizioni di parità alle imprese che operano nel mercato UE, per contrastare le distorsioni causate, direttamente o indirettamente, da sovvenzioni da parte di Stati terzi, non essendo essi soggetti alla normativa comunitaria in materia di concorrenza e aiuti di Stato.

In un tale contesto, Nuctech, in quanto società controllata dal governo della Repubblica Popolare Cinese, secondo parte appellante riceverebbe sistematicamente contributi e sovvenzioni pubbliche da parte del governo cinese, idonei a distorcere in modo significativo la concorrenza nel mercato unico europeo, tenuto anche conto delle numerose procedure ad evidenza

pubblica bandite dalle pubbliche amministrazioni degli Stati membri dell'Unione Europea, cui Nuctech regolarmente concorre senza ottemperare agli obblighi di notifica imposti dal Regolamento FSR.

Il tema, evidenzia parte appellante, era stato oggetto di attenzione e monitoraggio da parte delle istituzioni UE a partire dal 2009, a seguito del coinvolgimento di Nuctech in gravissimi casi di corruzione delle autorità della Namibia e di pratiche commerciali scorrette portate avanti da Nuctech insieme alla società HM Revenue & Custom, nonché delle cointeressenze (ora e allora) esistenti fra Nuctech e il Partito Comunista Cinese, acclamate dalla parentela di primo grado che legherebbe il precedente Chief Executive Officer della medesima società, Hu Haifeng, e l'ex Presidente cinese, Hu Jintao.

Più di recente, le istituzioni UE erano tornate a preoccuparsi dei gravissimi rischi della presenza di Nuctech sul mercato europeo e la Commissione UE (a) aveva aperto un fascicolo nei confronti della società (Caso FS.100068 – MARE) al fine di verificare la violazione della disciplina in materia di sovvenzioni estere di cui al Regolamento FSR, e (b) in data 16 aprile 2024 aveva adottato una decisione che imporrebbe a Nuctech una ispezione ai sensi dell'art. 14, par. 3 del Regolamento FSR; tale decisione era stata impugnata da Nuctech avanti al Tribunale dell'Unione Europea, che tuttavia aveva rigettato il ricorso.

Dal canto suo, il 17 gennaio 2024, il Parlamento UE aveva adottato la Risoluzione C/2024/5719 sulle implicazioni in materia di sicurezza e di difesa dell'influenza della Cina sulle infrastrutture critiche nell'Unione europea.

Si tratterebbe evidentemente di “precedenti professionali” che Nuctech avrebbe dovuto dichiarare ad ADM, in quanto suscettibili di essere valutati dalla stazione appaltante ai fini della valutazione di integrità e affidabilità dell'operatore economico.

Inoltre, in un tale contesto, tenuto conto delle indicate circostanze sarebbe evidente, secondo la prospettazione di parte appellante, che nella procedura in oggetto sussistesse la ragionevole certezza che Nuctech

avesse beneficiato di sovvenzioni estere (volutamente non dichiarate in gara dalla società).

Conseguentemente, Nuctech avrebbe dovuto segnalare tale circostanza ad ADM, così da mettere in condizione la stazione appaltante di comunicare tale sospetto senza indugio alla Commissione UE ai fini dell'adozione dei provvedimenti di competenza, come espressamente previsto dall'art. 29, par. 7 del Regolamento FSR.

L'omessa comunicazione di Nuctech delle indicate circostanze pertanto, in tesi attorea:

i) sul piano europeo aveva pregiudicato l'efficace esercizio dei poteri attribuiti alla Commissione UE nel perseguimento dei preminenti interessi dell'Unione nonché l'effetto utile della disciplina di cui al Regolamento FSR;

(ii) sul piano nazionale, rappresentava una violazione grave e manifesta dell'art. 29, par. 7 del Regolamento FSR, e pertanto vizierebbe irrimediabilmente il provvedimento di aggiudicazione disposto in favore di

Nuctech, che – come pure censurato nel ricorso di *prime cure* – avrebbe

dovuto essere escluso in quanto operatore economico inaffidabile;

(iii) esporrebbe l'aggiudicazione in questione all'intervento repressivo della Commissione che, ai sensi dell'art. 31, par. 2 del Regolamento FSR, può disporre il divieto di aggiudicazione e ciò sul presupposto che non sono rimediabili i vizi di aggiudicazione che riguardano la violazione del Regolamento FSR.

12.3. Ciò posto, l'eccezione di parziale inammissibilità del motivo, per divieto di

ius novorum, consacrato a chiare letterale, nell'art. 104 comma 1

c.p.a. appare fondata in quanto, anche a ritenere che l'informazione

omessa, di cui al ricorso di *prime cure*, non fosse tanto

l'esclusione, *rectius* il mancato invito ad una procedura negoziata indetta

dalle autorità belghe, la cui legittimità era stata confermata dal Consiglio di

Stato belga adito in via d'urgenza da Nuctech, ma il rapporto della società

con il governo cinese – ad onta della chiara formulazione del motivo

formulato in *prime cure*, quale innanzi riportato - è di palmare evidenza

come detti rapporti fossero stati evidenziati nel ricorso innanzi al primo

giudice solo sotto il profilo del pericolo per la sicurezza nazionale, mentre

con l'atto di appello il *focus* della censura risulta quasi completamente

trasposto con il denunciare possibili sovvenzioni da parte del governo

cinese e la violazione della normativa di cui al Regolamento FSR, profili

questi in alcun modo oggetto di censura *in prime cure*, come peraltro *ictu*

oculi riscontrabile dallo stesso confronto delle rubriche del motivo.

12.3.1. Come noto nel giudizio di appello il *thema decidendum* è circoscritto

dalle censure ritualmente sollevate in primo grado, non potendosi dare

ingresso, per la prima volta, a nuove doglianze in violazione dei *nova*, sia in

fatto o in diritto, sancito dall'art. 104 c.p.a. (ex multis Cons. Stato sez. V, 04

febbraio 2025, n. 875 con richiamo, tra le altre, a Cons. Stato, sez. IV, 8

gennaio 2018, n. 76).

Pertanto al ricorrente in *prime cure* – e non al controinteressato a

all'amministrazione resistente - una volta delimitato il *thema*

decidendum con i motivi di impugnazione articolati in primo grado, è

precluso un ampliamento dello stesso nel giudizio d'appello (Cons. Stato,

sez. V, 3 gennaio 2025, n. 15).

La censura risulta dunque inammissibile se fondata su argomentazioni interamente nuove, mai dedotte in primo grado e perciò formulate per la prima volta solo con il gravame di appello, per contrasto con l'art. 104, comma 1, c.p.a., che vieta l'introduzione in appello di motivi nuovi, salvo che essi non costituiscano una mera riproposizione, con diverso sviluppo argomentativo, di doglianze già formulate dinanzi al giudice di

prime

cure (Cfr. Cons. Stato, sez. II, 12 febbraio 2025, n. 1184; sez. V3 gennaio

2025, n. 15 cit.).

12.3.2. Infatti nell'ipotesi di specie si tratta di argomentazione completamente diversa, fondata sulla violazione di una distinta normativa, quale il Regolamento FSR e la prospettata inaffidabilità dell'aggiudicataria viene ventilata non solo e non tanto sotto il profilo del pericolo per la sicurezza nazionale – secondo il precedente di cui al Consiglio di Stato belga che la parte avrebbe omesso di dichiarare in sede di gara (oggetto di censura

in prime cure) – quanto sotto il profilo del pericolo per la

concorrenza, rappresentato dal ricevere sovvenzioni dello Stato cinese.

12.3.3. Improprio appare il riferimento operato da parte appellante alla

sentenza di questa sezione, 27 gennaio 2016. n. 267, secondo cui “Sono

infatti ammissibili in appello nuove contestazioni degli assunti contenuti in

sentenza, perché il divieto di motivi nuovi in appello (che nel processo

amministrativo costituisce la logica conseguenza dell'onere di specificità dei

motivi di impugnazione in primo grado del provvedimento amministrativo e,

più in generale, dell'onere di specificazione della domanda da parte di chi

agisce in giudizio) non può impedire all'appellante di confutare tutte le

argomentazioni poste a base della sentenza impugnata, anche se non

perfettamente coincidenti con i motivi di ricorso. Le mere difese sono infatti

sempre esaminabili per la prima volta in secondo grado, perché è solo

l'impugnazione proposta per la prima volta in appello di atti rimasti estranei

alla cognizione dei giudici del primo grado che è inammissibile (Consiglio di

Stato, sez. V, 22 settembre 2015, n. 4430)".

Ed invero detto orientamento giurisprudenziale è riferito alle doglianze svolte in appello, rese necessarie dalla critica alla sentenza appellata, come chiarito dalla recente sentenza della sezione 22 marzo 2024, n. 2806 (che ha fatto applicazione di tale orientamento giurisprudenziale) laddove precisa che veniva in rilievo la " critica" in senso stretto della sentenza di primo grado (la quale, nel rigettare la prospettazione della parte ricorrente - secondo cui la prescrizione andava calcolata dal momento della assunzione - aveva optato per un diverso criterio, ossia cinque anni dal passaggio in giudicato della decisione di annullamento del GA) .

Detto orientamento non può per contro essere esteso alle ipotesi in cui, come nella presente fattispecie, il primo giudice si sia limitato semplicemente a disattendere la censura formulata dalla parte e con l'atto di appello si evidenzino ulteriori profili di doglianza in fatto e in diritto – nell'ipotesi di specie ricezione di sovvenzioni dallo Stato cinese, violazione

del Regolamento FSR - mai posti all'attenzione del primo giudice e sui quali il medesimo non si è espresso, in palese violazione dell'obbligo di

specificità dei motivi del ricorso di *prime cure*, quale posto dall'art. 41

c.p.a..

In riferimento a tale profilo deve aversi riguardo alla giurisprudenza della sezione (ex multis Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2024, n. 7206) secondo

cui *“il divieto di motivi nuovi in appello nell'ambito del processo*

amministrativo costituisce la logica conseguenza dell'onere di specificità di

quelli di impugnazione (in primo grado) del provvedimento amministrativo, e

più in generale dell'onere di specificazione della domanda da parte di chi

agisce in giudizio ed è pertanto riferibile, come nella fattispecie de qua

all'attore (il ricorrente) e non anche al convenuto (la parte resistente o il

controinteressato) (ex multis Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2022, n.

5796) [...] *“in alcun modo può essere considerato rilevante ai fini della*

decisione un documento correlato ad una argomentazione, a supporto di un

motivo, non formulata in prime cure e pertanto inammissibile alla stregua di

quanto innanzai precisato, non potendo detta argomentazione, in quanto

non necessitata dalla critica del percorso motivazionale seguito dal primo

giudice, essere considerata quale mera difesa, ma quale ulteriore ed

inammissibile specificazione di un motivo di ricorso già articolato in prime

cure”.

12.4. Pertanto il primo motivo di appello non potrà che essere deliberato

avendo riguardo a quanto dedotto *in prime cure*.

13. Ciò posto il motivo è destituito di fondamento.

13.1. Giova precisare che in relazione alle cause di esclusione di cui all'art. 57, par. 4, della direttiva n. 2014/24/UE (non automatiche) gli Stati possono, non devono, chiedere alle amministrazioni di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle situazioni ivi indicate, avendo la facoltà di non applicare tali cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, attenuando o rendendo più flessibili i criteri stabiliti da tale disposizione (CGUE IX 3 giugno 2021 C-210/20 e CGUE II 30 gennaio 2020 C-395/18). Una volta prevista la causa di esclusione non automatica da parte dello Stato membro, l'applicazione della stessa è caratterizzata, diversamente da quel che avviene in caso di causa di esclusione automatica, da un margine di apprezzamento dell'amministrazione, al fine di valutare i presupposti di fatto e le conseguenze in termini di affidabilità dell'operatore economico (variabilmente in relazione alle singole cause di esclusione non automatica), nel rispetto del principio di proporzionalità (CGUE IV 20 dicembre 2017 C-178/16).

13.2. Ciò posto, va osservato che il nuovo codice dei contratti pubblici non contempla più, come desumibile dalla disamina dell'art. 94, tra le cause di esclusione automatica, una fattispecie normativa assimilabile a quella del

previgente art. 80, comma 5, lett. *f-bis*) del d.lgs. n. 50 del 2016.

13.3. La presentazione di falsa dichiarazione, al pari dell'informazione fuorviante in gara, rileva pertanto ai soli fini dell'eventuale integrazione del "grave illecito professionale", ai sensi dell'art. 95, comma 1, lett. e), alle condizioni dettate dall'art. 98, comma 2, al verificarsi della situazione di cui

allo stesso art. 98, comma 3, lett. b), che dà rilievo “anche” alla “negligenza” nel caso in cui l’operatore economico abbia fornito informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni della stazione appaltante.

13.3.1. Infatti fra le fattispecie di esclusione non automatica figura all’art. 95, primo comma, lett. e) del codice, l’illecito professionale, le cui ipotesi, peraltro, come osservato dal primo giudice, sono espressamente previste dal successivo art. 98, nel quale sono confluite, al comma 3, lett. b) seppur

parzialmente modificate, le previsioni di cui alle lettere c *bis*), c *ter*),

c *quater*), h) e l) del quinto comma dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016.

13.3.2. Il comma 2 specifica quali sono le condizioni indispensabili perché possa disporsi da parte della stazione appaltante l'esclusione (non automatica) di un operatore economico al verificarsi di un evento tra quelli descritti nei successivi commi, chiarendo la necessità della compresenza delle medesime.

Dette condizioni sono individuati nella presenza di elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale (lett. a), nell'idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore (lett. b) e nella sussistenza di adeguati mezzi di prova (lett. c).

13.3.3. Il comma 3 enumera e circoscrive le fattispecie rilevanti.

In particolare, per quel che qui rileva, la lett. b, fa riferimento, come innanzi anticipato, quale elemento da cui l'amministrazione può desumere la

sussistenza di un grave illecito professionale, alla condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione.

Detto disposto va letto in correlazione con il quinto comma che precisa che

“Le dichiarazioni omesse o non veritiere rese nella stessa gara e diverse da

quelle di cui alla lettera b) del comma 3 possono essere utilizzate a

supporto della valutazione di gravità riferita agli elementi di cui al comma 3

”. Pertanto l’informazione omessa o fuorviante, ove non destinata ad

influenzare il processo decisionale della stazione appaltante, rileva non ex

se, quale illecito professionale, ma ai soli fini della valutazione della gravità

dell'illecito professionale, riferito alle altre ipotesi indicate nelle diverse

lettere del comma 3.

13.3.4. Inoltre affinché l'omissione informativa possa rilevare *ex se* quale

illecito professionale occorre quale mezzo adeguato di prova, ai sensi del

comma 6, *“la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano*

evidente il ricorrere della situazione escludente”.

13.4. Nell'ipotesi di specie difetta sia l'omissione informativa idonea a influenzare la decisione sulla selezione dell'amministrazione, che il mezzo adeguato di prova, in quanto l'informazione omessa, come correttamente ritenuto dal primo giudice, lungi dal rendere evidente il ricorrere di una situazione escludente, in grado di influire sulla decisione sull'ammissione della stazione appaltante, afferiva non ad una esclusione da una procedura di gara o a un inadempimento nell'esecuzione di precedenti commesse, ma a un mancato invito a una procedura negoziata, deciso nella sua discrezionalità dalle autorità belghe e suffragato dal Consiglio di Stato belga con un provvedimento di somma urgenza, assimilabile ad un

decisum cautelare, riferito ad asserite ingerenze del governo cinese ed

ai connessi pericoli per la sicurezza nazionale, in virtù della sottoposizione

della società alla legge cinese del 27 giugno 2017 sull'Intelligence

nazionale.

13.4.1. Ad integrazione della motivazione del *decisum* di *prime cure* occorre

peraltro osservare come detta circostanza – sottoposizione alla legge

cinese sull'intelligence nazionale - non integri un fatto, ma una valutazione

giuridica, afferente la proprietà azionaria da parte di una società cinese.

13.4.2. Pertanto, anche a volere ritenere che l'informazione asseritamente omessa non fosse tanto il mancato invito alla procedura negoziata da parte delle autorità belghe, ma il motivo di detto mancato invito, ovvero la sottoposizione alla legge cinese del 27 giugno 2017 sull'Intelligence nazionale, derivando la stessa da una valutazione giuridica che era di spettanza della stazione appaltante, in alcun modo potrebbe ritenersi inverato l'illecito professionale denunciato da parte appellante.

13.4.3. Né parte appellante ha

expressis verbis denunciato nel ricorso

di *prime cure* e reiterato nel presente grado di appello l'omissione

informativa riguardante la proprietà azionaria della società che pertanto si

doveva ritenere conosciuta da parte della stazione appaltante, che

cionostante ha ritenuto, nell'ambito della sua discrezionalità, di non

escludere Nuctech.

Ciò trova peraltro conferma nei chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante a Nuctech e nella risposta fornita dalla medesima società circa l'integrità e la sicurezza dei dati delle proprie apparecchiature e circa l'esame preliminare avviato dalla Commissione europea relativamente alle sovvenzioni asseritamente ricevute dal governo cinese (cfr. al riguardo allegato n. 25 depositato in prime cure da ADM in data 30 ottobre 2024).

Si deve pertanto ritenere che al momento della verifica dei requisiti la stazione appaltante fosse a conoscenza dei sospetti circa i rapporti della società con lo Stato cinese, tanto da avere richiesto gli indicati chiarimenti.

13.4.4. Deve pertanto applicarsi al riguardo il costante orientamento giurisprudenziale

(*ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1500)

secondo il quale, qualora la stazione appaltante non ritenga che la

pregressa vicenda professionale – qui peraltro non ricorrente secondo

quanto dianzi indicato - abbia inficiato la moralità professionale, essa non è

tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento,

potendo la motivazione risultare anche implicita o per *facta concludentia*,

ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa (mentre è il provvedimento di

esclusione, fondato sulla valutazione di gravità tale da elidere l'affidabilità

del concorrente, che richiede l'assolvimento di un particolare onere

motivazionale). In sintesi, la stazione appaltante deve motivare

puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi

è, in gara, contestazione (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2020, n. 2850;

sez.VI, 18 luglio 2016, n. 3198; C.G.A.R.S., 23 gennaio 2015, n. 53; Cons.

Stato, sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2622; sez. III, 24 dicembre 2013, n.

6236; sez. V, 30 giugno 2011, n. 3924; sez. III, 11 marzo 2011, n.1583; sez.

VI, 24 giugno 2010, n. 4019).

13.4.5. Né, peraltro, parte appellante ha censurato in *prime cure* - con la

presentazione di motivi aggiunti all'esito della produzione della

documentazione relativa alla richiesta di chiarimenti - la valutazione al

riguardo implicitamente compiuta dalla stazione appaltante, da intendersi

riferita, per quel che qui rileva, ai soli pericoli per la sicurezza nazionale;

valutazione questa che peraltro sarebbe sindacabile in sede giurisdizionale

solo in ipotesi di manifesta irragionevolezza e con impossibilità in ogni caso

di esercizio di un sindacato sostitutivo, secondo le note coordinate

ermeneutiche tracciate dall'Adunanza Plenaria con la nota sentenza n. 16

del 2020.

Secondo tale arresto giurisprudenziale infatti laddove la valutazione di affidabilità sia stata svolta, operano per essa i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare «il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente» [Cassazione, sezioni unite civili, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312, che ha annullato per eccesso di potere giurisdizionale una sentenza di questo Consiglio di Stato che aveva a sua volta ritenuto illegittimo il giudizio di affidabilità professionale espresso dall'amministrazione in relazione all'allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163]; limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione. ...» (in tal senso

T.a.r. per la Puglia, sez. III, 6 febbraio 2023, n. 247, riferita a vicenda analoga a quella di cui è causa coinvolgente Nuctech).

13.5. In conclusione il primo motivo di appello va in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto.

14. Con il secondo motivo Smiths critica la sentenza di *prime cure* nella

parte in cui aveva ritenuto che Nuctech avesse correttamente comprovato il

requisito di capacità tecnico-professionale previsto dall'art. 6.3.a) del

Disciplinare, posto che, secondo parte appellante, l'aggiudicataria non

aveva allegato copia delle fatture quietanzate, come invece espressamente

richiesto dalla *lex specialis*.

La *lex specialis* – che non conteneva alcuna “incertezza interpretativa” –

richiedeva, unitamente alle fatture, la presentazione di una “quietanza”,

vale a dire, secondo lo schema tipico dell'art. 1199 c.c., una “*dichiarazione*”

di scienza del creditore assimilabile alla confessione stragiudiziale del

ricevuto pagamento” che doveva essere fatta alla parte o a chi la

rappresenta, secondo lo schema previsto dall'art. 2375 c.c..

Pertanto, in tesi attorea, l'elemento richiesto a comprova del pagamento doveva consistere – non in una generica dichiarazione del concorrente resa in sede di gara – bensì nella dichiarazione resa dal concorrente (creditore) alla stazione appaltante (debitore) avente un valore probatorio privilegiato dell'avvenuto pagamento (e incasso) della fattura.

Il primo giudice, invece, violando completamente tali principi, aveva ritenuto sufficiente la mera dichiarazione resa da Nuctech in gara relativamente all'avvenuto pagamento delle fatture allegate.

Le statuizioni del T.a.r. si porrebbero pertanto in frontale contrasto con le previsioni del Disciplinare – alle quali ADM si era autovincolata – e con la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato che, in casi analoghi aveva attribuito rilevanza alla mancata produzione in gara, da parte del concorrente, di fatture quietanzate, in contrasto con quanto richiesto

dalla *lex specialis*

Il ragionamento del primo giudice, in tesi, sarebbe altresì erroneo e illegittimo nella parte in cui aveva dato rilievo, ai fini della comprova del requisito di cui all'art. 6.3.a) del Disciplinare, alla documentazione bancaria depositata in giudizio da Nuctech.

Infatti, come dedotto in primo grado dalla ricorrente, si tratterebbe di documenti assolutamente inidonei a comprovare il possesso del requisito in parola in quanto:

- sono interamente in polacco e non recano traduzione (in palese contrasto

con l'art. 12 del Disciplinare secondo cui "*Tutta la documentazione da*

produrre deve essere in lingua italiana. Si precisa che in caso di produzione

di documentazione redatta in lingua diversa dall'italiano quest'ultima dovrà

essere corredata da traduzione giurata”);

- nessun componente della Commissione di gara risulta conoscere il polacco, nessuna traduzione in inglese o altra lingua risulta fornita tanto meno risultano fornite dichiarazioni in italiano, ovvero nella lingua di procedura;
- analogamente non si comprenderebbe come abbia potuto il T.a.r. apprezzare il contenuto in lingua polacca di tale documentazione, non risultando che gli stessi giudici conoscano tale lingua;
- non era quindi possibile comprendere come ADM e giudici del T.a.r. avessero potuto verificare che le fatture indicate da Nuctech nella procedura fossero pertinenti e rilevanti, oltre che saldate, o se non si trattasse piuttosto di documentazione solo genericamente riferibile alle attività svolte da Nuctech;

- detta documentazione non era mai stata pacificamente esaminata da ADM e neanche dal T.a.r. in ragione dell'insuperabile dato linguistico;

- spettava a Nuctech fornire documentazione conforme alla lingua di gara (italiano) e provare il possesso dei requisiti e ad ADM verificare puntualmente tale documentazione e l'avvenuto pagamento delle fatture stesse, il tutto a tutela dell'evidente interesse pubblico sotteso al rispetto di tali fondamentali canoni di condotta nella partecipazione alle gare pubbliche; e ciò a tacere del rilievo che tale verifica assumerebbe in ragione dei motivi di speciale responsabilità che deriverebbero dal Regolamento FSR.

Il primo giudice, sovrapponendo le proprie valutazioni a quelle di competenza di ADM, si era spinto ad affermare che la documentazione

bancaria prodotta in giudizio da Nuctech consentirebbe *“di associare le*

fatture esibite ai pagamenti. E, infatti, nello specifico, per le tre commesse

in contestazione, è agevole ricondurre le relative fatture alla

documentazione bancaria prodotta in gara da Nuctech, come si seguito

esposto, nel senso che la documentazione bancaria menziona i dati in

modo ictu oculi comprensibile giacchè espressi attraverso i riferimenti

numerici alle fatture”.

15. Anche tale motivo è destituito di fondamento, essendo l’operato di ADM conforme al principio del risultato e della fiducia, costituenti super-principi nel nuovo codice dei contratti pubblici, dovendosi ritenere comprovato in sede procedimentale, con la produzione della documentazione bancaria, il pagamento delle tre fatture in contestazione, sebbene non quietanziate.

15.1. Ed invero l’art. 6.3.a) del disciplinare, invocato da parte appellante a fondamento della doglianza, prevedeva che “

il concorrente deve aver

eseguito nell'ultimo triennio (inteso quale triennio antecedente a far data

dal mese precedente alla pubblicazione del presente avviso) forniture

analoghe, per importi non inferiori all'importo di € 18.000.000,00

(diciottomilioni/00), IVA esclusa...La comprova del requisito è fornita

mediante uno o più dei seguenti documenti:

? *certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con*

l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione;

? *contratti stipulati con le amministrazioni pubbliche, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento*

delle stesse;

? attestazioni rilasciate dal committente privato, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione; Pag. 16 a 45 ? contratti stipulati con privati, completi di copia delle fatture quietanzate

ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse.

15.2. Pertanto, secondo la stessa

lex specialis di gara, erano del tutto

equipollenti alle fatture quietanziate i documenti bancari attestanti il

pagamento delle fatture.

15.3. Nell'ipotesi di specie, come ritenuto dal primo giudice, la contestazione si riferiva esclusivamente a 3 delle 7 forniture, le cui fatture erano state esibite da Nutech, talché, fino alla concorrenza dell'importo di € 15.976.652, la prova del fatturato poteva reputarsi pacificamente ammessa dalla stessa ricorrente.

15.3.1. Per le 3 (restanti) commesse contestate, necessarie al raggiungimento del valore soglia (euro 18 milioni), ossia quelle di euro 2.174.455- zloty 9.340.559,35 (scanner per containers), euro 2.796.340- zloty 12.005.419 (scanner per checkpoint di Terespol) ed euro 2.555.096- zloty 10.974.218,70 (scanner per checkpoint di Zosin), Nutech aveva fornito, in sede di soccorso istruttorio, le relative fatture emesse all'Amministrazione, riportante i dati bancari di riferimento ed aveva nel fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE) caricato a sistema anche la documentazione bancaria comprovante i dati dell'avvenuto

pagamento di dette fatture; pertanto la documentazione agli atti di gara era,

secondo quanto già ritenuto dal giudice di *prime cure*, era idonea a

soddisfare l'alternativa prevista dall'art. 6.3.a) del disciplinare,

consentendo di associare le fatture esibite ai pagamenti.

Infatti, secondo quanto dianzi precisato, ai sensi di tale disposto della lex specialis di gara non era necessaria la produzione di fattura quietanzata - ovvero corredata da una dichiarazione confessoria ex art. 1199 c.c. sull'avvenuto pagamento, diretta non alla stazione appaltante ma al debitore ed avente funzione liberatoria - in presenza della prova dell'avvenuto pagamento, costituente un

quid pluris rispetto alla quietanza

nei rapporti con la stazione appaltante.

15.4. Deve pertanto condividersi il ragionamento seguito dal primo giudice che ha ritenuto corretto l'operato della stazione appaltante che, all'esito del soccorso istruttorio, aveva ritenuto che Nuctech avesse comprovato il possesso dei prescritti requisiti di capacità tecnico - professionale, incrociando i dati delle fatture, prodotte all'esito del soccorso istruttorio, e dei pagamenti, agli atti del fascicolo virtuale dell'operatore economico.

15.4.1. In particolare il primo giudice, dopo un puntuale riscontro, non sottoposto a specifica critica, se non sotto il profilo dell'asserita impossibilità di comprendere la documentazione redatta in lingua polacca

(in contrasto con la previsione della *lex specialis* di gara) ha ritenuto che:

- per il contratto n.ro 2001-ILZ.023.10.2022 (scanner per container, rif. fatture di cui all'all.to n.21 del deposito di parte ricorrente del 25.10.2024), le fatture nn.ri 018/320WS-02/2023 e 220/320WS-01/2022, emesse da

Nuctech, sono associabili ai documenti bancari di cui all'allegato n.20 del deposito di parte controinteressata del 4.11.2024, che riportano gli importi pagati, la data di regolazione, la fattura di riferimento;

- per il contratto n.ro 122/2020 (scanner per la sede di Terespolu), rif. fatture di cui all'all.to n.22 del deposito di parte ricorrente del 25.10.2024), le fatture nn.ri 228/206WS-01/2020 e 074/206WS-02/2021, emesse da Nuctech, sono associabili ai documenti bancari di cui all'allegato n.21 del deposito di parte controinteressata del 4.11.2024, che riportano gli importi pagati, la data di regolazione, la fattura di riferimento;

- per il contratto n.ro 123/2020 (scanner per la sede di Zosin), rif. fatture di cui all'all.to n.23 del deposito di parte ricorrente del 25.10.2024), le fatture nn.ri 229/207WS-01/2020 e 075/207WS-02/2021, emesse da Nuctech, sono associabili ai documenti bancari di cui all'allegato n.22 del deposito di parte controinteressata del 4.11.2024, che riportano gli importi pagati, la data di regolazione, la fattura di riferimento.

15.5. Ciò in disparte dal rilievo che, come evidenziato dall'avvocatura

erariale con la memoria depositata per la fase cautelare “*in riferimento alle*

forniture (nn. 1 e 2) degli scanner mod. MR6000SV presso i check-point di

Zosin (All. 28) e Terespolu (All. 27), si rileva che: [...]

- le relative fatture riportano, a margine delle stesse, informazioni quali i dati di pagamento, gli estremi del conto bancario dell'Appaltatore, la banca di riferimento, il codice IBAN e lo swift code, riportati nella successiva tabella (tali considerazioni sono da applicarsi anche alla fornitura di scanner per la scansione a raggi-x di containers – All. 29); [...]. Il convincimento della Stazione appaltante, in ordine alla ragionevole certezza della regolare esecuzione delle sopra indicate commesse, è stato supportato dalla circostanza che, appena sette mesi dopo l'esecuzione delle suddette forniture presso i punti di controllo di Zosin e Terespolu, avvenuta nel mese di giugno 2021, la stessa Camera dell'Amministrazione fiscale di Bia?ystok ha stipulato con la società Nuctech Warsaw un ulteriore contratto (All. n. 29), del febbraio 2022 e di importo pari a 11.488.888 Zloty - al netto dell'IVA 23% 9.340.559,35 Zloty (equivalenti a circa € 2.174.455) per la fornitura di un sistema di scansione a raggi-x, peraltro, da considerare quale fornitura analoga [...] Appare doveroso evidenziare che, considerando

soltanto la regolare esecuzione delle precitate forniture di Zosin (All. 28) e Terespolu (All. 27), la Nuctech Warsaw Company Limited Zo.O. raggiunge il fatturato sufficiente (€ 21.328.088) a maturare il requisito di capacità tecnico-professionale previsto al par. 6.3, lett. a) del disciplinare di gara per

l'ammissione alla fase di valutazione delle offerte[...].

15.6. Parte appellante, lungi dal contestare l'esattezza della ricostruzione operata dal primo giudice, reiterativa evidentemente di quella esperita dall'amministrazione dopo l'espletamento del soccorso istruttorio, si è trincerata dietro l'asserita impossibilità per il giudice e per la stessa stazione appaltante di riscontrare una documentazione redatta in lingua polacca, laddove la documentazione citata dal primo giudice, in quanto fondata sul mero riscontro di indicazioni numeriche, non necessitava di alcuna traduzione.

15.6.1. La censura non coglie pertanto nel segno potendo all'evidenza tanto la stazione appaltante quanto il giudice provvedere al riscontro dei dati afferenti i pagamenti di cui alle fatture oggetto di contestazione con quelle relative alla documentazione bancaria, non ostando a ciò, avendo riguardo al tipo di riscontro effettuato, il mero richiamo formale all'art. 12 del disciplinare di gara che richiedeva, relativamente alla produzione di documentazione non redatta in lingua italiana, la produzione di una perizia giurata.

15.7. Ed invero l'operato della stazione appaltante, che ha potuto riscontrare, dopo l'esperimento del soccorso istruttorio, la sussistenza dei requisiti di capacità tecnica professionale richiesti dalla l

ex specialis di gara,

aggiudicando l'appalto al migliore offerente, in possesso dei prescritti

requisiti, si è rilevato del tutto conforme al principio del risultato e della

fiducia, consacrati a chiare lettere negli artt. 1 e 2 del nuovo codice dei

contratti pubblici e da considerarsi come principi guida ai sensi del

successivo art. 4.

Come osservato dalla sezione (*ex multis* sentenza 19 novembre 2024, n.

9255) *“la declinazione del principio del risultato quale "criterio prioritario per*

l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del

caso concreto" si traduce infatti nel dovere degli enti committenti di ispirare

le loro scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale

che a una lettura meramente formale della norma da applicare ed è

destinata ad avere un maggiore impatto sui comportamenti concreti delle

amministrazioni, soprattutto con riguardo all'interpretazione ed

all'applicazione delle regole di gara, dovendo entrambe le fasi essere

ispirate al risultato finale perseguito dalla programmata operazione

negoziale, di cui assume un profilo dirimente la sua destinazione

teleologica.

Il nuovo principio guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, porta a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile (Tar Campania, Napoli, sez. V, 6 maggio 2024 n.

Il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo (ex multis Cons.

Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924)”.

16. Con il terzo motivo di appello Smiths contesta la sentenza di *prime*

cure nel punto in cui aveva respinto il terzo motivo di ricorso, riferito

all'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica, in quanto, in tesi, violative

della *lex specialis* con specifico riguardo (i) allo spessore minimo del filo

metallico che lo scanner è in grado di osservare, (ii) alla capacità di

risoluzione spaziale degli scanner, nonché (iii) alla capacità di penetrazione

di manufatti in acciaio di spessori superiori a 320 mm.

16.1. Segnatamente in *prime cure* Smiths assumeva in primo luogo

l'erroneità del punteggio attribuito alla voce n. 17 del punto n. 3.2.4 del

sistema di *imaging*. Si trattava di indicare lo spessore minimo di un filo

metallico che la macchina era in grado di osservare alla velocità di

scansione di 0,4 m/s (indicata come valore di riferimento al par.3.2.4 del

capitolato).

La ricorrente censurava l'attribuzione dei 5 punti previsti dalla tabella di cui

al par. 16.1. del disciplinare "*Criteria di valutazione dell'offerta tecnica*" (voce

n.17), anche a prescindere da qualsivoglia approfondimento o

interlocuzione con Nuctech, posto che, nella (seconda) tabella che

compariva a pag.3 della relazione tecnica, Nuctech riferiva che, solo se la

velocità di scansione è molto più bassa (0,15 m/s), allora la scansione di un

filo di 0,9 mm potrà essere ottenuta.

16.1.1. Il Tar non ha condiviso la prospettazione attorea sulla base del rilievo che la tabella del disciplinare di gara riportava i punteggi assegnati in modalità tabellare, afferenti alle prestazioni migliorative dichiarate rispetto

allo standard di riferimento (*“vale a dire i punteggi fissi e predefiniti che*

saranno attribuiti o non attribuiti in ragione dell'offerta o mancata offerta di

quanto specificamente richiesto”).

A fronte dell'inequivoca dichiarazione resa da Nuctech nella voce n.17 della tabella, ove aveva indicato 0,9 mm (ossia il valore migliorativo più alto fra le alternative proposte dalla tabella), l'Amministrazione era vincolata all'assegnazione del punteggio massimo (5), ivi prestabilito, fermo naturalmente il potere-dovere di verificare successivamente, dopo l'aggiudicazione, ossia in sede di verifica di conformità, se i valori dichiarati fossero corretti o meno, soccorrendo sul punto quanto stabilito all'art. 3.1 del capitolato.

Dunque, a fronte dell'applicazione della sopra citata previsione di

lex

specialis, peraltro non oggetto di puntuale impugnazione, la stazione

appaltante non poteva non procedere all'assegnazione del relativo

punteggio, secondo l'evidenza tabellare-matematica che derivava dalla

dichiarazione resa da Nuctech, salve le verifiche in fase di verifica di

conformità, successivamente all'adozione del provvedimento di

aggiudicazione.

Inoltre il Tar ha evidenziato che, nella prima tabella di pag. 3, Nuctech,

allorché esponeva le “*prestazioni di imaging*”, esplicitamente dichiarava

che, alla velocità di scansione di 0,4 m/s, lo spessore del filo corrisponde a

0,9 mm (esattamente il valore indicato nella tabella cui è associata

l'attribuzione in modalità tabellare). Pertanto era ragionevole supporre

(come prospettato dalla stessa difesa della controinteressata negli scritti

difensivi) che, con la seconda tabella di pag.3, che peraltro indicava velocità

di scansione diverse da 0,4 m/s, Nuctech avesse inteso riferire di valori

diversi dalla performance più elevata, in grado di palesare, in termini

generali, il rispetto o il superamento dello standard fissato dal capitolato

(anche perché l'art. 3.1 del capitolato, sopra menzionato, prevedeva

l'obbligo di attestare la conformità agli standard prestazionali).

16.2. Analoga censura era stata formulata con riguardo alla capacità di risoluzione spaziale (voce n.12). La ricorrente evidenziava come, nella seconda tabella di pag.3 della relazione tecnica, Nuctech dichiarava che, solo per velocità di scansione ben inferiori a 0,4 m/s, la risoluzione garantiva i 3 mm dichiarati nella tabella di cui al par. 6 dell'offerta tecnica, con conseguente pretesa erroneità dei 2 punti assegnati dalla commissione.

16.2.1. La censura è stata ritenuto infondata dal giudice di

prime cure per le

medesime ragioni innanzi evidenziate, stante l'identità sostanziale della

questione sottese, rilevando che, nella prima tabella di pag.3, esponente

la *performance* dello scanner tarata *ad hoc* sulla velocità di scansione di 0,4

m/s (ossia quella su cui si fonda l'attribuzione in modalità tabellare del

punteggio), Nuctech riportava la capacità di risoluzione pari a 3 mm (sia in

orizzontale che in verticale).

16.3. Le considerazioni che precedono sono stata estese dal primo giudice anche con riferimento alla voce n. 9 della tabella di cui al par. 6 dell'offerta tecnica (capacità di penetrazione). Anche relativamente a tale criterio di valutazione, il T.a.r. ha evidenziato che, tanto nella tabella di cui al par. 6 dell'offerta che nella prima tabella di pag. 3, a fronte della velocità di 0,4 m/s la capacità era dichiarata in 331 mm, a nulla rilevando (come chiarito per le due voci precedenti) che nella seconda tabella di pag. 3 fossero esposti dati differenti, per velocità di scansione tuttavia diverse da quella costituente l'unico parametro di riferimento per l'assegnazione del punteggio (0,4 m/s).

16.4. Con l'atto di appello Smiths ha censurato le valutazioni condotte dalla Commissione giudicatrice ai fini dell'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica di Nuctech, in quanto violative della

lex specialis in quanto, in tesi

attore:

- l'offerta di Nuctech era imprecisa e “velleitaria”, affermando senza

comprova alcuna *performance* non dimostrate e verificate;

- l'offerta di Nuctech era stata interpretata dal primo giudice – che si era così sostituito all'ADM - al fine di renderla chiara e vincente, sebbene

intrinsecamente contraddittoria e priva di credibilità tecnica;

- la soluzione giuridica individuata per evitare l'approfondimento tecnico richiesto era stata sorprendentemente quella di rinviare all'esito del

collaudo eventuali interventi di *remediation*.

17. Anche questi motivi sono destituiti di fondamento, avendo il primo giudice ritenuto corretto l'operato della stazione appaltante sulla base delle

previsioni della *lex specialis* di gara, costituente autovincolo per

l'amministrazione e peraltro non oggetto di impugnazione a cura di Smiths,

che imponevano di assegnare i punteggi all'offerta tecnica per ciascuno

degli indicati criteri avendo riguardo alla tabella redatta in sede di offerta

riferita unicamente a detti valori, senza necessità di alcun accertamento

istruttorio, essendo la relativa verifica rinviata alla fase del collaudo.

17.1. Ed invero l'art. 3.1. del Capitolato, oltre a specificare che in sede di

offerta tecnica dovesse essere *“esplicitamente dichiarata la rispondenza*

delle funzioni e caratteristiche tecniche a quelle minime qui elencate”, con

la conseguenza che *“il mancato rispetto anche di una soltanto delle*

suddette caratteristiche tecniche e prestazioni minime comporta

l'esclusione dalla procedura di affidamento", precisa "Tutte le prestazioni

dichiarate nell'offerta tecnica devono essere stabilmente riproducibili dagli

Scanner, nelle condizioni e secondo i metodi di prova indicati. La

rispondenza tra quanto richiesto e quanto dichiarato sarà verificato all'atto

della verifica di conformità. La difformità comporterà revoca

dell'aggiudicazione e affidamento al primo operatore economico utilmente

posizionato in graduatoria”.

17.2. Appare pertanto evidente, avendo riguardo al chiaro tenore letterale

della *lex specialis* di gara, come tanto ai fini della valutazione dei requisiti

minimi dell'offerta tecnica, quanto ai fini dell'attribuzione dei punteggi

previsti in riferimento a ciascun parametro, dovesse aversi riguardo

unicamente a quanto dichiarato dal concorrente, sotto la sua responsabilità

in sede di offerta tecnica, fermo restando il dovere della stazione appaltante

di procedere alla relativa verifica post aggiudicazione, in sede di collaudo.

17.2.1 Ed invero, secondo la costante giurisprudenza in materia condivisa

da questa Sezione (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, 31 ottobre 2022, n.

9386; 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..

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.

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'obiettiva incertezza del loro significato letterale.

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. V, 12 settembre 2017, n. 4307; 15 aprile 2004, n. 2162; sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5367).

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).

Infatti 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).

17.3. Né, come riscontrato dal primo giudice, era rinvenibile una contraddizione nelle tabelle dell'offerta tecnica di Smiths, in quanto come allegato dalla stessa, le prestazioni dichiarate alle diverse indicate velocità avevano lo scopo di dimostrare la conformità ai requisiti specifici della gara d'appalto, non di riflettere le migliori prestazioni assolute si potevano raggiungere a ciascuna velocità; ciò in quanto la

lex specialis di gara non

richiedeva agli offerenti di dichiarare le loro migliori prestazioni alle velocità

di scansione opzionali, ma piuttosto di soddisfare o superare le soglie ivi

specificate, con la conseguente necessità di attribuzione del correlativo

punteggio tabellare.

17.4. Peraltro, le doglianze di parte appellante devono intendersi superate dagli esiti positivi del collaudo che non possono essere oggetto di scrutinio in questa sede in quanto – in disparte dalle eventuali problematiche di giurisdizione - dovevano fondarsi su una distinta impugnativa innanzi al T.a.r. diretta ad avversare l'atto di collaudo ai fini dell'esercizio del potere di autotutela da parte della P.A. –

sub specie di revoca e non di

annullamento dell'aggiudicazione ex art. 3.1 del capitolato - e del subentro

nel contratto, dovendo per contro la legittimità dell'aggiudicazione (che

viene in considerazione in questa sede) vagliarsi con riferimento allo stato

di fatto e di diritto sussistente al momento dell'adozione del relativo

provvedimento.

Ciò in disparte dall'ulteriore ed inammissibile allargamento del *thema*

decidendum oggetto del ricorso di *prime cure*, peraltro effettuato con mere

memorie di discussione.

Per le medesime ragioni alcun valore può assegnarsi a quanto dedotto con la memoria di replica ex art. 73 comma 3 c.p.a. in ordine alla mancata verifica in sede di collaudo della conformità delle apparecchiature fornite da Nuctech con i requisiti introdotti dal DPCM Cybersicurezza.

18. L'appello va pertanto respinto.

19. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, nei sensi di cui in motivazione.

Condanna parte appellante alla refusione delle spese di lite in favore dell'Agazia delle Dogane e dei Monopoli e di Smiths Detection Italia S.r.l., liquidandole in euro 5.000,00 (cinquemila/00), in favore di ciascuna parte, oltre oneri accessori, se dovuti, come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2025 con l'intervento dei magistrati:

Valerio Perotti, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO

Si dispone che la condanna in favore di Smiths Detection Italia S.r.l. (parte appellante) vada sostituita con la condanna in favore di Nuctech Warsaw Company Limited Sp. Z O.O e che pertanto il dispositivo, relativamente alle spese di lite, debba essere “Condanna parte appellante alla refusione delle spese di lite in favore dell’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli e di Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o., liquidandole in euro 5.000,00 (cinquemila/00), in favore di ciascuna parte, oltre oneri accessori, se dovuti, come per legge”. Cfr. ord. coll. n. 9216 del 25 novembre 2025.

